

**LE DROIT A LA NON-DISCRIMINATION « RACIALE »  
INSTRUMENTS JURIDIQUES ET POLITIQUES PUBLIQUES**

THESE DE DOCTORAT MENTION DROIT PUBLIC

---

Présentée et soutenue publiquement par

**Sarah BENICHOU**

Le 1<sup>er</sup> décembre 2011

---

**DIRECTRICE DE RECHERCHES : Mme Danièle LOCHAK,**

Professeur émérite à l'Université Paris-Ouest Nanterre la Défense

**MEMBRES DU JURY :**

**Mme Myriam BENLOLO-CARABOT**

Professeure à l'Université Paris-Ouest Nanterre la Défense

**Mme Gwénaële CALVÈS**

Professeure à l'Université de Cergy-Pontoise

**M. Jean-Philippe LHERNOULD,**

Professeur à l'Université de Poitiers

**Mme Danièle LOCHAK,**

Professeur émérite à l'Université Paris-Ouest Nanterre la Défense

**M. Patrick WACHSMANN**

Professeur à l'Université de Strasbourg

*L'université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses de doctorat. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

# REMERCIEMENTS

*Je tiens à exprimer ma profonde gratitude au professeur Danièle Lochak pour avoir accepté de diriger cette recherche et m'avoir accordé sa confiance et une aide précieuse tout au long de ces années.*

*Je remercie Mme Danièle Lochak, ancienne directrice, et Mme Champeil-Desplats, l'actuelle directrice du Centre de recherche et d'étude sur les droits fondamentaux (CREDOF), qui ont su créer les conditions de travail propices à l'achèvement de ces travaux.*

*Je tiens tout particulièrement à remercier Natacha Gorchon et Marion Rafin-Tissier, grâce auxquelles ma thèse a été une aventure moins solitaire, ainsi que ceux qui ont eu la gentillesse et la patience de me relire.*

*L'accomplissement de ces travaux doit beaucoup aux échanges fructueux avec Daniel Sabbagh, directeur de recherche à Sciences po. Sa complicité intellectuelle et amicale ont su rendre ces années de recherches particulièrement stimulantes. Le séminaire consacré aux politiques antidiscriminatoires, qu'il a créé et qu'il coordonne avec la professeure Gwénaële Calvès, m'a permis de rencontrer des chercheurs français et étrangers qui ont enrichi ma réflexion. Qu'ils soient ici tous les deux remerciés pour cette initiative. Ce travail n'aurait pu s'accomplir sans les encouragements de Gwénaële Calvès. Je lui suis profondément reconnaissante pour ses conseils, ses critiques et ses remarques qui ont toujours constitué une invitation à la curiosité et à l'exigence intellectuelle.*

*Je tiens aussi à saluer les militants de SOS Racisme, qui m'ont donné l'occasion de mettre le droit au service des victimes de racisme et de discrimination.*

*Je souhaite enfin témoigner ma reconnaissance à mes amis pour leur présence et leur soutien indéfectibles : une pensée particulière pour Marion, Mélanie, Nicolas, Geneviève, Ange, Elsa et Thibaud. Merci aussi à ma mère et à mon frère Mathieu pour leur affection.*

*Pour mon père, bien entendu.*

# SOMMAIRE

---

## **PREMIERE PARTIE :**

### **INTERDIRE ET SANCTIONNER LES DISCRIMINATIONS « RACIALES ». LES INSTRUMENTS JURIDIQUES CLASSIQUES**

#### **Titre I : Le perfectionnement du cadre juridique sous l'influence du droit communautaire**

Chapitre I - L'élargissement du périmètre de la discrimination « raciale »

Chapitre II - De nouveaux mécanismes procéduraux

#### **Titre II : La protection juridictionnelle du droit à la non-discrimination « raciale »**

Chapitre I - Les éléments du traitement juridictionnel des discriminations

Chapitre II - La dynamique de la juridictionnalisation

## **SECONDE PARTIE :**

### **ELIMINER LES DISCRIMINATIONS « RACIALES » L'EMERGENCE D'UNE POLITIQUE PUBLIQUE**

Chapitre introductif - La création de la Halde, nouvelle AAI

#### **Titre I : La HALDE, une institution au service des victimes**

Chapitre I - Un rôle complémentaire de celui du juge

Chapitre II - Les risques d'une concurrence

#### **Titre II : La promotion de l'égalité de traitement**

Chapitre I - La prévention des discriminations « raciales »

Chapitre II - L'enjeu de La mesure des discriminations « raciales »

## LISTE DES ABREVIATIONS ET DES ACRONYMES

---

AAI	Autorité administrative indépendante
<i>AFDI</i>	Annuaire français de droit international
Aff.	Affaire
<i>AIJC</i>	Annuaire international de justice constitutionnelle
<i>AJ</i>	Actualité jurisprudentielle (du recueil Dalloz)
<i>AJDA</i>	Actualité juridique de droit administratif
<i>AJFP</i>	Actualité juridique Fonction publique
Al.	Alinéa
AMF	Autorités des marchés financiers
A.N.	Assemblée nationale
ANDRH	Association nationale des directeurs des ressources humaines
ANI	Accord national interprofessionnel
Art.	Article
BIT	Bureau international du travail
<i>B.O.</i>	Bulletin officiel
<i>Bull.</i>	Bulletin des arrêts la Cour de cassation
C.A.	Cour d'appel ou Court of Appeal
C.A.A.	Cour administrative d'appel
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
Cass.	Cour de cassation
C.C.	Conseil constitutionnel
C.E.	Conseil d'État
CERD	Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale
Cf.	Voir
CFDT	Confédération française démocratique du travail
CFE-CGC	Confédération française de l'encadrement - Confédération générale des cadres
CGT	Confédération générale du travail
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes

C.J.U.E.	Cour de justice de l'Union européenne
<i>CLJ</i>	Cambridge Law Journal
<i>CMLR</i>	Common Market Law Reports
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme
CNDS	Commission nationale de déontologie de la sécurité
CNIL	Commission nationale Informatique et libertés
CNIS	Conseil national de l'information scientifique
COB	Commission des opérations de bourse
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons.	Considérant
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
CODAC	Commission départementale d'accès à la citoyenneté
Comm.	Commentaire
COMEDD	Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations
COPEC	Commission pour la promotion de l'égalité des chances et la citoyenneté
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal
CPA	Code de procédure administrative
CPC	Code de procédure civile
C.P.H.	Conseil des prud'hommes
CPP	Code de procédure pénale
CRAN	Conseil représentatif des associations noires
CRE	Commission for Racial Equality (Grande-Bretagne)
CRIF	Conseil représentatif des institutions juives de France
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
C.S	Cour suprême (États-Unis)
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
CT	Code du travail
CV	Curriculum vitae
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>DA</i>	Droit Administratif
DARES	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

Dir.	Sous la direction de
<i>Dr.</i>	Droit
DRESS	Direction de la Recherche des Etudes de l'Evaluation et des Statistiques
<i>Dr. Soc.</i>	Droit social
E.A.T.	Employment Appeal Tribunal (Royaume-Uni)
ECRI	Commission européenne contre le racisme et l'intolérance
EEOC	Equal Employment Opportunity Commission (États-Unis)
Ed.	Editeur/ Edition
Eds.	Sous la direction de
EUMC	Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes
FO	Force ouvrière
FRA	Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
GELD	Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations
GISTI	Groupe d'information et de soutien des immigrés
HALDE	Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
HCI	Haut conseil à l'intégration
H.L.	House of Lords (Grande-Bretagne)
<i>Ibid</i>	Ibidem, référence précédente
<i>ICR</i>	Industrial Case Report (Royaume-Uni)
INED	Institut national d'études démographiques
<i>Infra</i>	Ci-dessous
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
<i>IRLR</i>	Industrial Relations Law Reports
<i>JCP</i>	Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition générale
<i>JCP A. J</i>	Juris-classeur périodique, édition Administrations et collectivités territoriales
<i>JCP E.</i>	Juris-classeur périodique, édition Entreprise
<i>JCP S.</i>	Juris-classeur périodique, édition Sociale
<i>J.O.</i>	Journal officiel
<i>J.O.C.E</i>	Journal officiel des Communautés européennes
<i>J.O.U.E</i>	Journal officiel de l'Union européenne
<i>JSL</i>	Jurisprudence sociale Lamy
LDH	Ligue des droits de l'Homme



LGDJ	Librairie générale de Droit et de Jurisprudence
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
MILOS	Mission interministérielle d'inspection du logement social
MRAP	Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples
OFCCP	Office of Federal Contract Compliance Programs (États-Unis)
ONU	Organisations des Nations Unies
Obs.	Observations
OIT	Organisation internationale du travail
<i>Op. cit</i>	Précité
OPOCE	Office des publications officielles des Communautés européennes
OPOUE	Office des publications officielles de l'Union européenne
p.	Page
préf.	Préface de
TFUE.	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>RDP</i>	Revue du droit public
<i>RDT</i>	Revue de droit du travail
<i>Rec.</i>	Recueil de la juridiction concernée : Recueil Lebon, Recueil des arrêts et des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, Recueil de la jurisprudence communautaire
<i>RFAS</i>	Revue française des affaires sociales
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RFSP</i>	Revue française de science politique
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RCS</i>	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RJQ</i>	Recueil de jurisprudence du Québec
RRA	Race Relations Act (G-B)
<i>RS crim.</i>	Revue de science criminelle et de droit comparé
<i>RTDC</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTDE.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des Droits de l'Homme

S.	Sirey
<i>SSL</i>	Semaine sociale Lamy
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
<i>Supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
T.A	Tribunal administratif
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
T.I.	Tribunal d'instance
TGI	Tribunal de grande instance
Trad.	Traduit
<i>TPS</i>	Travail et protection sociale
UE	Union européenne
V.	Voir
vol.	Volume

# INTRODUCTION

La lutte contre les discriminations « raciales » met en jeu une série de vastes questions politiques, éthiques et juridiques. La nécessité politique d'interdire spécifiquement les discriminations « raciales » s'imposait après les terribles errements du régime de Vichy. Prenant racine dans le texte constitutionnel, cette interdiction n'a toutefois été inscrite dans le code pénal qu'en 1972 avant de s'étendre à l'ensemble du corpus juridique français. Néanmoins, l'impact de cet arsenal juridique est resté longtemps limité faute d'être mobilisé et accompagné par une politique publique volontariste. L'Europe a joué un rôle moteur considérable dans l'émergence d'un nouveau droit antidiscriminatoire au tournant des années 2000 au point qu'on peut aujourd'hui parler d'un véritable droit à la non-discrimination « raciale ».

C'est à l'analyse de ce droit à la non-discrimination « raciale » dans le contexte français qu'est consacrée la présente recherche. Avant d'en expliciter l'objet et la méthodologie, il convient préalablement de préciser un certain nombre de concepts en commençant par la définition de l'expression « discrimination raciale ».

## ***Cerner les discriminations « raciales »***

### *De la discrimination...*

Le terme de « discrimination », qui dérive de la locution latine « *discriminatio* » signifiant « séparation » ou « action de distinguer », désigne, au sens étymologique, toute différence de traitement. Dans son acception actuelle, c'est une différence de traitement proscrite. Elle est indissociable de l'idée - et de l'idéal - d'égalité. Le concept de discrimination ne peut en effet « se penser que dans une société qui abolit la hiérarchie comme principe constitutif de l'ordre social, dans une société individualiste fondée sur le postulat de l'égalité entre tous les hommes - mais qui ne peut empêcher l'inégalité et la hiérarchie de resurgir en son sein »<sup>1</sup>. Cette égalité plus concrète et individualisée se manifeste dans une exigence d'égalité dans la règle de droit<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> LOCHAK D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit Social*, novembre 1987, n° 11, p. 779.

<sup>2</sup> BORGETTO M., « Égalité, différenciation et discrimination », *Informations sociales*, n°140, « Politiques de lutte contre les discriminations », juil-août 2008, p. 16. V. PORTA J., « Égalité, discrimination et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit à l'égalisation » (2<sup>ème</sup> partie), *Revue du droit du travail*, juin 2011, p. 356.

Il convient toutefois de distinguer les inégalités et les discriminations. Non seulement parce que la discrimination renvoie au comportement d'un acteur mais parce que, pour qu'il y ait discrimination au sens juridique, il ne suffit pas qu'il existe une différence de traitement engendrant une inégalité, il faut encore qu'elle soit interdite par un principe ou une disposition juridique : elle suppose un « processus de qualification au regard du droit en vigueur »<sup>1</sup>.

Deux définitions de la discrimination cohabitent dans notre droit<sup>2</sup>. Selon une première définition large, il y a discrimination dès lors qu'une différence de traitement n'est pas justifiée par une différence de situation objective ou par un motif d'intérêt général. Cette conception extensive est reprise par les jurisprudences du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État ou de la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH). Dans cette acception, le principe de non-discrimination équivaut en somme à un principe général d'interdiction de l'arbitraire. Cependant, il n'a pas permis de protéger efficacement certains groupes particulièrement exposés - et cela d'autant moins que le principe n'est pas directement opposable aux personnes privées - et la nécessité de développer une protection particulière s'est imposée.

La discrimination peut donc aussi désigner le traitement défavorable dont sont victimes les personnes particulièrement vulnérables en raison de leur appartenance à une catégorie définie par une caractéristique particulière (sexe, « race » ou origine « ethnique », handicap, orientation sexuelle...). Cette conception plus restrictive de la discrimination, rattachée à des « appartenances plus substantielles »<sup>3</sup>, est celle du code pénal français, du code du travail ou encore de l'article 13 issu du Traité d'Amsterdam (actuel art. 19 TFUE)<sup>4</sup>. Le contrôle de ces différences de traitement, frappées d'une « illégitimité de principe » en fonction d'un « a priori éthique »<sup>5</sup>, diffère de celui des discriminations au sens large : dès que le critère illégitime de distinction est repéré, la différence de traitement sera presque systématiquement considérée comme illégale sans que le juge ait à tenir compte du domaine dans lequel elle intervient ou à évaluer les justifications apportées.

---

<sup>1</sup> CHEVALLIER J., « Lutte contre les discriminations et État-providence », in *Lutter contre les discriminations*, Daniel Borrillo (dir.), Paris, La Découverte, coll. Recherches, 2003, p. 49.

<sup>2</sup> V. CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Quadrige-PUF, 2003, p. 305.

<sup>3</sup> LOCHAK D., « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », in A. Fenet et G. Soulier, *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, L'Harmattan, 1989, p. 121.

<sup>4</sup> Traité d'Amsterdam instituant la Communauté européenne (TCE), 2 octobre 1997, *J.O.C.E.* C340 du 10/11/97, ratifié par la France par la loi n° 99-229 du 23 mars 99, *JO* du 25 mars 1999. Dans la version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) issue du Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, l'art. 13 TCE devient l'art. 19 TFUE (2010/C, *J.O.U.E.* du 30 mars 2010, C 83/56). Sa rédaction est restée inchangée.

<sup>5</sup> LOCHAK D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, p. 780.

... à la discrimination « raciale ».

Si l'on cherche à présent à définir les discriminations que nous qualifions de « raciales », l'entreprise s'avère délicate pour plusieurs raisons.

La première est qu'aucun texte de droit interne ou de droit communautaire ne comporte une telle définition. Tout au plus peut-on se reporter à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 qui indique que la discrimination « raciale » doit s'entendre comme « *toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique* »<sup>1</sup>.

Une autre raison, propre au contexte français, est le caractère controversé du recours à la notion de « race ». Apparue dans le lexique juridique français à travers le « décret-loi Marchandeu » de 1939 qui punissait notamment la diffamation et l'injure « *commises envers un groupe de personnes appartenant par leur origine à une race* »<sup>2</sup>, le terme est présent jusque dans la Constitution française<sup>3</sup>. Mais son utilisation reste problématique : alors même que la prohibition des discriminations « raciales » signifie solennellement qu'elles sont contraires aux valeurs fondamentales de notre société, l'inscription du terme de « race » dans les textes risque en même temps d'entraîner un « effet de croyance vis-à-vis de la réalité des races »<sup>4</sup>. Néanmoins, dans les textes normatifs français, la mention du terme apparaît toujours

---

<sup>1</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations-Unies le 21 décembre 1965 dans sa résolution 2106 A (XX). Elle a été ratifiée par la France par la loi n°71-392 du 28 mai 1971 (*J.O.* du 29 mai 1971) et publiée par le décret n° 71-901 du 2 novembre 1971 (*J.O.* du 10 novembre 1971).

<sup>2</sup> Décret-loi du 21 avril 1939 portant modification des articles 32 (peines prévues en cas de diffamation)..., *J.O.* du 25 avril 1939, p. 5295. Ces dispositions furent abrogées sous Vichy par la loi du 27 août 1940 (*J.O.* du 30 août 1940, p. 4844).

<sup>3</sup> Le Préambule de la Constitution de 1946 - auquel renvoie celui de la Constitution de 1958 et que la jurisprudence du Conseil constitutionnel a fait entrer dans le droit positif - proclame que « *tout être humain, sans distinction de race, de religion, ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ». Relevons que le projet constitutionnel soumis au suffrage en avril 1946 ne comportait alors aucune mention du mot « race ». Jacques Soustelle avait proposé un amendement adjonctif pour punir la « discrimination raciale ou religieuse » mais le rapporteur à l'AN expliquait ainsi les raisons pour lesquelles il l'avait écarté : « la Commission repousse cet amendement. Elle est d'accord sur le fond. Mais elle a pensé qu'il n'y avait pas lieu, dans un texte comme la déclaration des droits, de consacrer la notion raciste qui était une arme entre les mains des fascistes et des nazis » (*J.O.*, ANC, séance du 14 mars 1946, p. 768). Et, c'est finalement, comme le relève Bernard Herszberg « dans des conditions confuses et comme par accroc que le mot fut introduit dans le Préambule de la Constitution, en 1946 » (« Quescexa, les « origines raciales » ? Propos sur la législation antiraciste : le ver est dans le fruit », *in Sans distinctions de ...race, Revue « Mots », les langages du politique*, n°23, décembre 1992, p. 283).

<sup>4</sup> BONNAFOUS S. et FIALA P. (linguistes), « Est-ce que dire la race en présuppose l'existence ? », *Sans distinctions de ...race, op. cit.*, p. 12. Ceci explique que plusieurs propositions de loi aient été déposées, jusque là sans succès, pour faire supprimer le mot « race » et ses dérivés du texte suprême (v. pour exemple, Proposition de loi constitutionnelle n°1918, enregistrée à la Présidence de l'A.N. le 15 novembre 2004 visant à supprimer le mot « race » de l'article premier de la Constitution déposée par le groupe socialiste et apparentés sous l'égide du député Victorin Lurel), voire de l'ensemble des textes législatifs (Proposition de loi n° 623, enregistrée à la

dans un contexte négatif. Or « on ne peut sans arbitraire assimiler les hypothèses où la race constitue le support direct, l'objet même d'une réglementation et celles où le terme est utilisé sur le mode de la dénégation dans le contexte de la lutte contre les discriminations « raciales » (...) comme le fait l'ensemble de la législation depuis 1945 »<sup>1</sup>. Cette prévention à l'égard du terme « race » est spécifique à la France. Les pays anglo-saxons connaissent une utilisation relativement banalisée de ce concept pris dans son sens sociologique c'est-à-dire comme un objet construit et contingent, et ce alors même que, dans son sens originel, le terme renvoie à un substrat biologique héréditairement transmissible.

Ceci explique pourquoi l'on tend parfois à lui préférer un terme de substitution, celui d'« ethnie » ou d'« origine ethnique »<sup>2</sup>. Ce dernier terme est également mentionné, à côté de la « race », dans la plupart des textes internationaux ou français de lutte contre les discriminations. Pour la Cour EDH<sup>3</sup> comme pour le juge britannique<sup>4</sup>, cette double présence n'est pas redondante : le terme de « race » renvoie à des traits phénotypiques, tandis que celui d'« ethnie » se rattache davantage à une identité culturelle objective. Pourtant, comme le note Etienne Balibar, ce terme d'« ethnie », promu sur les terrains de l'anthropologie culturelle et de l'ethnologie, réintroduit cette idée, à peine réfutée sur le terrain génétique, d'une différence fondamentale entre les hommes à travers le postulat du relativisme culturel radical. Il produit même « un effet de masque, de recouvrement, qui à terme est plutôt aggravant »<sup>5</sup>, d'autant

---

Présidence de l'A.N. le 13 février 2003 tendant à la suppression du mot « race » de notre législation déposée par le groupe des députés communistes et républicains. Lire le compte-rendu de la discussion du 13 mars 2003 devant l'Assemblée Nationale : A.N. Débats parlementaires, *J.O.* du 14 mars 2003).

<sup>1</sup> LOCHAK D., « La race : une catégorie juridique ? », in *Sans distinctions de ...race*, op. cit., p. 293.

<sup>2</sup> Un tel choix a ponctuellement prévalu en France. C'est ainsi le cas de l'art. 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui interdisait, initialement, d'opérer des distinctions entre les agents publics « en raison de (...) leur appartenance ethnique » (*J.O.* du 14 juillet 1983). La référence à la « race » y a été introduite par l'article 11 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

<sup>3</sup> Elle a fait la distinction entre « race » et « origine ethnique » : « *ethnicity and race are related and overlapping concepts. Whereas the notion of race is rooted in the idea of biological classification of human being as skin colour or facial characteristics, ethnicity has its origin in the idea of societal groups marked by common nationality, tribal affiliation, religious faith, shared language or cultural and traditional origins and backgrounds* » (Cour EDH, 2<sup>ème</sup> sect., 13 décembre 2005, *Timishev v. Russia*, n° 55762/00 et 55974/00, §55).

<sup>4</sup> La Chambre des Lords a défini les conditions pour la reconnaissance d'un groupe « ethnique » tel que protégé par la législation du Race Relations Act de 1976 : le groupe « doit se considérer lui-même et être considéré par les autres comme une communauté distincte en vertu de certaines caractéristiques. Quelques unes de ces caractéristiques sont essentielles ; d'autres ne le sont pas, mais une ou plusieurs d'entre elles seront habituellement présentes et aideront à distinguer le groupe de la communauté environnante ». Les critères énoncés sont les suivants : une histoire longue et partagée dont le groupe est conscient et dont il garde la mémoire bien vivante ; une tradition culturelle propre incluant des coutumes sociales, souvent associées à des pratiques religieuses ; origine géographique commune (filiation restreinte à peu d'ancêtres communs), langue commune, littérature propre, religion commune spécifique... Seuls les Sikhs (*House of Lords*, 28 février 1983, *Mandla v. Dowell Lee*, [1983] AC 548), les Juifs (*H.L.*, *Seide v. Gillette Industries*, [1980] IRLR 427) et les Tsiganes (*H.L.*, *Commission for Racial Equality v. Dutton*, [1989] 2 WLR 17) ont été considérés comme entrant dans cette catégorie par la jurisprudence britannique.

<sup>5</sup> « Le mot race n'est pas 'de trop' dans la Constitution française », in *Sans distinctions de ...race*, op. cit., p. 249.

qu'il reste exclusivement utilisé pour désigner les personnes issues de l'immigration non-européenne. En définitive, aucun terme n'est d'un usage anodin.

Se pose également le problème de la délimitation du périmètre de la discrimination « raciale ». Dans le droit français comme dans les textes internationaux<sup>1</sup>, la discrimination « raciale » englobe souvent les critères de la religion et de la nationalité. L'assimilation de la discrimination fondée sur la religion à la discrimination « raciale » est patente dans le Préambule de la Constitution de 1946 comme dans le reste de la législation française. Caractéristique à cet égard est la loi de 1972 contre le racisme qui incrimine les discriminations ou le discours de haine fondés sur « l'origine, ou [de] l'appartenance ou [de] la non-appartenance d'une personne à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». Une des raisons tient sans doute au fait que l'interdiction des discriminations « raciales » était à l'origine principalement marquée par la question de l'antisémitisme. On a ainsi repris la formule du « décret-loi Marchandeu » de 1939 : pour endiguer la prolifération des discours haineux contre les Juifs, il sanctionnait la diffamation et l'injure commises à l'encontre de personnes en raison de leur appartenance « à une race ou à une religion déterminée ». De la même façon, la discrimination « raciale » sera caractérisée quand la différence de traitement se fonde sur l'appartenance religieuse réelle ou supposée, celle-ci étant en quelque sorte « racialisée » : l'appartenance religieuse ne renvoie plus à l'exercice d'une liberté mais elle est subie parce que largement déduite des origines de la personne<sup>2</sup>.

Mais en dehors de ce cas de figure, les discriminations fondées sur un motif religieux ne peuvent être traitées exactement comme les discriminations « raciales ». Leur interdiction vient en effet buter sur des problèmes spécifiques. Tout d'abord, le principe de non-discrimination est suspendu dans le domaine de l'emploi pour les organisations « dont l'éthique est fondée sur la religion » : les différences de traitement fondées sur les convictions religieuses peuvent être autorisées dans l'emploi même pour les activités profanes<sup>3</sup>. Ensuite, l'interdiction des discriminations religieuses va de pair, en droit, avec la protection de la liberté religieuse qui implique non seulement la liberté d'embrasser une religion mais aussi la

---

<sup>1</sup> Dans sa définition de la discrimination raciale, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) indique qu'il s'agit d'« une différence de traitement sur un motif tel que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique, (...) » (Recommandation de politique générale n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale adoptée le 13 décembre 2002, CRI (2003)8, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 17 février 2003, p. 5).

<sup>2</sup> La suspicion d'intégrisme qui frappe les Musulmans, notamment depuis les attentats terroristes de 2001, tend ainsi à toucher l'ensemble des personnes d'origine maghrébine supposées musulmanes.

<sup>3</sup> Art. 4 § 2 de 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, *J.O.C.E.* L 303 du 2 décembre 2000.

liberté de pratiquer sa religion. Or il est nécessaire de distinguer l'exigence de protection contre la discrimination « raciale » de la demande de reconnaissance des prescriptions religieuses, qui peuvent notamment concerner la manière de s'habiller, le régime alimentaire ou les jours de repos. Cette reconnaissance, particulièrement limitée en droit français, peut se traduire par l'octroi de dérogations à la règle commune ou par l'adoption de mesures d'adaptation, par des « accommodements ». Comme le rappelle G. Calvès, le droit français n'appréhende pas ces demandes de reconnaissance de la loi religieuse comme des problèmes de discrimination. Elles sont envisagées dans le cadre d'un contrôle classique de proportionnalité applicable aux mesures qui portent atteinte à une liberté, ici la liberté de religion<sup>1</sup>. Sous réserve des hypothèses rappelées plus haut où, sous la discrimination fondée sur la religion, pointe la discrimination « raciale », les entraves à l'exercice de la liberté religieuse ne sont donc pas appréhendées comme des discriminations « raciales ». On relève au demeurant que la discrimination fondée sur la religion n'est pas traitée par la Directive communautaire relative à la discrimination « raciale » de 2000<sup>2</sup>: elle est évoquée dans la directive 2000/78 qui couvre le seul domaine de l'emploi<sup>3</sup>.

En ce qui concerne la discrimination fondée sur la nationalité, elle peut être sanctionnée dans certains cas en tant que discrimination « raciale », par exemple lorsqu'un refus d'embauche se fonde sur la nationalité étrangère du candidat ou lorsqu'une condition de nationalité française est posée pour des emplois normalement ouverts aux étrangers. On ne peut pour autant assimiler de façon générale la première à la seconde. En effet, la nationalité, qui contrairement à la « race » est une donnée objective dont la définition appartient à chaque Etat, constitue un critère légal de traitement différent, au moins dans certains domaines, au nom de la souveraineté étatique<sup>4</sup>. Tant les principes du droit international que les principes constitutionnels autorisent à distinguer entre les nationaux et les étrangers dans les domaines du droit au séjour ou de la citoyenneté. Si les restrictions législatives et réglementaires à la jouissance par les étrangers de certains droits fondamentaux comme les discours dénonçant

---

<sup>1</sup> CALVES G., « Les discriminations fondées sur la religion : quelques remarques sceptiques », in E. Lambert Abdelgawad, T. Rambaud (dir.), *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Société de législation comparée, coll. Colloques, vol. 15, 2011, p. 23.

<sup>2</sup> Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.C.E.* L 180 du 19 juillet 2000.

<sup>3</sup> Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.* L 303 du 2 décembre 2000.

<sup>4</sup> La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 précise ainsi : « *La présente Convention ne s'applique pas aux distinctions, exclusions, restrictions ou préférences établies par un Etat partie à la Convention selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou de non-ressortissants* » (art. 1<sup>er</sup> al. 2).



l'immigration tendent à valider les représentations négatives qui pèsent sur les « immigrés » et leurs enfants et à légitimer socialement les discriminations « raciales »<sup>1</sup>, elles ne peuvent pas être assimilées à des discriminations « raciales ». La spécificité de l'application du principe d'égalité aux étrangers appelle donc des analyses spécifiques<sup>2</sup>. Le droit communautaire fait lui aussi cette distinction : afin de respecter la souveraineté de chaque État et à l'instar de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la directive communautaire « Race » a exclu de son champ d'application les discriminations fondées sur la nationalité.

Pour l'ensemble des raisons que l'on vient d'évoquer, la notion de discrimination « raciale » sera entendue ici au sens strict, conformément du reste au droit communautaire, et n'intégrera donc pas les critères de la religion et de la nationalité.

### ***Nommer les discriminations « raciales »***

Concrètement, la discrimination « raciale » vise des individus non pour ce qu'ils font mais pour ce qu'ils sont ou sont supposés être. Elle repose sur la mise en œuvre de stéréotypes associés aux individus en fonction de signes extérieurs sur lesquels ils n'ont pas de prise (couleur de peau, traits du visage, texture des cheveux, patronyme, prénom, accent...) et touche des étrangers aussi bien que des citoyens français qui ne sont pas reconnus comme des « Blancs »<sup>3</sup>. Le tournant de la politique entamée depuis la fin des années 1990 en France marque ainsi la « reconnaissance du fondement racial de cette inégalité spécifique »<sup>4</sup>, son fondement sur des distinctions phénotypiques, des différences essentialisées.

Pour cette étude, faute de disposer d'une notion plus consensuelle et afin d'instaurer une mise à distance qui permet d'éviter tout effet performatif, il a été choisi de conserver l'expression discrimination « raciale » mais avec la précaution des guillemets, tel que le proposait Jean-Pierre Costa<sup>5</sup>. Reprendre l'expression « discrimination raciste »<sup>1</sup>, utilisée

---

<sup>1</sup> A cet égard, les millions d'emplois qui restent en France soumis à condition de nationalité viennent légitimer la discrimination « raciale » pratiquée dans le secteur privé. V. GELD, *Une forme méconnue de discrimination : les emplois fermés aux étrangers (secteur privé, entreprises publiques, fonctions publiques)*, Note n°1, Mars 2000, 34 p.

<sup>2</sup> V. LONG M., « Le principe d'égalité et les étrangers », in Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité, Extraits du rapport public 1996*, La Documentation française, Paris, 1998, p. 113-130.

<sup>3</sup> Les critères opératoires sont multiples, cumulés et interchangeable mais, selon P-A Taguieff, c'est la couleur de peau qui « joue le rôle de point fixe dans l'ensemble des indices déchiffrés » (in *La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles*, Paris, La Découverte, 1988, p. 155).

<sup>4</sup> FASSIN D., « L'invention française de la discrimination », *op. cit.*, p. 406.

<sup>5</sup> In « La perception par le conseil d'État du concept de race », *Sans distinctions de ...race, op. cit.*, p. 342.

notamment par les sociologues F. Vourc'h et V. De Rudder, était tentant<sup>2</sup>. Mais cela aurait eu pour effet de restreindre l'objet de notre étude aux manifestations discriminatoires les plus évidentes alors même que les nouvelles définitions de la discrimination, pour qui seul compte le résultat discriminatoire, tendent précisément à infléchir la vision des acteurs français jusqu'ici focalisés sur la dimension intentionnelle de la discrimination.

Néanmoins, les difficultés sémantiques ressurgissent quand il s'agit de désigner les victimes des discriminations « raciales »<sup>3</sup> : comment appeler un jeune né français « dont les caractères visibles (...) sont des signaux de son origine étrangère »<sup>4</sup> sans répercuter les motivations subjectives du discriminateur ? Au Canada, on parle de « minorités visibles »<sup>5</sup>, mais la notion de « minorité », en France, est récusée au nom de l'unité du peuple français et de l'indivisibilité de la République<sup>6</sup>. On en est donc réduit à utiliser des expressions telles que « personnes issues de l'immigration » qui ne recouvrent pas le groupe des victimes de discriminations « raciales » - les personnes issues de l'immigration portugaise ne sont pas concernées alors que les personnes originaires d'outre-mer peuvent l'être - et à les identifier par des termes génériques tels que « les personnes d'origine maghrébine » ou « les Noirs ». Les discriminations touchant les populations Roms ou Tsiganes se trouvent donc à la lisière de notre sujet. Quand la seule appartenance vraie ou supposée à la communauté dite des gens du voyage fonde la distinction, il y a discrimination « raciale ». Mais cela ne sera pas le cas, d'un strict point de vue juridique, quand la discrimination découle de la non-sédentarisation et plus généralement d'un mode de vie spécifique entraînant des besoins et des difficultés

---

<sup>1</sup> L'art. 9 de la loi n° 72-546 du 1<sup>er</sup> juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme parle ainsi de la dissolution des associations ou groupement de fait provoquant à la « *discrimination raciste* » (*J.O.* du 2 juillet 1972, p. 6803).

<sup>2</sup> « La discrimination dite raciale (...) est un racisme en acte, qui peut même se passer de tout recours explicite à l'idéologie ou aux préjugés. Elle n'en *réalise* pas moins le racisme. C'est pourquoi nous avons depuis longtemps choisi de nommer discrimination *raciste* ce qui est le plus souvent nommé discrimination « raciale ». Une première raison, théorique, tient au fait que l'univers de la « race » relève tout entier du racisme, puisque c'est ce dernier qui en a inventé l'idée même » (« Les discriminations racistes dans le monde du travail », in D. Fassin, E. Fassin (dir.), *De la question sociale à la question raciale- Représenter la société française*, La Découverte, 2006, p. 177).

<sup>3</sup> FASSIN D., « Nommer, interpréter. Le sens commun de la question raciale », in D. Fassin et E. Fassin (Dir.), *De la question sociale à la question raciale*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>4</sup> VIPREY M., *L'insertion des jeunes d'origine étrangère*, Etude du Conseil économique et social, Paris, Les Editions des journaux officiels, 2002, p. 17.

<sup>5</sup> L'article 3 de la *Loi sur l'équité en matière d'emploi* de 1995 précise que « font partie des minorités visibles les personnes, autres que les *autochtones*, qui ne sont pas de race blanche ou qui n'ont pas la peau blanche ». Les Anglais emploient l'expression « *Black and Minority ethnic people* » (BME) pour désigner l'ensemble des minorités qui ont émigré du « New Commonwealth » ou qui sont les descendants de ces immigrants.

<sup>6</sup> Conseil Constitutionnel (C.C.), Décision du 9 mai 1991 n° 91-290 DC relative à la loi portant sur le statut territorial de la Corse, *Rec.*, p. 50 ; Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 relative à la ratification de la charte européenne des langues régionales et minoritaires, *Rec.*, p. 71.

spécifiques (accès à l'éducation, respect de l'obligation de créer des aires d'accueil...)¹. Pour contourner le terme sulfureux de « race » et éviter les longues formulations ainsi que les redondances, le terme « origine », présent à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution et adopté par la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE)², sera aussi repris. Il apparaît comme une sorte d'équivalent fonctionnel de la « race » dans ce contexte.

## ***L'émergence tardive de la lutte contre les discriminations « raciales » en France***

### *Des normes formelles de non-discrimination*

L'idée d'un droit à la non-discrimination « raciale » trouve son origine au lendemain de la Seconde guerre mondiale dans la volonté de ne plus voir se reproduire les « actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité » (préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme). La volonté de garantir l'universalité des droits de l'Homme, fondée sur l'unité de la nature humaine, contre toute violation étatique s'exprime dans le Préambule de la Constitution de 1946. On la retrouve dans la Constitution de la V<sup>e</sup> République dont l'article 1er proclame « *l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ». Le souvenir de la Shoah, la condamnation du colonialisme et de la ségrégation « raciale » marquent toutes les grandes conventions relatives aux droits de l'Homme qui prévoient l'interdiction des discriminations « raciales »³. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965,

---

<sup>1</sup> Comme l'indique le Conseil constitutionnel, les différences de traitement dont ils font l'objet sont alors liées à leur choix d'un mode de vie itinérant qui les place dans une situation différente, et ce « *quelles que soient leurs origines* » (C.C., Décision n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *M. Balta et M. Opra*). De même, la Cour EDH a rappelé le caractère spécifique de la situation des Roms en indiquant que « *la position vulnérable des Roms/Tsiganes implique qu'une attention particulière [soit] accordée à leurs besoins et modes de vie propres* » (Cour EDH, 2<sup>ème</sup> sect., 27 juillet 2010, *Aksu c/ Turquie*, n° 4149/04, §49 et 41029/04).

<sup>2</sup> « L'origine est supposée à partir de la couleur de la peau, du patronyme, de l'origine géographique ou nationale ». In HALDE, *Rapport annuel 2008*, La Documentation française, 2009, p. 41.

<sup>3</sup> Pour exemple, on peut citer la Charte des Nations Unies de 1945 (art. 1<sup>er</sup>), la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 (art. 2, art. 7), la Convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail (OIT) adoptée le 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté le 16 décembre 1966 (art. 26)...

À l'échelle européenne, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) interdit dans son art. 14 les discriminations, mais celui-ci se voit très rarement reconnaître une portée autonome et doit être articulé avec l'une des dispositions de la Convention (SUDRE F. et SURREL H., *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007, Némésis/Bruylant, 2009, pp. 25-28). On doit aussi mentionner le Protocole n° 12 à la Conv. EDH (Rome, 4 novembre 2000), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2005, qui pose une « *interdiction générale de la discrimination* » (art. 1<sup>er</sup> §1). De même, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 interdit les discriminations « raciales » (Art. 21). Cette Charte a la même valeur juridique que les traités communautaires depuis le Traité de Lisbonne (art. 6 §1, al. 1 du Traité sur l'Union européenne consolidé, *op. cit.*).

spécifiquement consacrée à objectif, impose aux pays signataires d'éliminer de leurs politiques et de leurs législations la discrimination « raciale »<sup>1</sup>. Le droit à la non-discrimination « raciale constitue donc un droit fondamental, au sens formel, dans la mesure où il est garanti par le texte constitutionnel et par les traités internationaux. Mais il s'agit aussi d'un droit fondamental au sens matériel. En effet, la notion de « droit fondamental » recouvre alors « des principes (...) qui, apparaissant suffisamment essentiels à l'auteur de la norme, s'avèrent susceptibles de prévaloir contre telle autre prétention qui pourrait s'y opposer »<sup>2</sup>. Le droit à la non-discrimination « raciale » apparaît ainsi autant consubstantiels à l'ordre juridique « qu'à l'humanité même de ses titulaires »<sup>3</sup>.

Au-delà de l'interdiction, l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale exige que les États parties « s'engagent à poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale ». Une telle politique publique antidiscriminatoire s'engage aux États-Unis dans le sillage du Civil Rights Act de 1964. Dès 1969, les premiers pas de l'*affirmative action* sont lancés avec la création de deux agences fédérales dont l'influence sera majeure : l'Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) pour instruire les plaintes de discriminations dans le domaine de l'emploi et l'Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP) pour s'assurer que l'attribution des contrats fédéraux est bien conditionnée au respect de la législation antidiscriminatoire<sup>4</sup>. La jurisprudence se développe et la Cour suprême innove, en 1971, avec l'apparition de la notion de discrimination indirecte (« *disparate impact* ») qui vise les mesures neutres en apparence ayant un impact particulièrement désavantageux sur les minorités protégées<sup>5</sup>. L'expérience américaine sert de modèle aux Britanniques : le Race Relations Act de 1976 rend passible de poursuite toute discrimination « raciale » dans l'emploi, la formation professionnelle, l'éducation, les services publics (...) - qu'elle soit directe ou indirecte - et instaure la Commission for Racial Equality (CRE) chargée de s'assurer de l'effectivité de la loi.

---

<sup>1</sup> Pour surveiller l'application de la Convention, un Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD), dont la France reconnaît la compétence, a été créé au sein des Nations Unies. V. R. De GOUTTES, « Le rôle du Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination raciale », *RTDH*, n° 46, Numéro spécial, mars 2001, pp. 567-584.

<sup>2</sup> MATHIEU B., VERPEAUX M., *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, pp. 10-11. Sur l'usage de l'expression « droit fondamental », v. CHAMPEIL-DESPLATS V., « Les droits et libertés fondamentaux en France, Genèse d'une qualification », in P. Lockiec et A. Lyon-Caen (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 11.

<sup>3</sup> PICARD E., « Droits fondamentaux », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 548.

<sup>4</sup> CALVES G., *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination positive*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science po., t. 86, 1998, p. 51

<sup>5</sup> C.S., *Griggs v/ Duke Power Co*, 401 US 424.

Le droit français prévoit aussi l'interdiction des discriminations « raciales » pour les individus et les personnes morales. Les comportements discriminatoires sont réprimés pénalement depuis la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972<sup>1</sup> : les articles 416-1 et 416-2 du code pénal (art. 225-1 et 225-2 du nouveau code pénal) punissent en particulier le refus de fournir un bien ou un service « en raison de l'origine, ou de l'appartenance ou de la non-appartenance d'une personne à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». Mais la loi vise surtout à mettre la législation française en conformité avec la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ratifiée sans enthousiasme par la France en 1971<sup>2</sup>. Le Parlement adopte ce texte sous la pression de certains députés et des associations antiracistes avec une visée essentiellement symbolique sans s'attacher à rechercher la réaction de la loi qui serait la plus efficace pour lutter contre les discriminations<sup>3</sup>. La loi du 7 juin 1977 vient ultérieurement réprimer l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique et le refus, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, du bénéfice d'un droit accordé par une loi qui se fonderait sur un motif discriminatoire<sup>4</sup>. La loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978, quant à elle, interdit, quant à elle, de faire figurer dans un fichier manuel ou informatisé certaines catégories de données nominatives considérées comme particulièrement « sensibles », notamment celles qui « *directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales (...)* »<sup>5</sup>.

Cet arsenal juridique est étendu au domaine de la vie professionnelle. L'article 1<sup>er</sup> de la loi 4 août 1982, dite loi Auroux<sup>6</sup>, prohibe la sanction ou le licenciement d'un salarié « *fondé sur son origine, son appartenance à une ethnie, une nation ou une race* » (art. L. 122-45 du code du travail - actuel art. L. 1132-1). Mais elle est adoptée sous influence communautaire au moment de la transposition des directives relatives à la discrimination

---

<sup>1</sup> Loi n° 72-546 du 1<sup>er</sup> juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, v. Fougou-Pigangniol, *D.* 1972, Chron. 261.

<sup>2</sup> Ainsi le député socialiste Chazelle demandait lors du débat à l'Assemblée nationale sur la loi Pleven : « *Dois-je rappeler cependant que si nous avons adhéré à cette convention internationale, le Gouvernement a manifesté une telle réserve que notre adhésion n'a pas, en fait, de conséquence bénéfiques pour les victimes de la discrimination raciale ?* », Débats parlementaires, Assemblée Nationale, séance du 7 juin 1972, *J.O.A.N.* du 8 juin 1972, n° 41, p. 2283.

<sup>3</sup> BLEICH E., « Histoire des politiques françaises antidiscrimination : du déni à la lutte », *Hommes et Migrations*, n° 1245, sept-oct. 2003, p. 6.

<sup>4</sup> Loi n° 77-574 du 7 juin 1977 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (*J.O.* du 8 juin 1977, p. 3151), art. 32. Voir les actuels articles 225-2 al.2 et 432-7 al.2 du code pénal.

<sup>5</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (art. 31), *J.O.* du 7 janvier 1978, p. 227.

<sup>6</sup> Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, Section VI, Sous-section II, *J.O.* du 6 août 1982, p. 2519.

fondée sur le sexe<sup>1</sup> et ne traduit pas une réelle volonté politique de lutter contre les discriminations. La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite Le Pors, rappelle à son tour l'interdiction de faire des distinctions entre les fonctionnaires en raison de « *leur appartenance ethnique* »<sup>2</sup>.

Dans les faits, l'interdiction des discriminations - qui sera étendue ultérieurement à de nombreux autres critères - est restée principalement formelle en France. Contrairement aux États-Unis ou à la Grande-Bretagne, la législation française n'a pas été mobilisée et n'a été accompagnée d'aucune politique publique propre à assurer son effectivité.

Le retard pris par la France dans l'émergence d'une politique antidiscriminatoire peut trouver des éléments d'explication dans le contexte politique. Le Front national s'installe durablement dans le jeu politique dès 1983 et la réplique des associations antiracistes se situe sur le terrain idéologique<sup>3</sup>. Le champ de l'immigration, de l'intégration des immigrés et de leurs descendants paraît miné : « Préférence nationale, identité nationale, droit du sol/droit du sang, carte de séjour, code de la nationalité, clandestins, sans-papiers, charters, seuils de tolérance, etc. sont des mots qui ponctuent les débats, les prises de décision et les élections législatives et présidentielles »<sup>4</sup>. Les débats restent focalisés sur les difficultés d'intégration des populations issues de l'immigration, difficultés dont elles sont tenues pour seules responsables<sup>5</sup>, ce qui interdit par là même toute réflexion sur les obstacles qu'elles rencontrent dans la société française. Parallèlement, la production scientifique est enfermée dans une analyse des inégalités qui privilégie les explications sociales et économiques. La révélation de pratiques discriminatoires, qui conduirait à remettre en cause le modèle français d'intégration et à révéler les entorses faites aux principes républicains, semble alors impossible.

### *L'inscription dans l'agenda politique français*

Plusieurs facteurs participent à l'émergence d'un droit et d'une politique véritablement antidiscriminatoires. La multiplication des enquêtes mettant en lumière l'ampleur des

---

<sup>1</sup> Directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à l'application du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'emploi, la formation, la promotion et les conditions de travail, *J.O.C.E.*, L 039, 14 février 1976, p. 40-42.

<sup>2</sup> Article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, *op. cit.*

<sup>3</sup> FASSIN D., « L'invention française de la discrimination », *op. cit.*, p. 411.

<sup>4</sup> BOUCHER M., Introduction, *De l'égalité formelle à l'égalité réelle. La question de l'ethnicité dans les sociétés contemporaines*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 16.

<sup>5</sup> KACHOUKH F., « Les conditions d'une lutte efficace contre les discriminations », in M. Boucher (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle*, *op. cit.*, p. 416

discriminations « raciales »<sup>1</sup> et la mobilisation des associations favorisent à la fin des années 1990 l'inscription sur l'agenda politique français de la lutte contre les discriminations « raciales ». Le gouvernement bénéficie alors d'une fenêtre d'opportunité politique marquée par « une certaine pacification du sujet (...) amenée par l'implosion du Front national et par le retour de la croissance économique »<sup>2</sup>. La pertinence d'un traitement spécifique de ces discriminations, qui selon Marceau Long « constituent sans doute le recul le plus grave du principe d'égalité »<sup>3</sup>, s'impose. En 1998, les discriminations « raciales » sont enfin solennellement reconnues comme un problème public dans un discours de la ministre de l'Emploi de l'époque<sup>4</sup>. Très vite, les partenaires sociaux, sous la houlette des représentants de l'État, s'engagent<sup>5</sup>. La reconnaissance se poursuit au plus haut niveau de l'Etat et un dispositif de lutte contre les discriminations « raciales » est lancé au tournant des années 2000<sup>6</sup>. De nombreux rapports sur les discriminations « raciales » et la définition d'une politique de lutte contre ces discriminations sont aussi réalisées ou financés par les institutions<sup>7</sup>. Le gouvernement Jospin choisit de demander au Parlement d'élaborer un texte consacré à la lutte contre les discriminations « raciales » : la loi du 16 novembre 2001 vient modifier le dispositif

---

<sup>1</sup> NOËL O., « Représentations et stratégies d'intégration des jeunes du quartier de la Paillade à Montpellier », Rapport n°1, *OPIR*, septembre, Montpellier, 1992 ; DE RUDDER V., TRIPIER M., VOURC'H F., *La prévention du racisme dans l'entreprise en France*, URMIS-CNRS, 1995 ; TRIBALAT M., *Une enquête sur les immigrés et leurs enfants*, Paris, La Découverte, coll. Cahiers libres/essais, 1996 ; BATAILLE P., *Le racisme au travail*, La Découverte, 1997 ; VIPREY M., DEROCHÉ L., *Conditions d'accès à l'entreprise de jeunes étrangers ou d'origine étrangère : nature des résistances*, IRES, 1998 ; DHUME F., MAFESOLI M., *Les discriminations raciales dans l'accès à l'emploi des jeunes en Alsace*, Observatoire Régional de l'Intégration, 1997...

<sup>2</sup> LORCERIE F., « La lutte contre les discriminations ou l'intégration requalifiée », *VEI Enjeux*, n° 121, juin 2000, p. 74.

<sup>3</sup> LONG M., « Le principe d'égalité et les étrangers », *op. cit.*, p. 121.

<sup>4</sup> Lors du Conseil des ministres du 21 octobre 1998 et dans le cadre de sa communication sur la politique d'intégration, Martine Aubry fait de la lutte contre les discriminations raciales une priorité politique, il s'agit de « mettre en œuvre le principe républicain d'égalité en luttant contre les discriminations » (cf. « Lutte contre les discriminations sur le marché du travail », Ministère de l'emploi et de la solidarité, Circulaire DGEFP n° 98-36 du 21 octobre 1998, *Droit ouvrier*, décembre 1998, p. 543).

<sup>5</sup> Déclaration de Grenelle sur les discriminations raciales dans le monde du travail, adoptée par consensus entre l'Etat et les partenaires sociaux, le 11 mai 1999.

<sup>6</sup> Création en 1999 des Commissions départementales d'accès à la citoyenneté (CODAC), du Groupe d'étude des discriminations (GED) - qui se transforme en Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations (GELD) en 2000 ; lancement d'un service téléphonique gratuit destiné à recevoir les signalements de discrimination (114), etc.

<sup>7</sup> Plusieurs exemples saillants peuvent être cités : Haut conseil à l'intégration (HCI) *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité*, Rapport au Premier ministre, La Documentation Française, Coll. « Les Rapports officiels », 1998 ; CNCDH, « Les discriminations sur les lieux de travail et à l'embauche », in *Rapport public 1997*, La Documentation française, 1998 ; VIPREY M., *L'insertion des jeunes d'origine étrangère*, *op. cit.*, 2002. V. O. NOËL, « Lorsque la discrimination se cachait derrière l'intégration : la lente émergence dans l'espace public des discriminations à l'embauche des jeunes issus des familles immigrées », in M. Boucher (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle*, *op. cit.*, p. 396.

juridique au profit des victimes de discriminations dans l'emploi<sup>1</sup>. La loi du 17 janvier 2002 vient la prolonger dans le domaine du logement<sup>2</sup>. L'implication des pouvoirs publics survit à l'alternance. Après le choc de l'élection présidentielle de 2002, marquée par la présence de Jean-Marie Le Pen au second tour, le président de la République, Jacques Chirac, affirme son opposition à « *toute formes de discriminations* »<sup>3</sup>.

Cette période est aussi marquée par l'abondance des discours symboliques et des initiatives institutionnelles. La lutte contre les discriminations « raciales » est « promue au rang d'enjeu politique majeur »<sup>4</sup> jusqu'au sommet de l'État au nom de la cohésion sociale<sup>5</sup>. Pour le président de la République, les discriminations sont ainsi « *un vrai poison pour notre démocratie et notre cohésion nationale (...) elles laminent, notamment chez tant de jeunes, la foi dans les valeurs et la fierté d'appartenir à notre communauté nationale* »<sup>6</sup>. Elle est aussi présentée comme le nécessaire pendant à la lutte contre le communautarisme<sup>7</sup>. Plus généralement, la lutte contre les discriminations « raciales » participe à un mouvement global de « subjectivisation des droits »<sup>8</sup> : la nécessité de corriger les imperfections du modèle républicain, de concrétiser le principe d'égalité était déjà au cœur des luttes menées en faveur du PACS<sup>9</sup> et de la parité<sup>10</sup>. La création d'une nouvelle autorité administrative indépendante spécialisée, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), confirme en 2004 l'engagement de l'État et la convergence des combats<sup>11</sup>.

---

<sup>1</sup> Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *J.O.* du 17 novembre 2001, p. 18311.

<sup>2</sup> Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *J.O.* du 18 janvier 2002, p. 1008.

<sup>3</sup> Discours de Jacques Chirac, Président de la République, Troyes-Aube, 14 octobre 2002.

<sup>4</sup> CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J./MSH, Coll. Droit et société/Série politique, 2003, p. 49.

<sup>5</sup> La loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005, qui contient diverses mesures de lutte contre les discriminations raciales, témoigne aussi du fait que la politique antidiscriminatoire s'inscrit comme une composante d'une politique plus globale favorisant la cohésion sociale (loi n° 2005-32, *J.O.* 19 janvier 2005, p. 864).

<sup>6</sup> Discours de M. Jacques CHIRAC, Président de la République, à l'occasion de l'installation de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, Palais de l'Élysée, Paris, 23 juin 2005.

<sup>7</sup> Claude Bartolone, Ministre socialiste délégué à la ville, explique ainsi lors de son audition devant la section des affaires sociales du 23 janvier 2002 que « les pulsions de refuge vers la famille et vers la religion viennent aussi des jeunes, Français, diplômés, qui ne sont pas reconnus par la République au moment où ils le lui demandent, au moment où ils arrivent sur le marché de l'emploi par exemple ». Quelques mois plus tard, les mêmes justifications sont avancées par Jacques Chirac : « *Le refus des communautarismes ne se conçoit pas sans une lutte contre les discriminations* » (Discours de Monsieur J. Chirac, Président de la République, du 14 octobre 2002 à Troyes).

<sup>8</sup> CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>9</sup> Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *J.O.* du 16 novembre 1999, p. 16959.

<sup>10</sup> Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes, aux mandats électoraux et fonctions électives, *J.O.* du 7 juin 2000, p. 8560.

<sup>11</sup> Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *J.O.* du 31 décembre 2004, p. 22567.



## *Le rôle moteur de l'Union européenne*

La formulation d'un impératif de lutte contre les discriminations « raciales », qui a eu pour effet de recentrer l'action antiraciste sur le terrain du droit et des politiques publiques, résulte avant tout de l'action de l'Union européenne. Prévues dès le Traité de Rome, l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité entre ressortissants de la Communauté européenne (art. 48 CEE puis art. 39 TCE, actuel art. 45 TFUE) découle du droit à la liberté de circulation des travailleurs et contribue à l'établissement du marché commun. Le refus des discriminations entre hommes et femmes dans le domaine de l'emploi (art. 119 TCEE devenu art. 141 TCE puis l'actuel art. 157 TFUE) doit permettre d'éviter des distorsions de concurrence au détriment des États qui auraient mis en œuvre le principe d'égalité salariale<sup>1</sup>.

Si la promotion de l'égalité entre hommes et femmes a été une priorité communautaire précoce qui s'est traduite par la multiplication des directives<sup>2</sup>, la lutte contre les discriminations « raciales » n'entre dans les compétences de l'Union européenne qu'avec l'adoption, en 1997, de l'article 13 TCE<sup>3</sup>. Dans son sillage, deux directives sont rapidement élaborées par la Commission européenne qui justifie l'intervention communautaire en insistant sur la nécessité d'assurer une plus grande égalité devant l'emploi dans le cadre d'un marché de l'emploi ouvert à tous<sup>4</sup>. Néanmoins, la nouvelle législation communautaire antidiscriminatoire - qui ne concerne pas le seul domaine du travail - se rattache aussi à une perspective de défense des droits fondamentaux<sup>5</sup>. Tandis que la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 porte création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail en prohibant les critères discriminatoires fondés sur la religion, les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle<sup>6</sup>, la directive 2000/43 du 23 juin 2000 est relative à la « mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ». Plus communément dénommée directive « verticale » ou directive « Race », elle protège les personnes non seulement dans le cadre de

---

<sup>1</sup> V. BARNARD C., « The Economic Objectives of Article 119 », in T. Hervey and D. O'Keeffe (eds.), *Sex Equality Law in the European Union*, Chancery Law Publishing, 1996, pp. 101-141.

<sup>2</sup> Directives 45/117 du 10 février 1976, 76/207 du 9 février 1976 et 97/80 du 15 décembre 1997.

<sup>3</sup> « Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

<sup>4</sup> COM (1999) 564 final du 25 novembre 1999.

<sup>5</sup> MORE G., « The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Rights? », in P. Craig and G. De Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, pp. 517-543.

<sup>6</sup> Cette directive est dite « horizontale » ou « Emploi » car pour les différents critères susmentionnés, elle couvre le seul domaine des activités professionnelles et de la protection sociale.

l'emploi mais également dans les activités non salariées, syndicales ou professionnelles, la santé, la sécurité sociale, l'éducation, l'accès et la fourniture de biens et de services ainsi que le logement.

L'adoption de la directive « Race » a été facilitée par l'expérience communautaire en matière d'égalité entre hommes et femmes<sup>1</sup> et une sensibilité européenne accrue à la lutte contre le racisme<sup>2</sup>. Elle oblige les États à procéder à des modifications législatives substantielles en interdisant la discrimination « directe », intentionnelle ou non, qui consiste à traiter moins favorablement une personne sur le fondement de sa « race » ou de son origine « ethnique » et en intégrant aussi la fameuse notion de discrimination indirecte.

Ces apports majeurs du droit communautaire sont repris dans la loi du 16 novembre 2001 et précisés par la loi du 27 mai 2008<sup>3</sup>. Ces nouvelles définitions vont profondément renouveler le droit français de la non-discrimination. En effet, l'intention raciste n'est plus déterminante dans l'analyse : ce sont avant tout les effets discriminatoires qui comptent pour établir la discrimination<sup>4</sup>. C'est en ce sens qu'on parle d'une définition objectivée de la discrimination. Tout d'abord, la discrimination directe ne se réduit pas à la discrimination pratiquée ouvertement. Certes, il s'agit toujours, comme dans la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972, de s'attaquer à la discrimination « raciale » délibérée mais aussi de sanctionner des formes plus subtiles de discriminations, mises à jour notamment par des travaux américains dans le domaine des sciences sociales, en reconnaissant les processus cognitifs de catégorisation et le déploiement inconscient des stéréotypes<sup>5</sup>. Ensuite, à travers la notion de discrimination indirecte forgée en partie aux États-Unis, le droit cherche à atteindre l'ensemble des processus, des critères neutres utilisés par habitude qui ont un impact particulièrement négatif

---

<sup>1</sup> BELL M., « La politique de l'Union européenne contre la discrimination : de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes à la lutte contre le racisme », *Document de travail*, Parlement européen, PE 167.154, 1997, 14 p.

<sup>2</sup> Le Conseil avait ainsi adopté en 1996 et 1997 deux textes pour lutter contre le racisme à l'échelle européenne : Résolution du 23 juillet 1996 concernant l'année européenne contre le racisme, *J.O.C.E.* C 237/1 des 14-15 août 1996 ; Règlement n° 1035/97 du 2 juin 1997 portant création de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, *J.O.C.E.* L 152/1 du 10 juin 1997. La montée des mouvements d'extrême droite en Europe, et notamment la formation du gouvernement autrichien le 3 février 2000 liant le parti conservateur et le FPÖ de Haider, n'est pas non plus pour rien dans cet empressement. V. V GUIRAUDON, « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive « race », *Sociétés contemporaines*, n°53, 1/2004, pp. 11-32

<sup>3</sup> Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *J.O.* du 28 mai 2008.

<sup>4</sup> La définition de la Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discriminations « raciales » visait déjà en 1965 les distinctions « *qui [ont] pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique* » (art. 1<sup>er</sup>, souligné par nous).

<sup>5</sup> DOBBIN F., « The Social Sciences: Do the Social Sciences Shape Corporate Anti-discrimination Practise? : the United States and France », *Comparative Labor Law and Policy Journal*, n° 23, spring 2002, p. 830.

sur des personnes relevant de catégories protégées en raison de leurs caractéristiques sociales et qui ne sont pas nécessaire et proportionnés à la réalisation de la finalité légitime invoquée. L'égalité de traitement doit donc être concrètement réalisée et ne s'épuise pas dans le strict respect de la forme générale de la règle<sup>1</sup>.

L'approfondissement de la notion de discrimination marque la volonté de tenir compte de la complexité du fait social qu'est la discrimination « raciale ». Cette recherche d'adéquation avec les comportements sociaux<sup>2</sup> marque l'avènement d'un véritable droit à la non-discrimination « raciale », c'est-à-dire d'un droit individuel opposable *erga omnes* de ne pas être victime de discrimination « raciale » directe ou indirecte, intentionnelle ou inconsciente. L'extension du périmètre de la discrimination s'ancre ainsi dans la « recherche d'une plus grande effectivité du droit de la non-discrimination »<sup>3</sup>.

### ***L'effectivité au cœur du droit antidiscriminatoire***

La notion d'effectivité renvoie « à la question générale du passage du devoir être à l'être ou, en d'autres termes, de l'énoncé de la norme juridique à sa concrétisation ou à sa mise en œuvre dans le monde »<sup>4</sup>. La lutte contre les discriminations « raciales », entamée en France à la fin des années 1990, marque la volonté d'assurer une jouissance réelle du droit à la non-discrimination « raciale ». S'il s'agit dorénavant de « combattre » les discriminations, comme y invite l'art. 13 TCE, le droit à la non-discrimination « raciale » doit s'analyser comme un droit-créance, c'est-à-dire d'un « droit qui appelle des obligations actives, préventives et répressives, afin de sauvegarder la dignité de la victime [...] à l'égard, à la fois des autorités publiques et des personnes privées »<sup>5</sup>. Pour dissuader les auteurs de discrimination, augmenter le degré de protection du droit à la non-discrimination et en garantir l'effectivité, un droit *antidiscriminatoire* se développe.

---

<sup>1</sup> PORTA J., « Égalité, discrimination et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit à l'égalisation » (2<sup>ème</sup> partie), *Revue du droit du travail*, juin 2011, pp. 354-362.

<sup>2</sup> COMMAILLE J., « Effectivité », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 583.

<sup>3</sup> CALVES G., « Sanctionner ou réguler. L'hésitation des politiques de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, n° 148, 2008, p. 35.

<sup>4</sup> CHAMPEIL-DESPLATS V., « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in D. Lochak, V. Champeil-Desplats (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 14.

<sup>5</sup> COHEN-JONATHAN G., « Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale », *RTDH*, avril 2001, vol. 46, p. 670.

Le nouveau droit antidiscriminatoire se caractérise ainsi par le souci de s'attaquer aux principales formes d'ineffectivité des droits telles que les lacunes des textes ou l'absence de sanction<sup>1</sup>. Face au constat de déficiences dans le système normatif, on procède à l'extension de la notion même de discrimination et à l'élargissement de son champ d'application. Les notions de discriminations « raciales » directe et indirecte permettent ainsi d'atteindre des phénomènes discriminatoires jusque là invisibles pour le droit et de mieux protéger les victimes. De plus, sous l'influence du droit communautaire, les textes instaurent différents mécanismes procéduraux - tels que l'aménagement de la preuve - et mettent en place une institution indépendante, la HALDE, chargée de recueillir et de traiter les réclamations des victimes pour faciliter l'identification des discriminations et leur sanction.

Plus généralement, l'État a l'obligation de mettre en œuvre le droit à la non-discrimination « raciale » en adoptant « des mesures positives propres à donner pleine concrétisation et plein effet au droit »<sup>2</sup>. L'objectivation de la notion de la discrimination elle-même entraîne des obligations positives à la charge de tous les auteurs potentiels de discrimination. Ceci n'est pas sans rappeler la théorie des « obligations positives » développée par la jurisprudence de la Cour EDH<sup>3</sup>. C'est en recherchant l'effectivité des droits de la Convention que la Cour européenne a procédé à la détermination de nouvelles obligations à la charge des États, obligations qu'elle estime inhérentes aux dispositions de la Convention.

La nouvelle définition de la discrimination « raciale » retenue par le législateur français est désormais détachée de l'intention et centrée sur le résultat discriminatoire. La responsabilité des individus, qui sont à l'origine de discriminations directes même inconscientes ou de mesures neutres qui ont un impact discriminatoire, se déduit d'une telle définition. La responsabilité des personnes morales qui les emploient est aussi engagée. En outre, la sanction est favorisée par l'aménagement de la preuve qui s'applique pour la discrimination directe : à partir du moment où le défendeur ne pourra objectivement justifier le traitement défavorable qui aura été établi, ce traitement défavorable sera imputé à la mise en œuvre du critère prohibé et la discrimination caractérisée. Un dispositif similaire est prévu dans la définition même de la discrimination indirecte : si l'on établit qu'une mesure ou un

---

<sup>1</sup> V. LASCOUMES P., « Normes juridiques et politiques publiques », *L'année sociologique*, 1990, p. 48.

<sup>2</sup> AKANDJII-KOMBE J-F, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'Homme. Un guide pour la mise en œuvre de la convention européenne des droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'Homme n° 7, Conseil de l'Europe, Direction générale des droits de l'Homme, 2006, p. 14.

<sup>3</sup> SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, coll. Droit fondamental, 7<sup>ème</sup> éd., 2005, § 166. V. SUDRE F., « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 1995, p. 303 et s.

critère de sélection est susceptible d'affecter davantage les personnes issues de l'immigration, elle doit alors être objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi. Dans ce contexte, les organisations ne peuvent rester passives et doivent prévenir toute discrimination directe et indirecte en leur sein. Les pouvoirs publics ont le devoir d'agir pour faire en sorte que la réglementation, qui exige une égalité de traitement concrète, soit réellement respectée tant par leurs agents que par les tiers.

Cette promotion d'une égalité concrète doit se traduire par le renforcement du « droit à l'indifférence de traitement » à l'égard du critère « racial » et plus généralement par le recul général de la subjectivité et de l'arbitraire qui prévalent encore dans l'ensemble des processus de sélection et de contractualisation. Les responsables doivent donc s'efforcer de contrecarrer la mise en œuvre préjugés et d'anticiper les effets de toutes leurs pratiques en réexaminant les mécanismes habituels de sélection et en rendant les processus de décision plus transparents et plus objectifs. Néanmoins, la nature des responsabilités induites par ce nouveau droit à la non-discrimination « raciale » dépendra largement de l'ampleur de la juridictionnalisation des discriminations et des interprétations du juge quant à la nature des exigences induites par les nouvelles définitions.

En outre, l'identification des éventuelles discriminations indirectes et des formes les plus cachées de discrimination directe, tout comme l'évaluation des actions de promotion de l'égalité de traitement, posent la question du repérage statistique des victimes. C'est dans ce contexte que rebondit en France la controverse sur les statistiques « ethno-raciales » dont certains réclament l'établissement mais qui se heurtent à l'interdit constitutionnel.

Si l'on veut assurer l'effectivité du droit à la non-discrimination « raciale », les autorités publiques ne peuvent se contenter de réagir aux discriminations « raciales » constatées, elles doivent aussi prévenir les discriminations - y compris celles qui résultent de leur propre comportement - et assurer la diffusion et le respect du droit à l'indifférence de traitement qui découle des définitions juridiques de la discrimination. Tout en affichant la volonté d'amplifier le mouvement de juridictionnalisation des discriminations « raciales », l'État, en France, inscrit sa politique antidiscriminatoire dans un registre d'action « misant sur l'information, le partenariat des acteurs privés, la régulation souple pour remplir ses missions »<sup>1</sup>. L'idée est d'utiliser réglementation juridique et régulation de manière complémentaire pour modifier les conduites. Ainsi, la création de la HALDE procède à la fois

---

<sup>1</sup> CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, op. cit., p. 49.

du modèle de l'État réglementateur et du modèle de l'État régulateur parce qu'elle agrège les missions d'application de la loi et de promotion de l'égalité en un même organisme et parce qu'elle met en œuvre, à côté des sanctions du juge qu'elle favorise, d'autres outils négociés et d'autres méthodes axées sur la prévention qui relèvent d'une démarche incitative.

## ***De l'objet à la méthode***

### *La nécessité d'une recherche spécifique*

Les outils de la lutte contre les discriminations « raciales » sont pour une large part commun à l'ensemble du droit antidiscriminatoire - à commencer par les définitions de la discrimination directe et indirecte. Les avancées juridiques obtenues, notamment devant le juge, pour un type de discrimination constituent, des points d'appui d'autant plus précieux pour les autres formes de discrimination qu'on observe souvent une conjonction des critères discriminatoires<sup>1</sup>. La mobilisation politique contre les discriminations « raciales » à partir de la fin des années 1990 a servi d'aiguillon pour une mobilisation convergente sur l'ensemble des critères en favorisant l'universalisation des dispositifs juridiques et des politiques publiques. Ainsi, la HALDE, compétente pour l'ensemble des critères discriminatoires, a été fondée dans le sillage du Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations créé en 1999<sup>2</sup> dont l'objet était la seule lutte contre les discriminations « raciales ».

Il n'en reste pas moins que la discrimination « raciale », en France en particulier, semble irréductible aux autres formes de discriminations sanctionnées. Contrairement aux convictions politiques ou religieuses, elle se fonde sur l'essence des êtres. Elle découle d'une caractéristique visible, extérieure, héritée - ce qui n'est pas le cas de l'âge, de l'orientation sexuelle ou de l'état de santé. Si ces caractéristiques rapprochent le critère de l'origine de celui du sexe, il s'en différencie eu égard au caractère objectif du sexe - variable stabilisée et communément admise - et surtout à son inscription dans le droit. L'histoire de l'usage du

---

<sup>1</sup> En sciences sociales, on parle alors d'intersectionnalité des critères. La notion d'intersectionnalité trouve pourtant son origine dans les travaux d'une juriste américaine, Kimberlé Crenshaw, dans un contexte où, il est vrai, l'interpénétration entre le droit et les sciences sociales est beaucoup plus prononcée qu'en France (v. « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », *Stanford Law Review*, Vol. 43, n° 6., pp. 1241-1299.). La combinaison des critères de l'origine et du sexe expose ainsi les femmes et les hommes issus de l'immigration non-européenne à des préjugés et des discriminations différentes et spécifiques. Elles ne peuvent être analysées des discriminations cumulées puisqu'il s'agit d'une forme nouvelle de discrimination.

<sup>2</sup> CHAPPE V-A, « Le cadrage juridique, une ressource politique ? La création de la HALDE comme solution au problème de l'effectivité des normes anti-discrimination (1998-2005) », *Politix*, 2011/2, pp. 107-130

critère « racial » explique cette spécificité : l'expérience du Code noir et de l'esclavage, du droit colonial ou de la législation antisémite de Vichy l'ont rendu juridiquement tabou<sup>1</sup>.

Ce sont donc des raisons éthiques qui expliquent le caractère radical de la protection contre les discriminations « raciales ». L'interdiction des différences de traitement est ici absolue, alors qu'elle est plus nuancée pour les autres critères pour lesquels les textes ou la jurisprudence prévoient la possibilité de faire valoir des « raisons légitimes » pour justifier des différences de traitement. C'est le cas pour l'âge<sup>2</sup> ou pour le sexe<sup>3</sup> notamment.

Le principe général de prohibition connaît aussi certains aménagements pour des emplois particuliers ou pour permettre la mise en place de politiques de « discrimination positive » concernant certains critères. Des règles de non-discrimination obligent ainsi à prendre en considération le trait en question quand il s'agit de l'état de santé<sup>4</sup> ou du handicap<sup>5</sup> du salarié. Un traitement préférentiel fondé sur le sexe est aussi possible pour remédier aux inégalités qui frappent les femmes et afin d'améliorer leur représentation, à condition que ce critère ne prévale pas sur la considération « *des compétences, des aptitudes et des qualifications* »<sup>6</sup>. Mais si de telles actions positives sont autorisées par l'article 5 de la Directive 2000/43 « *pour compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique* », l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution française interdit toute différence de traitement - même favorable - fondée sur

---

<sup>1</sup> Même aux États-Unis, la « race » constitue une catégorie intrinsèquement « suspecte » (« suspect classification ») c'est-à-dire un critère distinctif frappé d'une illégitimité de principe dont la mise en œuvre entraîne un contrôle juridictionnel particulièrement exogant (« strict scrutiny »). V. C.S., *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 [1944]; *Loving v. Virginia*, 288 US 1, 11 (1967). Cf. CALVES G., *L'« affirmative action » dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, t. 86, 1998, pp. 191-219.

<sup>2</sup> V. pour exemple l'article L. 1133-2 du code du travail, aujourd'hui applicable, qui définit un régime spécifique pour le critère de l'âge : « *Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés.* »

<sup>3</sup> Pour exemple, le droit français autorise la fourniture de services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe, comme le permet de son côté l'article 4 §5 de la Directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, *J.O.U.E.* du 21 décembre 2004 L373/37.

<sup>4</sup> Lorsqu'un salarié revient dans l'entreprise après un congé maladie, mais que le médecin du travail le déclare inapte à occuper son poste habituel, l'employeur a l'obligation de le reclasser sur un autre poste qui correspond aux recommandations du médecin. Voir notamment LABORDE J.-P., « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », *Dr. soc.*, 1991, p. 615.

<sup>5</sup> L'employeur doit désormais procéder à des aménagements raisonnables, c'est-à-dire qu'il est tenu de prendre « *les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée* » (art. 5 de la Directive 2000/78/CE).

<sup>6</sup> C.C., décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, *J.O.* du 18 janvier 2002, p. 1053, cons. 115.

l'origine. En définitive, la « cécité » n'est véritablement exigée que pour les caractéristiques « raciales ». Ainsi, la transposition des acquis d'un critère discriminatoire à l'autre ne sera pas toujours possible et la diversité des formes de discrimination révèle des processus discriminatoires spécifiques et des problèmes inédits propres à chaque type de discrimination qui interdisent la confusion totale des instruments.

Comme les définitions juridiques tendent à cibler les discriminations comme fait social, la lutte contre les discriminations devient « un combat de droit »<sup>1</sup> et le droit devient une référence commune. Le déploiement du droit de la non-discrimination dans notre pays a pourtant peu retenu l'attention des juristes. La plupart des travaux réalisés dans ce domaine traitent du principe général d'égalité<sup>2</sup> ou du principe de non-discrimination au niveau communautaire<sup>3</sup> ou bien se concentrent sur la question des discriminations positives<sup>4</sup>. En définitive, la question des discriminations « raciales » reste peu abordée par la doctrine.

### *Les difficultés inhérentes à une recherche sur les discriminations « raciales »*

Une recherche scientifique sur ce terrain rencontre plusieurs difficultés. Le chercheur est d'abord confronté à l'abondance et à l'hétérogénéité des textes de sources différentes, à la prolifération des programmes d'action, des chartes, ou des conventions, aux évolutions incessantes des politiques publiques au cours de la dernière décennie<sup>5</sup>, et ceci, dans des secteurs aussi divers que l'emploi, l'éducation ou le logement. Il doit aussi conjuguer les différents droits - droit communautaire, droit pénal, droit administratif, droit du travail, droit civil - qui régissent la matière et interagissent dans la lutte contre les discriminations « raciales ». Dans l'étude de la mise en œuvre des garanties légales, il faut encore surmonter

---

<sup>1</sup> FASSIN D., « L'invention française de la discrimination », *op. cit.*, p. 411.

<sup>2</sup> V. notamment : MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Aix-en-Provence, PUAM, Economica, coll. « Droit public positif », 1997 ; MARTENET V., *Géométrie de l'égalité*, Bruxelles/Paris/Zurich, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2003 ; SWEENEY M., *L'égalité en droit social*, *op. cit.*

<sup>3</sup> V. notamment : DUBOUT E., *L'article 13 TCE -La Clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse de droit public, Université de Rouen, 2004 ; HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2003 ; MARTIN D., *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire- Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

<sup>4</sup> V. notamment DAVID F., *La notion de discrimination positive en droit français*, Thèse de droit public, Université de Poitiers, 2001 ; BARLES S., *Les mesures positives (action et discrimination positives) en droit français ou l'insertion de politiques différenciées et différentialistes au sein de l'universalisme républicain*, Thèse de droit public, Université Paris VIII, 2002 ; BUI-XUAN O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Thèse de droit public, Université de Paris II, Paris, Economica, 2004 ; THARAUD D., *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Thèse pour le doctorat de droit privé, Université de Limoges, 2006.

<sup>5</sup> CALVES G., « Sanctionner ou réguler... », *op. cit.*, p. 34.



l'obstacle du caractère souvent confidentiel des décisions rendues par les tribunaux<sup>1</sup>. Enfin, il est indispensable d'intégrer dans l'analyse les discriminations fondées sur d'autres critères - et notamment les discriminations syndicales qui ont joué un rôle d'aiguillon pour la jurisprudence française dans les années 1990 - compte tenu des définitions juridiques et des mécanismes procéduraux communs ainsi que de la question de la transposition au champ de la discrimination « raciale » des acquis obtenus pour d'autres critères discriminatoires.

Si certains instruments juridiques internationaux doivent être pris en compte dans la mesure où ils exigent une action publique contre les discriminations « raciales », le droit communautaire, qui a façonné le cadre juridique français, constitue la référence majeure. Comme ce dernier puise ses sources dans le droit anglo-saxon, on est nécessairement amené à prendre en compte celui-ci. L'approche comparatiste s'impose d'autant plus que les politiques publiques de lutte contre les discriminations « raciales », menées depuis des dizaines d'années aux États-Unis, en Grande-Bretagne ou au Canada, servent logiquement de modèles aux acteurs français, même si la systématisation de la collecte des données « ethno-raciales » et l'*affirmative action* ne peuvent être importés en France. Enfin, la référence aux jurisprudences américaines et britannique et l'analyse de l'activité des organismes de lutte contre les discriminations précurseurs permet d'entrevoir la dynamique éventuelle du droit antidiscriminatoire français tout comme ses enjeux spécifiques.

La recherche sur les discriminations « raciales » est, depuis quelques années, extrêmement développée et féconde dans d'autres disciplines des sciences sociales, qu'il s'agisse de la sociologie, des sciences politiques, de l'économie ou de la démographie. Ces travaux constituent des points d'appui nécessaires dans la mesure où ils ont contribué à façonner l'agenda politique français et participent au développement des politiques publiques. Les instruments statistiques et les recherches sociologiques s'avèrent aussi utiles pour convaincre le juge de l'existence d'une discrimination. Une meilleure connaissance du phénomène discriminatoire et de ses ressorts apparaît aussi indispensable pour rendre le droit antidiscriminatoire opératoire et les politiques publiques plus efficaces. Dans ce contexte, l'ensemble de ces disciplines tendent aussi à interroger le droit quant aux limites qu'il fixe concernant le recueil et le traitement de données relatives à l'origine des individus. Surtout, les recherches antérieures menées dans les pays anglo-saxons ont nourri l'objectivation du droit antidiscriminatoire : les nouvelles notions de discriminations directe et indirecte ont été largement influencées par le droit américain qui avait épousé à partir des années 1970

---

<sup>1</sup> Il a ainsi fallu s'appuyer sur la bonne volonté des associations qui mobilisent le droit antidiscriminatoire, et principalement SOS Racisme, pour obtenir nombre des décisions.

l'évolution et la complexité de la discrimination telle que mise en lumière par des travaux de sciences sociales<sup>1</sup>. L'intégration des apports de ces disciplines est donc un passage obligé pour toute recherche rigoureuse sur le droit à la non-discrimination « raciale » et sur son effectivité.

### ***La démarche adoptée***

La dimension proprement *antidiscriminatoire* du droit est liée, on l'a vu, à l'élargissement de la notion de discrimination. L'analyse du droit à la non-discrimination « raciale » impose donc dans un premier temps de s'intéresser à la manière dont la législation française a intégré les nouvelles définitions de la discrimination et à la justiciabilité de ce nouveau droit qui conditionne l'effectivité de la non-discrimination. Comme le souligne Olivier De Schutter : « dès lors que l'étendue de la garantie qu'a l'individu de ne pas subir un traitement discriminatoire dépend des moyens dont ils dispose pour obtenir la cessation de ce traitement ou en obtenir réparation, le contenu de son droit sera déterminé par la qualité de ces mécanismes »<sup>2</sup>. Afin de mieux protéger les victimes, les notions de discriminations directe et indirecte viennent épouser la réalité sociale du phénomène en se concentrant sur le résultat discriminatoire. Ce faisant, elles induisent en matière civile et administrative un aménagement de la preuve. Ce mécanisme décisif tient compte de la difficulté de démontrer que le traitement défavorable trouve sa source dans le critère prohibé et illustre la volonté de protéger les catégories vulnérables contre des mesures ou critères formellement neutres mais à l'impact particulièrement désavantageux. D'autres mécanismes procéduraux sont aussi institués en faveur des victimes.

La délimitation des contours de la discrimination « raciale » dépend de l'interprétation du juge. Il en est de même des exigences liées à la preuve de l'intention discriminatoire et à la mise en œuvre de l'aménagement de la preuve. La réalisation du droit à la non-discrimination « raciale », c'est-à-dire la sanction des violations tout comme leur prévention, suppose donc le recours à la justice - une « juridictionnalisation » - pour mettre en œuvre les garanties prévues par les textes et notamment obtenir le prononcé de sanctions dissuasives.

---

<sup>1</sup> DOBBIN F., « The Social Sciences: Do the Social Sciences Shape Corporate Anti-discrimination Practise? », *op. cit.*, p. 829.

<sup>2</sup> « Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination », *op. cit.*, p. 25.

Mais au-delà du couple traditionnel interdiction/sanction, le déploiement et l'effectivité du droit antidiscriminatoire impliquent qu'il soit accompagné par des politiques publiques de promotion de l'égalité de traitement sans distinction d'origine. Cette intervention plus volontariste s'est incarnée dans la création en 2004 d'une autorité administrative indépendante spécialisée, la HALDE, désormais intégrée au nouveau Défenseur des droits. Pour remédier au « nonaccès au droit » et à la faible juridictionnalisation, la Haute autorité s'est vue confier la mission, conformément à une obligation communautaire, de recueillir et traiter les réclamations par une action complémentaire à celle du juge. L'évolution de la dynamique juridictionnelle et la mise en œuvre des nouvelles définitions de la discrimination dépendent donc de son activité. À côté d'autres acteurs publics, la HALDE a aussi été chargée de la promotion de l'égalité de traitement. Compte tenu de l'interdit qui pèse sur l'utilisation du critère de l'origine, la prévention des discriminations « raciales » passe par la diffusion d'une indifférence de traitement concrètement appréciée. Les définitions de la discrimination directe et indirecte, selon lesquelles on peut être tenu pour responsable de discriminations « raciales » même inconscientes et de l'impact discriminatoire de mesures neutres en apparence, contraignent les acteurs à une telle démarche proactive. La neutralisation des préjugés et l'éradication des discriminations d'ordre structurel supposent alors l'objectivation des diverses procédures de sélection, en matière d'emploi notamment.

L'effectivité du droit à la non-discrimination « raciale » exige aussi une meilleure connaissance des phénomènes discriminatoires. Le rôle de l'État est ici primordial dans la mesure où il encadre juridiquement le recueil et le traitement des données sensibles relatives à l'origine et oriente les recherches. S'est imposé, depuis quelques années, le nouveau paradigme de la promotion de la diversité à l'abri duquel des politiques antidiscriminatoires peuvent parfois se déployer mais qui peut aussi s'y substituer. En effet, la promotion de la diversité, qui vise à renforcer la représentation des groupes discriminés dans le but d'améliorer les performances administratives ou économiques d'une organisation, n'a pas pour objectif, la protection d'un droit fondamental, contrairement à la lutte contre les discriminations « raciales » ; et elle peut venir minimiser les obligations induites par le droit à la non-discrimination « raciale ».

## **PLAN**

La garantie du droit à la non-discrimination « raciale » mobilise d'abord des instruments classiques autour du couple interdiction/sanction. Ces instruments, progressivement perfectionnés sous l'influence du droit communautaire, requièrent

l'intervention du juge pour leur mise en œuvre (Première partie). Mais l'effectivité du droit dépend aussi du déploiement des obligations positives qui pèsent sur les acteurs publics et privés. La promotion du droit à la non-discrimination « raciale » dépend largement de la HALDE et doit se traduire par une politique publique qui permette de mieux cerner et de prévenir les discriminations (Seconde partie).

## **PREMIERE PARTIE**

### **INTERDIRE ET SANCTIONNER LES DISCRIMINATIONS « RACIALES » LES INSTRUMENTS JURIDIQUES CLASSIQUES**

Le droit à la non-discrimination « raciale » est prévu par un cadre juridique relativement ancien qui remonte à la loi de 1972 contre le racisme. Mais l'effectivité de cette norme, si l'on entend par là « le respect de la loi par ses destinataires »<sup>1</sup>, n'était guère assurée notamment parce que la réalité des discriminations « raciales » n'était pas réellement perçue et ne constituait pas une priorité pour les autorités publiques. Au-delà du contexte politique, l'ineffectivité peut aussi être rapportée à l'absence d'interrogations sur le contenu même de la norme - en l'espèce, l'exigence de la preuve de l'intentionnalité du comportement discriminatoire - et les obstacles rencontrés par les victimes de discriminations pour exercer des recours. L'effectivité d'une norme dépend en effet, selon J-B Auby, de quatre facteurs : le contenu de la norme et son caractère plus ou moins contraignant ; la nature et les destinataires des obligations qu'elle crée ; l'existence et la nature de la sanction en cas de non respect de la norme ; l'effectivité de la sanction elle-même<sup>2</sup>. Au regard de ces différents critères, la législation française ne pouvait permettre une véritable effectivité du droit à la non-discrimination « raciale » : l'absence de condamnations et de sanctions dissuasives sur le terrain des discriminations « raciales » avait rendu la loi peu crédible et les discriminations pouvaient se déployer en toute impunité. La situation française apparaissait alors en contradiction avec un droit antidiscriminatoire communautaire de plus en plus complet qui, dans le cadre d'un modèle de justice individualisée, exige que la législation établisse de nouvelles définitions de la discrimination et requiert la conformité des conduites avec une norme fixée et mise en œuvre par des individus avec l'aide éventuelle de syndicats, d'associations en intentant des actions en justice qui peuvent donner lieu à réparation. Ce modèle permet de mieux combattre les formes de discriminations intentionnelles ou non qui sont aujourd'hui largement répandues en France<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> MINCKE C., « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ*, 1998, n° 40, p. 126.

<sup>2</sup> AUBY J-B, « Prescription juridique et protection juridique », *RDJ*, 1988, n° 3, p. 673.

<sup>3</sup> CROWLEY N., Introduction, in *L'application stratégique du droit et les directives d'égalité de traitement de la CE, Rapport de la 6<sup>e</sup> réunion d'experts*, accueillie par l'autorité pour l'égalité irlandaise, Dublin, 4 et 5 mars 2004, Migration Policy Group, 2004, p. 7.

La directive communautaire du 29 juin 2000 relative aux discriminations « raciales », adoptée très rapidement<sup>1</sup>, exigeait nombre de modifications des normes législatives françaises. Elle a permis de compléter le cadre formel de la répression des discriminations « raciales ». Le droit à la non-discrimination « raciale » a ainsi été rendu opposable *erga omnes* dans tous les domaines<sup>2</sup> conformément aux textes communautaires et internationaux. Afin de renforcer la protection juridique, une « densification du maillage juridique »<sup>3</sup> a été opérée. Elle accroît la possibilité pour les acteurs de s'affronter sur le terrain du droit et favorise une juridicisation de la lutte contre les discriminations « raciales ». Sans croire « à l'effet magique de la loi »<sup>4</sup> du 16 novembre 2001 qui assure en partie la transposition de la directive et marque ainsi une évolution certaine dans la volonté de mieux réprimer les discriminations, il apparaît incontestable que les définitions objectivées de la discrimination « raciale » permettent au droit de mieux saisir ce fait social et que les modifications procédurales en faveur des victimes rendent le droit de la non-discrimination plus accessible.

Dans un premier titre, nous étudierons l'évolution du cadre juridique français sous l'influence communautaire tant en ce qui concerne le renouvellement substantiel du concept de discrimination « raciale » que les mécanismes procéduraux mis en place pour soutenir les démarches des victimes de discriminations devant les juges. Après plusieurs modifications, la législation française, si elle connaît encore quelques lacunes, apparaît comme relativement complète. Dans un second titre, nous examinerons comment les juges appliquent et interprètent les textes et dans quelle mesure leur intervention garantit l'effectivité du droit à la non-discrimination.

---

<sup>1</sup> La directive « Race » a été adoptée sept mois après la proposition de la Commission, ce qui constitue un record pour l'adoption d'une norme de droit communautaire. V. TYSON A., « The Negotiation of the European Directive on Racial Discrimination », *European Journal of Migration and Law*, 2001, n° 3, p. 201. Virginie Guiraudon relève que « pour les Français qui avaient peu d'expérience en matière de lutte contre les discriminations mais étaient de bons élèves européens en ce qui concerne l'application de l'article 119, la ressemblance entre la directive et la législation communautaire en matière de genre était rassurante » (*in* « L'élaboration de la directive européenne Race », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004, p. 26).

<sup>2</sup> COHEN-JONATHAN G., « Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale », *RTDH*, avril 2001, vol. 46, p. 670.

<sup>3</sup> JEAMMAUD A., « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », *in* J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, Réseau européen Droit et société, LGDJ, coll. Droit et société, vol. 5, 1998, p. 66.

<sup>4</sup> Propos de Pierre Cardo, député Démocratie Libérale, AN, (CR), 1<sup>ère</sup> séance du 6 novembre 2001, Discussion en lecture définitive d'une proposition de loi relative à la lutte contre les discriminations, *J.O.*, 2001, n° 71, 7 novembre 2001, p. 7181.

## Titre I :

### Le perfectionnement du cadre juridique sous l'influence du droit communautaire

Le droit communautaire - traité, droit dérivé et jurisprudence de la Cour - relatif à l'égalité de traitement a construit au fur et à mesure « un régime juridique commun et spécialement de règles de preuves communes »<sup>1</sup> pour l'ensemble des critères discriminatoires. Néanmoins, il apparaît que certains d'entre eux, la « race » et le « sexe », bénéficient d'une protection juridique plus importante ne serait-ce que parce qu'ils font l'objet de normes communautaires spécifiques<sup>2</sup>. L'application des dispositions novatrices de la directive « Race », qui venait étendre considérablement le degré de protection juridique dont bénéficiait le droit à la non-discrimination « raciale », dépendait donc de la qualité de leur transposition en droit interne. La transposition de la directive est intervenue en France par touches successives. Ainsi, la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations a été adoptée deux mois avant la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 qui complète le dispositif législatif<sup>3</sup>. Puis, en réponse aux démarches communautaires préalables à une procédure en manquement de la Commission devant le juge de Luxembourg<sup>4</sup>, une loi générale

---

<sup>1</sup> LANQUETIN M-T., « Le principe de non-discrimination », *Droit ouvrier*, mai 2001, p. 193.

<sup>2</sup> Ces deux motifs font l'objet de directives spécifiques couvrant l'ensemble des champs d'application (directive verticale). La directive 2000/43/CE concernant la « race » et l'origine « ethnique » a été adoptée le 29 juin 2000 tandis que la discrimination fondée sur le sexe est interdite par des directives successives : directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (*J.O.C.E.* L 39 du 14 février 1976, p. 40) modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil (*J.O.C.E.* L 269 du 5 octobre 2002, p. 15) ; directive 86/378/CEE du Conseil du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale (*J.O.C.E.* L 225 du 12 août 1986, p. 40) modifiée par la directive 96/97/CE (*J.O.C.E.* L 46 du 17 février 1997, p. 20) ; directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (*J.O.C.E.* L 45 du 19 février 1975, p. 19.) ; directive 86/613/CEE du Conseil du 11 décembre 1986 sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité ; 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 (*J.O.C.E.* L 14 du 20 janvier 1998, p. 6) modifiée par la directive 98/52/CE (*J.O.C.E.* L 205 du 22 juillet 1998, p. 66). Ces directives ont été refondues pour plus de clarté dans une directive unique 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. Il faut aussi signaler, en dehors du domaine du travail, la 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.

<sup>3</sup> KELLER M., « La loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations », *Rec. Dalloz*, 2002, chron. p. 1355.

<sup>4</sup> Deux mises en demeure du 21 mars 2007 relatives aux directives 2000/78/CE (« Emploi ») et 2002/76/CE (égalité professionnelle entre les hommes et les femmes) ; un avis motivé du 27 juin 2007 porte sur

intégrant les différents critères discriminatoires et venant achever la transposition des trois directives relatives à l'action contre les discriminations a finalement été adoptée le 27 mai 2008<sup>1</sup>. Néanmoins, faute d'être codifiées et dessinant des régimes juridiques différents suivant les critères, les dispositions de cette législation restent peu lisibles<sup>2</sup>. La directive indiquant à son article 6 que ses dispositions ne constituent que des exigences minimales, il est intéressant de vérifier si la transposition réalisée est finalement complète, et si la législation française dépasse les strictes obligations communautaires pour assurer une protection juridique audacieuse. Le législateur a tenté d'« acclimater » le droit communautaire dans le cadre de la transposition des directives en consolidant « un droit répressif, universaliste, *colorblind* »<sup>3</sup> et en intégrant les novations procédurales en faveur des victimes. Si l'énoncé normatif cherche ainsi à rendre plus effectif l'interdit discriminatoire inscrit à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, il faut s'attarder sur ce que cet énoncé prescrit précisément notamment eu égard aux définitions novatrices des discriminations « raciales » directe et indirecte<sup>4</sup>.

La directive « Race », qui transpose à la discrimination « raciale » les acquis juridiques de la discrimination fondée sur le sexe, modifie considérablement les obligations qui pèsent sur les auteurs potentiels de discrimination en encadrant davantage leur liberté, notamment leur liberté contractuelle et ce dans tous les domaines. D'abord, le droit communautaire et à sa suite le droit français ont étendu le périmètre du droit à la non-discrimination « raciale » (chapitre 1). Ces nouvelles définitions sont aussi accompagnées de nouvelles garanties, de mécanismes procéduraux innovants pour renforcer la justiciabilité du droit à la non-discrimination « raciale » (chapitre 2).

---

la directive « Race » 2000/43/CE. La Commission européenne, dans son avis motivé du 31 janvier 2008, souligne que les carences des États concernent notamment l'absence de définition ou une définition incorrecte de la discrimination directe, indirecte et du harcèlement, une interdiction trop restrictive de l'injonction à discriminer, l'absence de prohibition de discrimination dans l'accès au travail indépendant, une limitation du droit des entités intéressées (associations) à ester en justice pour défendre les victimes de discrimination et l'insuffisance des sanctions prévues pour les mesures de rétorsions autres que le licenciement. V. Commission européenne, Directive « emploi » (2000/78/CE) : liste des États membres auxquels un avis motivé ou une lettre de mise en demeure sera envoyé, Mémo/08/68, Bruxelles, 31 janvier 2007.

<sup>1</sup> Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *J.O.* du 28 mai 2008.

<sup>2</sup> MINE M., « Discriminations : une transposition laborieuse », *Revue de droit du travail*, 2008, p. 532.

<sup>3</sup> CALVES G., « L'égalité. Le cas du droit de la non-discrimination », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 491.

<sup>4</sup> CHAMPEIL-DESPLATS V., « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in D. Lochak, V. Champeil-Desplats (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 16.



## Chapitre I

### L'élargissement du périmètre de la discrimination « raciale »

Dans l'ordre juridique communautaire, le champ de l'interdiction de discriminer est en quelque sorte « stratifié »<sup>1</sup> selon les motifs couverts par les différentes directives. En droit français, l'unité de la notion de discrimination se traduit par l'existence d'une structure commune à tous les motifs. La répression pénale a débuté avec la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972<sup>2</sup>. Elle est assurée par les articles 225-1 à 225-4 du code pénal (CP) ainsi que par l'art. 432-7 CP qui vise les discriminations commises par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public. En matière civile, la construction législative s'est réalisée principalement autour de l'article clé L. 122-45 du code du travail (CT) issu de la loi Auroux du 4 août 1982 relative à la liberté des travailleurs<sup>3</sup> et plusieurs fois complété depuis (actuel article L. 1132-1 CT). Les dispositions du code du travail et du code pénal ont subi un double élargissement quant aux situations visées et quant aux motifs prohibés. L'art. L. 1132-1 CT recouvre aujourd'hui tous les aspects de la relation de travail reprenant le champ d'application de l'ex art. L. 123-1 CT relatif à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes qui avait transposé la directive 76/207/CE (actuel art. L. 1142-1 CT). Quant aux motifs visés, si la « race » et le sexe, systématiquement repris par les conventions internationales, étaient prévus dès 1983, la liste a été depuis considérablement élargie. Le code pénal, dans lequel était introduite l'interdiction des discriminations « raciales » en 1972 à l'art. 416 CP, a vu lui aussi la liste des motifs couverts par cette même interdiction allongée, et ce dès 1975 où les discriminations fondées sur le sexe et la situation de famille étaient ajoutées<sup>4</sup>. D'autres critères venant grossir la liste par la suite.

Pour autant, il apparaît que les textes du code du travail et du code pénal, même très proches, ne présentent pas exactement la même protection contre les discriminations, ne serait-ce que parce que la répression pénale implique la preuve de l'intention discriminatoire. De même, le critère de la « race » bénéficie d'un très haut niveau de protection juridique qui

---

<sup>1</sup> CALVES G., « L'égalité. Le cas du droit de la non-discrimination », *op. cit.*, p. 488.

<sup>2</sup> Certes, avant l'entrée en vigueur de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972, il était possible d'utiliser l'art. 37-1-a de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 réprimant les refus de vente de produits ou de prestation de services. Comme le souligne, J-P Brill, cette disposition était néanmoins insuffisante en raison de son champ d'application trop restreint et de son inadéquation à la répression de la discrimination « raciale » (*in* « La lutte contre la discrimination raciale dans le cadre de l'art. 416 du code pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, 1977, p. 36-37).

<sup>3</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la loi Auroux n° 82-689 du 4 août 1982 intègre un article L. 122-45 dans le code du travail qui prohibe la sanction ou le licenciement d'un salarié fondé sur son « *origine, son appartenance à une ethnie, une nation ou une race* ».

<sup>4</sup> Loi n° 75-625 du 11 juillet 1975.

le place en tête des critères couverts par le droit de la non-discrimination. La transposition des directives communautaires est venue à cet égard confirmer la hiérarchisation de la protection juridique offerte aux différents motifs.

Pour analyser les conditions d'effectivité de la norme française de non-discrimination « raciale », il faut s'intéresser au contenu même de l'interdit discriminatoire pour vérifier si celui-ci recouvre bien l'ensemble des situations discriminatoires telles qu'elles ont pu être dégagées par les chercheurs. Nous analyserons tout d'abord la multiplication des critères illicites et l'élargissement des champs concernés par l'interdiction de la discrimination qui a permis de mieux cerner toutes les formes de discrimination « raciale » (section 1). Ensuite, il s'agira de s'attacher au renouvellement de la définition de la discrimination : à travers l'objectivation du concept de discrimination, la législation communautaire a construit la catégorie des discriminations englobant discrimination directe, discrimination indirecte, harcèlement discriminatoire et incitation à la discrimination (section 2).

## **Section 1- L'extension du champ d'application de l'interdiction**

La protection juridique contre les discriminations « raciales » assurée par le code pénal, le code du travail et la loi relative aux fonctionnaires est étendue. Les multiples critères se référant à l'origine permettent de mettre à distance les termes de « race » et d'« ethnie ». Le périmètre du champ *ratione personae* et *ratione materiae* des discriminations « raciales » interdites est lui aussi particulièrement large.

### **§1) La multiplication des critères illicites de distinction**

L'application du droit de la non-discrimination est déclenchée par l'existence d'un traitement défavorable fondé sur l'un des motifs prohibés par l'article L. 1132-1 CT pour les juridictions sociales<sup>1</sup> et l'article 225-1 CP pour les juridictions pénales. Si la multiplication des critères permet de mettre à distance le terme de « race » (A), elle induit aussi une transformation sensible du droit à la non-discrimination (B).

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 14 octobre 2009, n° 08-41091 ; Cass. soc., 21 octobre 2009, n° 08-42699.

## A) La multiplication des critères rapportés à l'origine

« L'universalité de la règle cède le pas devant la nécessité de désigner ceux qui peuvent se prévaloir d'une protection spécifique »<sup>1</sup>. Face au risque d'assignation identitaire qui pourrait être produit par le droit lorsqu'il confère une réalité objective à des catégories juridiques comme celle de la « race », les textes pénaux ont construit des formulations précautionneuses et efficaces reprises par la loi du 16 novembre 2001. La loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972, qui a posé l'interdiction des discriminations « raciales », liste à ce titre une série de motifs prohibés : « *l'origine* » et « *l'appartenance ou de la non-appartenance d'une personne à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Cette énumération, « volontairement large, partiellement redondante »<sup>2</sup> permet en quelque sorte de noyer le terme contesté de « race » et d'éluder les questions concernant la définition de ces termes. De même, le code pénal de 1994 qui codifie le « génocide » n'isole pas la notion de « race » puisqu'il s'agit d'un plan tendant à la destruction « *d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire* »<sup>3</sup>. Ici, le droit ne fait que « refléter l'impossibilité de définir de façon rigoureuse le « racisme » »<sup>4</sup>. Quant à la référence à « l'origine » qui semble recouvrir la plupart des hypothèses<sup>5</sup>, elle « semblait avoir pour objet de renforcer la protection issue des autres termes » puisque la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972 n'a pas pour but d'interdire les différences de traitement fondées sur l'origine sociale ou familiale des personnes<sup>6</sup>. De plus, comme le relève l'ECRI (European Commission against Racism and Intolerance), les actes discriminatoires sont rarement fondés sur un seul des motifs énumérés mais plutôt sur une combinaison de ceux-ci. Voilà pourquoi elle recommande d'éviter l'utilisation d'expressions restrictives dans l'énoncé des motifs d'une législation contre les discriminations « raciales »<sup>7</sup>. Il semble donc que le conglomérat de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972 corresponde à une réalité criminologique.

---

<sup>1</sup> LOCHAK D., « Egalité et différences. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit », in D. Borillo, *Homosexualité et droit*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1988, p. 59.

<sup>2</sup> LOCHAK D., « La race, une catégorie juridique ? », *op. cit.*, p. 300-301.

<sup>3</sup> Art. 211-1 CP issu de la loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes.

<sup>4</sup> LOCHAK D., « La race, une catégorie juridique ? », *op. cit.*, p. 301.

<sup>5</sup> La HALDE utilise ainsi l'expression de discrimination fondée sur « l'origine » qui désigne les discriminations « raciales » et les discriminations fondées sur la nationalité.

<sup>6</sup> BRILL J-P, « La lutte contre la discrimination raciale dans le cadre de l'art. 416 du code pénal », *op. cit.*, p. 43.

<sup>7</sup> ECRI, Recommandation de politique générale n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale adoptée le 13 décembre 2002, *op. cit.*, p. 15.

La rédaction de la loi du 7 juin 1977, qui a modifié la loi Pleven de 1972, est encore plus judicieuse en évoquant « *l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnique, une race ou une religion déterminée* » (art. 225-1 CP). Elle marque ainsi plus clairement « la distance prise par le législateur par rapport aux motivations subjectives des personnes »<sup>1</sup> et permet de ne pas entériner l'existence objective de « races » ou d'« ethnies ». Avec la nouvelle formulation, elle évite aussi au juge « la tâche - semée d'embûches - d'avoir à vérifier, avant de prononcer une condamnation, si la victime, du fait qu'elle est noire, arabe, juive, musulmane, ou de nationalité étrangère, appartient bien à une race déterminée »<sup>2</sup> : la justification de la pratique par un motif prohibé l'emporte sur les origines réelles de la victime<sup>3</sup>. Ainsi, les décisions de justice évoquent la « *discrimination raciale* », la discrimination « *à raison de l'origine* » ou « *à raison de la race ou de l'ethnie* » pour des situations analogues sans qualifier les victimes. L'indifférence du juge s'explique aisément : « il sait ce qu'il condamne et cela lui suffit »<sup>4</sup>. Le seul arrêt de la chambre sociale rendu pendant des années en matière de discrimination sur ce motif faisait référence à « *l'origine* », terme englobant<sup>5</sup>. Mais il est à noter que dans de rares arrêts, le juge précise la qualité des victimes et le motif discriminatoire quitte à paraître légitimer l'existence de « races » à l'image du tribunal correctionnel de Strasbourg qui en 2001 condamnait la gérante d'une discothèque pour discrimination, en l'espèce en refusant l'entrée des deux victimes « *à raison de leur appartenance à la race noire* »<sup>6</sup>. La transposition des dispositions de la directive 2000/43 a rouvert la question concernant « la mention faite de la notion de 'race', qui relève d'une terminologie propre à renforcer la logique de discrimination »<sup>7</sup>. La rédaction finalement retenue pour le code pénal permet selon le rapporteur du texte à l'A.N. « d'éviter d'octroyer

---

<sup>1</sup> LOCHAK D., « L'autre saisi par le droit », in B. Badie et M. Saddoun (dir.), *L'autre : études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, PFNSP, 1996, p. 190.

<sup>2</sup> LOCHAK D., « La race, une catégorie juridique ? », *op. cit.*, p. 300-301. Ainsi, pour qualifier de génocide les massacres des Tutsis par les Hutus au Rwanda - et ce alors qu'ils partagent la même langue et la même culture et sont difficilement définissables comme des groupes « ethniques » distincts, le Tribunal pénal international s'est attaché à la conviction intime des auteurs des actes. V. E. DELAPLACE, « La notion de groupe dans la jurisprudence du TPIR », in L. Burgogue-Larsen (dir.), *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 269-279.

<sup>3</sup> Contrairement à ce qu'affirme Christophe Willmann, la définition de ce que recouvre la « race » ou l'« ethnique » n'est ainsi pas nécessaire pour les poursuites (in « Définir la 'race' et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise », *Droit social*, n° 9-10, sept-oct. 2007, p. 938).

<sup>4</sup> FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004, pp. 45-46.

<sup>5</sup> Cass. soc. 8 avril 1992, *Boufagher c/ Groupement de Penly*, n° 90-41276, *Bull.*, n° 256, p. 157. Cf. LYON-CAEN A., « Nul ne peut faire l'objet de mesures discriminatoires en raison de son origine : ordre des licenciements déterminé selon le critère de la charge d'une famille nombreuse différemment appréciée selon l'origine du salarié », *D.* 1992, p. 293.

<sup>6</sup> TGI de Strasbourg, 21 novembre 2001, n° 01/4098.

<sup>7</sup> Rapport A.N. n° 2609, Loi relative à la lutte contre les discriminations, 1<sup>ère</sup> lecture, 10 octobre 2000, p. 19.

une reconnaissance juridique à la notion de « race »<sup>1</sup>. Elle a donc été étendue par la loi du 16 novembre 2001 au code du travail<sup>2</sup> ainsi qu'à la loi n° 83-634 relative aux droits et obligations des fonctionnaires (art. 6)<sup>3</sup>.

Cette même loi a ajouté deux nouveaux critères absents de la directive, « *l'apparence physique* » et le « *patronyme* », qui renforcent la mise à distance de la notion contestée de « race »<sup>4</sup>. Bien que ne se résumant pas à la discrimination « raciale »<sup>5</sup>, ces critères constituent des caractéristiques visibles et inaltérables qui servent d'appui à la discrimination « raciale ». L'apparence corporelle fournit en effet des informations qui donnent lieu à catégorisation selon des figures stéréotypiques de référence. Il en est de même pour le patronyme qui peut révéler une origine extra-européenne et induire la discrimination « raciale » comme l'ont prouvé les opérations de testings.

L'ajout d'un autre critère, celui du critère de résidence, est aussi régulièrement envisagé<sup>6</sup>. Dans un contexte de forte ségrégation urbaine, l'adresse du candidat à l'embauche peut en effet constituer un critère de discrimination<sup>7</sup> voire un masque pour la discrimination « raciale »<sup>8</sup> car les noms de certains quartiers périphériques des villes véhiculent des représentations négatives qui s'ancrent dans l'imaginaire collectif. Il existe un amalgame entre certaines zones territoriales, les jeunes, les bandes, la violence et l'inadaptation au travail. Si le jeune est d'origine étrangère, on constate alors un effet cumulatif des

---

<sup>1</sup> Rapport A.N. n° 2965 (Lutte contre les discriminations), 2<sup>ème</sup> lecture, 2 avril 2001, p. 10.

<sup>2</sup> Cet alignement des formulations du code du travail sur celles du code pénal proposé par un amendement communiste au Sénat a été retenu par l'A.N. (A.N., session ordinaire de 2000-2001, 3<sup>ème</sup> séance du 3 avril 2001, Discussion de la proposition de loi n°256 relative à la lutte contre les discriminations, 2<sup>ème</sup> lecture, *J.O.*, Débats parlementaires, A.N. (C.R.), n° 18 (3), 4 avril 2001, p. 1717).

<sup>3</sup> Respectivement les articles 1 et 11-1 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001.

<sup>4</sup> FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 46.

<sup>5</sup> V. AMADIEU J-F., *Le poids des apparences, beauté, amour et gloire*, Odile Jacob, 2001, 200 p.

<sup>6</sup> « La loi va intégrer la discrimination liée au lieu d'habitation dans l'accès à l'emploi », *Le Monde*, 11 août 2010. Voir aussi les Délibération de la HALDE n° 2010-35 du 22 février 2010 (saisine du Maire de La Courneuve qui estimait que ces habitants étaient victimes de discrimination) et n° 2011-121 du 18 avril 2011 (la HALDE recommande l'intégration du critère de l'adresse dans le code du travail et la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008). Pour la Cour EDH, le pays de résidence peut constituer un motif discriminatoire dans la mesure où la liste de l'art. 14 est seulement indicative et non limitative. Il est ainsi possible d'inclure à l'art. 14 « *des caractéristiques qui ne sont pas personnelles dans le sens où elles seraient innées ou inhérentes [à la personne]* » (Cour EDH, G.C., 16 mars 2010, *Carson et autres c/ R-U*, n° 42184/05, §59).

<sup>7</sup> Discours de Martine Aubry lors de la présentation du dispositif 114 le 16 mai 2000 : « *Aujourd'hui, nous savons bien que les difficultés que rencontrent les jeunes en raison de la couleur de leur peau, de la consonance étrangère de leur nom ou de leur quartier d'origine ne tiennent plus à je ne sais quel défaut d'intégration mais bel et bien à des blocages existant dans la société française* ». Citée in « *Disqualifiés à l'origine, Couleur de peau, consonance du nom ou de mauvaise adresse, les enfants de l'immigration sont deux à trois fois plus touchés par le chômage* », *Libération*, 13 juin 2000.

<sup>8</sup> « *Abdellah, Elias, Ozcan, Mamadou : un autre handicap, celui d'être étiqueté 'Val-Fourré'* », *Le Monde*, 30 mai 2002.

discriminations<sup>1</sup>. C'est pourquoi, le Conseil d'analyse économique recommandait en 2004 d'ajouter à la liste des critères de discrimination « l'origine urbaine »<sup>2</sup>. Pour autant, comme nous le verrons plus tard, la condition de résidence pourrait constituer une discrimination indirecte.

## B) Les effets de la multiplication des critères : un risque de dilution ?

Au-delà des discriminations spécifiquement « raciales », la loi n° 75-624 du 11 juillet 1975 est venue compléter la loi 1<sup>er</sup> juillet 1972 en interdisant les discriminations fondées sur le sexe et la situation familiale. Les motifs discriminatoires se sont progressivement multipliés dessinant « en négatif, le profil de celui qui n'a pas besoin d'une protection spécifique parce qu'il est dans la norme »<sup>3</sup>. Le code pénal a intégré en 1982 la répression des discriminations fondées sur les opinions politiques et les activités syndicales<sup>4</sup> participant ainsi à un élargissement, une « transformation de la notion de discrimination qui ne vise plus désormais seulement les personnes en raison de ce qu'elles sont, mais aussi en raison de ce qu'elles font »<sup>5</sup>. Traduisant l'évolution sociale et jurisprudentielle, la liste n'a depuis cessé de s'allonger mêlant les discriminations fondées sur l'être et celles fondées sur l'agir : la loi du 25 juillet 1985 intègre les mœurs dans le code pénal et l'exercice du droit de grève dans le code du travail ; la loi du 13 janvier 1989 intègre le handicap dans le code pénal ; la loi du 12 juillet 1990 vise le handicap et l'état de santé dans le code du travail ; la loi du 22 juillet 1992 complète l'art. 225-1 CP ; la loi du 31 décembre 1992 complète le code du travail ; la loi du 16 novembre 2001 aligne les différents textes et y ajoute l'orientation sexuelle, l'âge, le patronyme et l'apparence physique ; la loi du 4 mars 2002 introduit les caractéristiques génétiques et, pour finir, la loi du 23 mars 2006 prévoit le motif de la grossesse<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> VIPREY M., *L'insertion des jeunes d'origine étrangère*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>2</sup> THISSE J-F, WASMER E., ZENOU Y., « Ségrégation urbaine, logement et marché du travail » in FITOUSSI J-F., LAURENT E. et MAURICE J., *Ségrégation urbaine et intégration sociale -Rapport du Conseil d'Analyse Economique* (Complément A), La Documentation Française, 2004, p. 318. Voir aussi HALDE, Délibération n° 2010-36 du 22 février 2010 (réflexion ouverte sur l'ajout d'un nouveau critère discriminatoire, le lieu de résidence et sur le lancement d'un testing sur ce critère).

<sup>3</sup> LOCHAK D., « Egalité et différences. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit », *op. cit.*, p. 58.

<sup>4</sup> Loi n° 82-689 du 4 août 1982.

<sup>5</sup> LOCHAK D., « L'autre saisi par le droit », *op. cit.*, p. 189.

<sup>6</sup> Loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social (*J.O.* du 26 juillet 1985, p. 8471) ; loi n° 89-18 du 13 janvier 1989 portant diverses mesures d'ordre social (*J.O.* du 14 janvier 1989, p. 542) ; loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap (*J.O.* du 13 juillet 1990, p. 8272) ; loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes (*J.O.* du 23 juillet 1992, p. 9875) ; loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage (*J.O.* du 1<sup>er</sup> janvier 1993, p. 19) ; loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 ;

L'élargissement à d'autres catégories de victimes semble aller de pair avec la « banalisation » du phénomène discriminatoire<sup>1</sup>.

On dénombre aujourd'hui près de seize motifs de discrimination communs au code pénal, au code du travail et à la législation relative à la fonction publique. Ces motifs de discrimination, dont certains font l'objet d'un régime juridique déterminé, n'ont cependant pas tous le même impact. Certains motifs, comme les opinions politiques ou les convictions religieuses s'analysent en lien avec les libertés publiques, d'autres, comme l'appartenance syndicale, sont réglementés par le code du travail, d'autres encore, tels le patronyme et l'apparence physique, ne font l'objet d'aucune autre norme. Enfin, même si, comme nous l'avons déjà dit, certains motifs sont susceptibles de dérogations à l'interdiction de traitement différencié, la législation française se distingue par l'élaboration de règles communes à l'ensemble des motifs à l'opposé d'un droit de la non-discrimination de type anglo-saxon qui repose intégralement sur l'énumération de « classes protégées ». Dans le sillage de la loi du 22 juillet 1992 sur le nouveau code pénal, la loi du 16 novembre 2001, comme celle du 27 avril 2008, confirme « l'inspiration universaliste du code pénal »<sup>2</sup>, qui caractérise la discrimination comme une atteinte « à la dignité de la personne ».

Cependant, l'allongement de la liste a une incidence sur la cohérence du texte, notamment sur la formulation efficace de la discrimination « raciale ». En effet, « tous ces motifs nouveaux sont rajoutés dans l'énumération en plein milieu des motifs premiers, en plein milieu des motifs de discrimination raciale qu'ils viennent en quelque sorte, au point de vue terminologique, couper »<sup>3</sup>. La loi du 11 juillet 1975, qui ajoute le critère du sexe et de la situation de famille, a scindé l'énumération des différents motifs de discrimination « raciale » au risque d'affaiblir la visibilité de la protection contre la discrimination « raciale » issue du texte ancien. Puis, d'autres motifs illégitimes sont venus gonfler la liste des discriminations. Dans les textes, apparaissent ainsi d'abord la discrimination motivée par « l'origine », puis d'autres motifs ajoutés et, enfin, la discrimination motivée par « l'appartenance à une ethnie,

---

loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (*J.O.* du 5 mars 2002) ; loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes (*J.O.* du 24 mars 2006).

<sup>1</sup> TANDE A., « La notion de discrimination dans les discours de l'action publique en France (1992-2005) », *Informations sociales*, n° 148, « Politiques de lutte contre les discriminations », juil-août 2008, p. 27.

<sup>2</sup> CALVES G., « « Il n'y a pas de race ici ». Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, octobre 2002, n° 17, p. 179.

<sup>3</sup> MAYER D., « L'appréhension du racisme par le code pénal », in *Sans distinctions de... race*, ouvrage collectif, *Revue « Mots », les langages du politique*, n° 33, décembre 1992, p. 333.

*une nation, une race ou une religion* ». Ce faisant, l'unité criminologique de la discrimination « raciale » qui correspond à une réalité criminologique s'en est trouvée estompée et l'énumération s'est transformée en un « patchwork »<sup>1</sup> qui fait perdre à la référence à l'origine beaucoup de son intérêt.

On peut pointer les limites induites par la méthode énumérative des textes qui précisent les motifs prohibés de différence de traitement. La multiplication des critères tend à rapprocher le principe de non-discrimination énoncé par le code pénal ou le code du travail de la conception non limitative de l'article 14 de la Convention EDH et de la conception administrative du principe général d'égalité. Ainsi, dans la jurisprudence de la Cour EDH, une différence de traitement n'est discriminatoire que si elle manque de « *justification objective et raisonnable* »<sup>2</sup> : si la différence de traitement poursuit un but légitime, la voie est ouverte au contrôle de proportionnalité de la distinction en cause<sup>3</sup>. De même, le juge administratif français interdit la discrimination c'est-à-dire toute différence de traitement non justifiée<sup>4</sup>. Les modalités de l'aménagement de la preuve dont jouissent les victimes de discrimination « raciale », question que nous approfondirons, rappelle aussi la logique appliquée à la notion de discrimination en droit public français. Ce rapprochement banalise les discriminations qui sont considérées en droit pénal, en droit social et en droit communautaire comme des distinctions irrecevables car fondées sur un motif illicite<sup>5</sup> et vient troubler le droit à l'indifférence qu'elles posent. Néanmoins, il faut indiquer que lorsque le juge administratif est confronté à des critères interdits, son raisonnement diffère quelque peu : dès que le critère de l'origine est identifié, il annule la décision sans discuter plus avant de l'absence d'une différence de situation et de la proportionnalité au but poursuivi<sup>6</sup>. Enfin, l'accumulation des critères tend à annuler la force de chacun d'eux et semble les placer sur un pied d'égalité alors que tous les motifs ne bénéficient pas de la même protection juridique : ainsi la discrimination « raciale » relève d'une interdiction (quasi) absolue découlant d'un principe constitutionnel,

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> Cour EDH, plénière, 23 juillet 1968, n° 1474/62, « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », Série A, n°6, *Rec.*, p. 34, §9.

<sup>3</sup> SUDRE F., *Droits européen et international des droits de l'homme*, PUF, 9<sup>ème</sup> édition, 2008, p. 287.

<sup>4</sup> Le Conseil d'Etat considère pour exemple qu'une délibération municipale qui prévoit que l'accès quotidien à la cantine scolaire est réservé aux seuls enfants dont les deux parents travaillent est discriminatoire, le critère de la différence de traitement étant sans rapport avec l'objet du service public en cause (C.E., 23 octobre 2009, n° 329076).

<sup>5</sup> Ce qui explique pourquoi le code pénal caractérise les discriminations comme une « *atteinte à la dignité de la personne* » (chapitre V du code pénal).

<sup>6</sup> C.E., 10 avril 2009, n° 311888, *M. El Haddioui, RFDA*, 13 juillet 2009, p. 1388.



tandis que d'autres motifs tels que l'âge, la nationalité ou l'état de santé admettent de nombreuses dérogations au principe d'égalité de traitement<sup>1</sup>.

## §2) Les domaines d'application de l'interdiction des discriminations

### « raciales »

L'extension de la protection juridique se réalise à travers la multiplication des champs d'application matériel et personnel de l'interdiction des discriminations « raciales ». La directive 2000/43/CE vient en effet étendre la portée de l'interdiction des discriminations « raciales » à tous les secteurs du quotidien (B). Néanmoins, si le droit interne a dû procéder à quelques ajustements, la protection qu'il offrait était déjà relativement équivalente (A).

#### A) Les domaines initialement prévus

C'est, nous l'avons vu, l'article 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972 qui introduit dans le droit français l'interdiction des discriminations « raciales » dans le code pénal (ancien art. 416 CP). Le premier alinéa interdit ces discriminations commises envers un particulier, le second alinéa protège les personnes morales. Cette interdiction vaut pour l'accès aux biens et services<sup>2</sup> dont le logement, comme le laisse apparaître la jurisprudence se référant à la loi de 1972<sup>3</sup>. La loi de 1972 modifiait aussi l'art. 187-1 CP de l'époque en intégrant une disposition relative au refus à caractère raciste d'un droit par tout dépositaire de l'autorité publique ou citoyen chargé d'un ministère de service public<sup>4</sup>. Cette incrimination des agissements discriminatoires des personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service publique est reprise dans l'actuel art. 432-7 CP pour les cas de refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi. Le délit d'entrave à l'exercice d'une activité économique quelconque,

---

<sup>1</sup> FITTE-DUVAL A., « Le fonctionnaire et la discrimination : approche administrative et pénale, *L'Actualité juridique-Fonctions publiques*, janvier-février 2003, p. 11.

<sup>2</sup> Les notions de « biens ou services » recouvrent « toutes les choses susceptibles d'être l'objet d'un droit et qui représentent une valeur pécuniaire ou un avantage » (C.A. Paris, 21 novembre 1974 ; *D.* 1975, jur. p. 471, concl. J. Foulon Piganiol). L'incrimination concerne toutes les activités économiques qu'elles soient le fait d'un professionnel ou d'un particulier, y compris les prestations à titre gratuit (*Dictionnaire permanent droit des étrangers, op. cit.*, p. 638).

<sup>3</sup> C.A. Douai, 25 juin 1974 (refus par un hôtelier de louer une chambre à un homme « de race noire » alors qu'il avait accepté cette location à une femme « de race blanche » qui l'accompagnait) ; C.A. Paris, 12 novembre 1974 (complicité pour gérant d'immeubles ayant refusé sur instructions du propriétaire de louer à des personnes d'origine africaine) ; C.A. Paris, 18 avril 1984 (refus d'un particulier de vendre un appartement à une personne de nationalité malienne)... Arrêts cités in *Dictionnaire permanent droit des étrangers*, « Discriminations », mise à jour n° 33, 1<sup>er</sup> août 2006, p. 638.

<sup>4</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972, art. 6.

prévu de manière générale à l'art. 225-2-2° CP, est issu de la loi du 7 juin 1977<sup>1</sup> qui visait à lutter contre les politiques de boycottage économique international de pays arabes. L'entrave doit s'entendre comme le fait de « rendre plus difficile l'exercice d'une activité économique » sur le fondement du motif illicite sans qu'il soit nécessaire pour que l'infraction soit constituée que l'activité économique soit empêchée<sup>2</sup>.

Dans les domaines sociaux de la protection sociale, de la santé et de l'éducation, les normes constitutionnelles et la jurisprudence protégeaient déjà largement le droit à la non-discrimination. Néanmoins, certains ajouts ont été opérés pour préciser la législation existante. Dans celui de l'éducation, les circulaires du ministre de l'Education nationale n° 84-246 du 16 juillet 1984 et n° 86-120 du 13 mars 1986 se réfèrent au droit à l'éducation et spécifient que l'obligation scolaire dans les établissements d'éducation s'applique de la même façon aux étrangers comme aux enfants français sous peine de discrimination.

Concernant le domaine de l'emploi, l'interdiction valait seulement pour l'embauche<sup>3</sup>, le licenciement<sup>4</sup> et la subordination d'une offre à une condition discriminatoire<sup>5</sup> même si la Chambre sociale de la Cour de cassation avait ajouté à cette liste le principe général de

---

<sup>1</sup> Art. 32 de la loi n° 77-574 du 7 juin 1977, *J.O.* du 8 juin 1977, p. 3154. Une directive de 1980 venait cependant préciser dans un art. 32-111 que l'inclusion de clauses restrictives fondées sur les critères discriminatoires dans un contrat était admissible si elles étaient conformes à des directives du gouvernement prises dans le cadre de sa politique économique ou commerciale ou en application de ses engagements internationaux (Directive du 9 mai 1980 relative à l'application de l'article 32 de la loi n° 77-574 du 7 juin 1977, Premier ministre). Par une circulaire de 1981, le gouvernement renonçait à faire application de cet art. 32-111 pour des motifs économiques et commerciaux mais cette faculté reste ouverte au cas par cas selon ses engagements internationaux (Circulaire du Premier ministre du 17 juillet 1981 relative à l'application de l'article 32 de la loi n° 77-574 du 7 juin 1977, *J.O.* du 18 juillet 1981, p. 2002). V. DANTI-JUAN M., « Discrimination », *Répertoire pénal*, Dalloz, n°15, mai 1996.

<sup>2</sup> Ainsi constitue une entrave le fait pour un prévenu de refuser l'assistance d'un avocat de couleur commis d'office (C.A. Toulouse, 1<sup>er</sup> décembre 1988). Cité in *Dictionnaire permanent droit des étrangers*, « Discriminations », *op. cit.*, p. 639. De même, le boycott de produits en provenance d'Israël constitue une discrimination au sens des art. 225-2-2° et 225-1 CP (T.C. Bordeaux, 10 février 2010) conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. crim., 18 décembre 2007, n° 06-82245).

<sup>3</sup> Le refus discriminatoire peut être expressément formulé par l'employeur (Cass. crim., 14 octobre 1986, n° 85-96369, refus d'embauche au motif explicite de la nationalité). Mais il peut aussi découler d'un prétexte fallacieux ou d'une absence de motif légitime (C.A. Pau, 10 octobre 1991). Cités in *Dictionnaire permanent droit des étrangers*, *op. cit.*, p. 639.

<sup>4</sup> L'art L 122-14-2 du code du travail obligeait en principe l'employeur à énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre de licenciement qui vient après l'entretien préalable. C'est à partir du déroulement de la procédure du contenu de la lettre et des circonstances invoquées par le salarié que les juges peuvent éventuellement tirer la matérialité du délit.

<sup>5</sup> Le délit est constitué quand s'exprime non une condition de l'offre mais une préférence du même type (C.A. Paris, 21 janvier 1988 ; Cass. crim., 14 novembre 1989, n° 88-81817 relatif à une assistante sociale ayant rédigé une note sur le recrutement d'aides ménagères auprès de personnes âgées recommandant « d'éviter le personnel de couleur » afin de leur éviter des refus d'embauche vexatoires). La discrimination peut être implicite (exigence d'une carte d'électeur : C.A. Paris, 8 mai 1989 ; Cass. crim., 1<sup>er</sup> décembre 1992, n° 89-82689)

protection du salarié contre toute inégalité de rémunération<sup>1</sup>. Toutefois l'art 416-3 de l'ancien code pénal limitait la répression aux discriminations commises par des personnes amenées par leur profession ou fonction à employer du personnel. Il excluait ainsi la répression des refus d'embauche décidés par de simples particuliers dans le recrutement de leur personnel de maison. Mais le texte s'appliquait à ceux mandatés par l'employeur pour recruter des préposés qui commettraient des discriminations à sa demande ou de leur propre initiative<sup>2</sup>. Un salarié se rendant coupable d'une discrimination « raciale » dans l'ensemble des domaines couverts s'expose ainsi à une sanction disciplinaire de son employeur<sup>3</sup>. De même, l'ancien art 416-3 CP n'incluait pas les sanctions discriminatoires, seul l'ancien art L. 123-1 du code du travail les interdisait.

Dans le droit communautaire, on ne trouve pas une définition du concept de la discrimination : l'approche de la CJUE varie selon les domaines concernés et les critères<sup>4</sup>. Pour la discrimination « raciale », le champ d'application tant *ratione materiae* que *ratione personae* a été conçu de manière extensive. Selon l'article 3 de la directive 2000/43, la prohibition de la discrimination « raciale » s'applique à tous les niveaux de l'activité professionnelle (recrutement, promotion, orientation, formation, licenciement, rémunération, affiliation à une organisation). À quoi s'ajoutent<sup>5</sup> l'accès aux biens et aux services<sup>6</sup>, la

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 29 octobre 1996, *Sté Delzongle c/ Ponsolle*, Bull. n° 379, *Droit ouvrier* 1997, p. 149, note P. Moussy, *Dalloz* 1998, somm. com. p. 259, note M.T. Lanquetin ; Cass. soc. 23 mai 2001 *CRAMIF*, n° 99-41600.

<sup>2</sup> Cass. crim., 30 janvier 90, n° 86-92.690 (les directeurs d'ANPE sont dans l'obligation, lorsqu'ils diffusent l'offre d'un employeur, d'en modifier le cas échéant le libellé), T.C. Saumur 26 janvier 1979). Cités par Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), *in La lutte contre le racisme et la xénophobie – Rapport d'activité pour 1997*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 86-90.

<sup>3</sup> La discrimination peut ainsi constituer une faute dite grave susceptible de justifier un licenciement. Mais cette appréciation revient aux juges du fond. Ainsi, dans une décision de 2001, la Cour de cassation a confirmé le jugement d'une Cour d'appel qui considérait qu'un licenciement, pourtant fondé sur le comportement discriminatoire largement étayé du salarié, était nul (griefs pas suffisamment établis) relevant que l'appréciation souveraine des éléments de preuve appartenait aux juges du fond. (C.A. Paris, 18<sup>ème</sup> ch., sect. E, 19 mars 1999, Cass.soc., 3 octobre 2001, *SA Bazard de l'Hôtel de ville c/ Brigaud*, n° 99-43008).

<sup>4</sup> MARTIN, « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudence sous influence ? », *RTDH*, 2007, p. 113.

<sup>5</sup> Cons. 12 de la Directive 2000/43/CE.

<sup>6</sup> La garantie d'une égalité de traitement dans l'accès aux biens et service posée dans la directive 2000/43 peut être interprétée largement au-delà des seuls biens et services marchands donnant lieu à une rémunération ou un prix. Ainsi, la proposition de la Commission relative à l'adoption du programme d'action communautaire en matière de lutte contre les discriminations précise que l'action communautaire doit concerner « l'élimination des obstacles discriminatoires entravant l'accès aux biens et services, et notamment au logement, aux transports, à la culture, aux loisirs et au sport » (Proposition de décision du Conseil établissant un programme d'action communautaire de lutte contre les discriminations (2001-2006), COM (1999) 567 final, du 25 novembre 1999, p. 15). Et la directive précise, au-delà de tout doute possible, que son champ d'application comprend les « biens et services y compris en matière de logement » (article 3-1 h de la directive). V. O'CINNEIDE C., « Les biens et les services : description de la situation », *in La lutte contre les discriminations dans les biens et services* (Rapport de la cinquième réunion d'experts accueillie par la CRE britannique, les 29 et 30 janvier 2004 à Londres), Bruxelles, Migration Policy Group, 2004, pp. 4-9.

protection sociale (sécurité sociale et soins de santé<sup>1</sup>, avantages sociaux<sup>2</sup>) et l'éducation. En visant les discriminations du marché du travail mais aussi les discriminations qui opèrent en amont dans l'éducation, la Directive « Race » tire les conséquences de ce que l'exigence de ne pas discriminer, qui est imposée à l'employeur, est une exigence qui s'inscrit dans la quête d'un objectif plus large, celui de réaliser l'intégration sociale et professionnelle de populations exclues du marché du travail<sup>3</sup>. Enfin, le champ d'application *ratione personae* de la directive « Emploi » est plus restreint : si les articles 3-1 des directives 2000/43 et 2000/78 précisent que les dispositions communautaires s'imposent à « *toutes les personnes tant pour le secteur public que privé, y compris les organismes publics* », seules les directives relatives aux discriminations fondées sur la « race » et le sexe protègent les personnes morales de ces discriminations.

C'est parce qu'elle couvre tous les domaines que la directive « Race » est qualifiée de directive verticale par opposition à la directive « Emploi », qualifiée elle d'horizontale, car elle traite pour le seul domaine spécifique de l'emploi de plusieurs motifs de discrimination : religion - qui n'entre donc pas dans le champ de la discrimination « raciale » en droit communautaire, opinions, orientation sexuelle, âge et handicap<sup>4</sup>. De même, l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe bénéficie d'un cadre juridique moins large dans la mesure où les directives 2004/113 (biens et services) et 2006/54 (emploi) ne couvrent pas les domaines sociaux du logement, de l'éducation et de la protection sociale. Le champ d'application *ratione materiae* de la directive 2000/43 est donc particulièrement large, ce qui traduit le degré d'illégitimité du critère de l'origine. L'ensemble de la vie professionnelle n'était donc pas couvert par le code pénal et le code du travail comme le prévoit la directive 2000/43 - même si elle s'applique « *dans les limites des compétences conférées à la Communauté* »<sup>5</sup>. De nouvelles dispositions sont venues en partie combler les lacunes du droit français.

---

<sup>1</sup> Cf. Recommandations du Conseil 92/441 et 92/442/CEE concernant la protection sociale.

<sup>2</sup> Cf. Règlement n° 1612/68/CE relatif à la libre circulation des travailleurs.

<sup>3</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2001, p. 25.

<sup>4</sup> Cependant un projet de Directive en cours prévoit d'étendre la protection prévue par la Directive 2000/43/CE aux autres critères de la Directive 2000/78/CE (Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, COM(2008) 426 final du 2 juillet 2008).

<sup>5</sup> Article 3 § 1 de la directive 2000/43. Le champ d'application de la directive « Race » s'étend en effet bien au-delà des compétences communautaires. Pour une discussion sur ce point, v. E. DUBOUT, *L'article 13 du Traité CE*, Bruylant, 2006, pp. 452-468.

## B) L'élargissement ultérieur

La transposition de la directive et la mise sur agenda de la lutte contre les discriminations ont entraîné un élargissement du champ d'application de la législation proscrivant les discriminations « raciales ». Concernant le domaine du logement où seul jouait le code pénal, la législation a été notamment complétée par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002<sup>1</sup> qui modifie l'art. 1<sup>er</sup> al. 3 de la loi « Mermaz » tendant à améliorer les rapports locatifs<sup>2</sup> en interdisant en matière civile toute discrimination dans le domaine de la location de bien immobilier et en transposant les mécanismes de preuve prévus dans le code du travail. Tous les critères de discrimination sont ici concernés.

Depuis la loi du 16 novembre 2001, le code du travail offre une protection plus large du droit à la non-discrimination dans les relations professionnelles puisque l'art. L. 1132-1 CT (ex art. L. 122-45 CT) s'applique en matière de recrutement, de stage, de sanction, de licenciement, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion, de mutation et de renouvellement de contrat. La question des stages, qui marque une étape obligatoire pour la validation de certains diplômes et essentielle pour l'insertion professionnelle, n'était auparavant traitée ni par le code pénal ni par le code du travail. Certes, en 1991, la Cour d'appel de Pau avait estimé, en matière pénale, que le fait pour un hôtelier de refuser comme stagiaire-réceptionniste un homme de couleur adressé par une école professionnelle constituait un refus d'embauche au sens de l'ancien art. 416 al.3 CP en s'appuyant sur les termes de la convention de stage dans laquelle le maître de stage est qualifié d'employeur et dispose de pouvoirs d'autorité et de discipline. Mais, en 2000, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait refusé d'assimiler à un refus d'embauche le refus d'accepter une demande de stage<sup>3</sup>. Un rapport commandé par le ministre de l'Enseignement professionnel faisant état de graves discriminations « raciales » dans l'accès aux stages<sup>4</sup> explique l'intégration par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 16 novembre 2001 des termes de "*demande de stage*" et de "*période de formation en entreprise*" à l'ex art. L. 122-45 CT et à l'art. 225-2-

---

<sup>1</sup> Art. 158 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (*J.O.* du 18 janvier 2002, p. 1008)

<sup>2</sup> Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

<sup>3</sup> C.A. Pau, 10 septembre 1991, C.A. Aix-en-Provence, 17 février 2000. Cités in *Dictionnaire permanent droit des étrangers*, « Discriminations », mise à jour n° 33, décembre 2006, p. 639.

<sup>4</sup> « L'inspection générale de l'éducation nationale relève une discrimination dans l'accès aux stages », *Le Monde*, 2 juin 2000.

6° CP pour l'ensemble des motifs qu'ils couvrent<sup>1</sup>. L'article L. 1132-1 CT prévoit aussi l'interdiction d'inclure des dispositions discriminatoires dans le règlement intérieur des entreprises.

Cette liste n'est pas limitative étant donné l'utilisation de l'adverbe « *notamment* » pour le champ d'application de l'art. L. 1132-1 CT et ce, alors que les articles 3 des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE sont, eux, limitatifs. La chambre sociale n'a ainsi pas hésité à l'étendre, par exemple, à la rupture en cours de période d'essai qui n'était pas directement visée par le code du travail<sup>2</sup>. La prohibition de la discrimination s'applique donc à tous les actes de la relation de travail. L'article L.1132-1 CT constitue donc le cœur du dispositif antidiscriminatoire du droit du travail mais d'autres dispositions complémentaires doivent être prises en compte telles que l'article L. 1321-3 CT relatif au règlement intérieur.

De plus, depuis la loi du 18 janvier 2005, l'art. L. 310-2 CT (actuel L. 5321-1 CT) qui concerne la présentation des candidats par l'ANPE prévoit qu'« *aucun service de placement ne peut être refusé à une personne à la recherche d'un emploi ou à un employeur pour l'un des motifs énumérés à l'article L. 122-45* »<sup>3</sup>. De même, la loi relative à la lutte contre les discriminations qui concernait initialement le seul secteur privé de l'emploi a transposé suite à un amendement<sup>4</sup> les innovations quant aux décisions couvertes dans la loi portant droits et obligations des fonctionnaires qui précise à son article 6 que la liste ainsi dressée n'est pas limitative<sup>5</sup>. La nouvelle loi du 27 mai 2008 applique, en vertu de son article 5, l'interdit discriminatoire à toutes les personnes publiques ou privées « *y compris celles exerçant une activité professionnelle indépendante* ».

Cette ouverture du droit interne permet « une application plus large du principe de non-discrimination et/ou d'anticiper une interprétation « autonome » par la CJCE de ces

---

<sup>1</sup> Une partie de la droite parlementaire chercha à exclure de la loi l'accès au stage ou à une période formation en entreprise. Ainsi, selon le député Mariani, ces dispositions auraient pour effet pervers de réduire considérablement les offres de stages car les employeurs et plus particulièrement ceux des PME et de l'artisanat, cesseraient de prendre des stagiaires pour éviter tout contentieux éventuel. Voir AN, (CR), 1<sup>ère</sup> séance du 6 novembre 2001, Discussion en lecture définitive d'une proposition de loi relative à la lutte contre les discriminations, *J.O.A.N.*, 2001, n° 71, 7 novembre 2001, p. 7185.

<sup>2</sup> Cass. soc., 16 février 2005, n° 02-43402, *S.S.L.* 7 mars 2005, n° 1205, p. 10, obs. F.V. ; *J.S.L.* 2005, n° 164-2, obs. M. Hautefort ; *T.P.S.* 2005, comm. 113, note P.-Y. Verkindt ; *R.J.S.* 2005, n° 469, p. 339 ; *D.*2005, I.R., p. 668.

<sup>3</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *J.O.* du 19 janvier 2005, p. 864.

<sup>4</sup> Amendement du Sénat repris par l'A.N. et amendement n°16 du député P. Vuilque, A.N., session ordinaire de 2000-2001, 3<sup>ème</sup> séance du 3 avril 2001, Discussion de la proposition de loi n°256 relative à la lutte contre les discriminations, 2<sup>ème</sup> lecture, *J.O., Débats parlementaires*, A.N. (C.R.), n°18 (3), 4 avril 2001, p. 1731.

<sup>5</sup> Article 6 alinéa 6 de la loi n° 83-634 portant droits et obligation des fonctionnaires : « *Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire* ».

articles »<sup>1</sup>. Le code pénal, dont la liste des domaines d'application est d'interprétation stricte<sup>2</sup>, n'est en la matière pas aussi précis que le code du travail<sup>3</sup>. L'art 225-2 CP punit toute discrimination qui consiste à refuser d'embaucher, sanctionner, licencier ou refuser un stage à une personne<sup>4</sup> ou à subordonner une offre d'emploi à une condition discriminatoire. On peut regretter les nuances persistantes entre code pénal et code du travail : la « superposition partielle »<sup>5</sup> des listes de motifs comme des domaines d'application prête à confusion pour les victimes. Une harmonisation des textes apparaît donc souhaitable. Pour autant, la solution préconisée par certains auteurs de retirer les infractions prévues au code pénal du code du travail pour clarifier la compétence des tribunaux<sup>6</sup> ne paraît pas judicieuse. En effet, le code pénal ne vise que les discriminations intentionnelles (et pour lesquelles on parvient à apporter la preuve de cette intentionnalité) tandis que le code du travail, nous le verrons, cible d'autres types de discriminations.

La législation concernant l'interdiction des discriminations « raciales » étant relativement éclatée, l'art. 19 al. 1 de la loi du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE<sup>7</sup> est venue indiquer précisément les champs couverts par l'interdiction des seules discriminations « raciales » : protection sociale, santé, avantages sociaux, éducation, accès aux biens et services, fourniture de biens et services, affiliation et engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, accès à l'emploi, emploi et travail indépendants ou non salarié. Cette longue énumération, qui correspond à la liste des domaines couverts par la directive 2000/43, a été rappelée à l'art. 2 de la loi du 27 mai 2008 portant transposition du droit antidiscriminatoire communautaire qui vient abroger l'art. 19 de la loi du 30 décembre

---

<sup>1</sup> « Discrimination », *Dictionnaire permanent Droit des étrangers*, mise à jour n° 29, décembre 2005, p. 650.

<sup>2</sup> L'art. 225-1 CP donne une définition large de la discrimination « raciale » (« toute distinction opérée à raison de ... ») mais l'art. 225-2 ne prévoit de peine que pour les discriminations définies à l'art. 225-1 qui consistent dans le cadre de l'emploi en un refus d'embauche, une sanction, un licenciement ou une subordination d'offre d'emploi.

<sup>3</sup> Les députés Vuilque, Ascheri et Grémetz souhaitaient que le code pénal couvre l'ensemble des mesures en matière d'emploi comme c'était le cas du nouvel l'art. L. 122-45 du code du travail (actuel L. 1132-1). Mais leur amendement a été retiré car le gouvernement n'y a pas apporté son soutien en estimant que punir par la même lourde peine indiquée par l'art. 225-2 al. 3 CP l'ensemble de ces actes était contraire au principe de proportionnalité (Amendement n°11 déposé par les députés Vuilque, Ascheri et Grémetz, A.N., session ordinaire de 2000-2001, 1<sup>ère</sup> séance du 12 octobre 2000, Discussion de la proposition de loi n°256 relative à la lutte contre les discriminations, 1<sup>ère</sup> lecture, *J.O., Débats parlementaires*, A.N. (C.R.), 13 octobre 2000, p. 6789).

<sup>4</sup> La sanction discriminatoire consiste en un avertissement, blâme, mise à pied, rétrogradation, mutation, refus d'avancement prononcé à titre disciplinaire à l'encontre d'un salarié sur le fondement d'un motif discriminatoire prohibé par l'art. 225-1 CP.

<sup>5</sup> FORTIS E., « Lutte contre la discrimination : la voie pénale », *AJ Pénal*, n° 7/8, juillet-août 2008, p. 3069.

<sup>6</sup> RECHT S., NIESSEN J., CHOPIN I. (eds), *Anti-discrimination Legislation in EU Member States, France : A comparison of national anti-discrimination legislation on the grounds of racial or ethnic origin, religion or belief with the Council Directives*, EUMC, Vienne, 2002, p. 14.

<sup>7</sup> Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE.

2004<sup>1</sup>. La discrimination « raciale » bénéficie donc, en dehors du cadre de l'emploi, d'une protection bien supérieure aux autres motifs.

Reste que toutes les discriminations ne sont pas punissables : il faut que l'acte constitue l'un des agissements illégaux interdits par la législation. Ainsi, comme l'indique Christophe Soulard, conseiller référendaire à la cour de cassation, un candidat ayant échoué à un concours qui invoquerait une discrimination ne pourrait revendiquer que le seul droit de s'y représenter, la notation des copies relevant de l'appréciation souveraine des examinateurs<sup>2</sup>. Le droit pénal ne visant pas non plus la ségrégation professionnelle, l'affectation sur critère d'origine « raciale » ne pourrait être sanctionnée que sur le terrain civil<sup>3</sup>. Quant à la tentative de discrimination, elle n'est pas punissable selon une jurisprudence intervenue en matière de discrimination syndicale<sup>4</sup> « certainement transposable au délit prévu aux articles 225-1 et 225-2 » CP<sup>5</sup>. De même, l'art. 432-7 CP relatif aux cas de refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi (1°) et d'entrave à l'exercice d'une activité économique (2°) par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ne permet pas de sanctionner, selon la Cour de cassation, les affaires de préemption discriminatoire<sup>6</sup> ou les pressions exercées par un maire pour éviter l'achat d'un bien immobilier par une personne en raison de ses origines<sup>7</sup>. Cette lacune juridique pose un réel

---

<sup>1</sup> A cet égard, la loi de 2008 ne reprend pas tout à fait le libellé de la loi de 2004 : le critère de « l'origine nationale » n'est pas repris. Ce recul est manifestement en contradiction avec la clause de *standstill* de l'art. 6 de la Directive 2000/43 dont le principe a été précisé par la CJUE dans son arrêt *Mangold* : « la mise en œuvre [de la directive] ne saurait constituer pour les Etats membres un motif valable pour opérer une régression du niveau général de protection précédemment garanti dans l'ordre juridique interne dans le domaine couvert [par la dite directive] » (CJCE, *Mangold*, 22 novembre 2005, aff. C-144/04).

<sup>2</sup> Cass. crim., 24 mars 1998, Bull. n° 108. Voir SOULARD C., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence de la chambre criminelle », in Cour de cassation, *Rapport 2003, L'égalité*, La documentation française, 2004, pp. 163-164.

<sup>3</sup> MINE M., « La discrimination raciale à l'embauche devant le juge pénal. A propos de la décision Moulin rouge », *Droit ouvrier*, juillet 2003, p. 273.

<sup>4</sup> Cass. crim., 23 avril 1985, Bull. n° 156 ; Cass. crim., 12 mai 1992, *UD-CFDT Hautes-Alpes* (la simple déclaration d'intention ne constitue pas un refus d'embauche), Cass. crim., 31 mars 1998, n° 97-82.830.

<sup>5</sup> SOULARD C., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence de la chambre criminelle », *op. cit.*, p. 164.

<sup>6</sup> L'art. 432-7-1° suppose que la personne agisse dans l'exercice de ses fonctions et à propos d'un droit prévu par un texte relevant de ses compétences et qu'elle oppose un véritable refus (CA Paris, 12 mars 1992, *Bernard c/ Ville de Montfermeil*, refus d'un maire d'inscrire des enfants étrangers dans une école maternelle). Dans deux arrêts de 2008 et 2011, la Cour de cassation a annulé les condamnations de deux maires qui avaient abusé de leur droit de préemption pour des raisons discriminatoires au motif que « l'exercice du droit de préemption, fût-il abusif, ne saurait constituer le refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi » (Cass. crim., 17 juin 2008, *Gérard Dézempte*, n° 07-81666 ; 21 juin 2011, *Alain Tuduri*, n° 10-85641). V. *infra*. pp. 219-220.

<sup>7</sup> La vente d'un bien immobilier d'un particulier à un autre ne caractérise pas une activité économique au sens de l'art. 432-7 2° CP (Cass. crim., 24 mai 2005, n° 04-87490 : le maire avait été condamné par la Cour d'appel de Grenoble le 4 novembre 2004 pour avoir fait pression sur un acheteur afin qu'il renonce à céder son terrain à un acquéreur appartenant à la communauté des gens du voyage).



problème étant donné la multiplication de ce type d'affaires. Malgré les améliorations apportées, le droit de la discrimination reste encore « un droit à trous »<sup>1</sup>.

## Section 2- L'objectivation de la notion de discrimination

Afin d'améliorer l'efficacité et la cohérence de la protection contre les discriminations, le législateur communautaire amalgame dans une même catégorie des infractions traitées de manière distincte en droit français à partir des effets discriminatoires qu'elles produisent. En s'attachant davantage aux résultats produits par les différents types de discrimination « raciale » qu'au critère de l'intentionnalité, le droit communautaire a bâti une définition objective de la discrimination qui place les victimes dans une position plus favorable pour un éventuel recours. La procédure en manquement initiée contre la France par la Commission européenne<sup>2</sup> se focalisait sur les problèmes de définition : la Commission demandait au législateur français de reprendre *in extenso* la définition communautaire de la discrimination (discrimination directe, discrimination indirecte, injonction à discriminer, et harcèlement fondé sur l'un des critères prohibés). Avec la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, adoptée après déclaration d'urgence, le législateur français s'est soumis à cette exigence. Néanmoins, faute d'avoir été l'objet d'une réelle réflexion, cette transposition plonge le droit français de la non-discrimination « dans un très grand désordre »<sup>3</sup> en complexifiant le paysage des régimes juridiques propres à chaque motif : certaines dispositions ne sont applicables qu'aux discriminations interdites et critères visés par le droit communautaire tandis que celles prévues par le seul droit français ne sont pas concernées<sup>4</sup>.

La discrimination directe a fait l'objet d'une nouvelle définition qui vient limiter les possibilités de justifier un traitement fondé sur un critère prohibé (§1). De même, au sein de cette catégorie globalisante, la discrimination indirecte, qui permet d'invalider des mesures ou pratiques neutres en apparence mais qui, dans les faits, ont pour conséquence de désavantager les personnes immigrées ou supposées telles, constitue une innovation majeure qui participe à l'objectivation des discriminations (§2). Enfin, le harcèlement discriminatoire et l'incitation à

---

<sup>1</sup> BELORGEY J-M, « Discrimination. Les faits, les normes et les régulateurs », *Revue administrative*, n° 353, 1<sup>er</sup> septembre 2006, p. 530.

<sup>2</sup> V. *supra*, pp. 39-40.

<sup>3</sup> CALVES G., « L'égalité. Le cas du droit de la non-discrimination », in J-B AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 496.

<sup>4</sup> LAULOM S., « Une opposition largement infondée au droit communautaire des discriminations », *Revue de droit du travail*, janvier 2009, p. 12.

discriminer seront rapidement abordés afin de vérifier l'adéquation du droit français au droit communautaire et d'évaluer l'incidence des écarts de définition et de protection juridique (§3).

### **§1) La notion de discrimination directe**

Le droit communautaire, dans le but d'étendre la protection juridique du droit à la non-discrimination, a construit une définition de la discrimination directe qui se détache de l'intentionnalité. C'est à travers sa jurisprudence concernant la liberté de circulation des travailleurs et l'interdiction de discrimination entre ressortissants de la Communauté européenne et surtout dans sa jurisprudence relative à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans l'emploi que la CJUE a précisé la notion de discrimination directe car les premiers textes communautaires ne donnaient aucune définition de cette notion qu'ils utilisaient cependant<sup>1</sup>. Le code du travail a longtemps fait référence à la discrimination sans la définir. Le code pénal indique pour sa part que « *constitue une discrimination toute distinction* » opérée entre les personnes physiques et morales fondée sur l'un des motifs prohibé<sup>2</sup>. La protection renforcée issue du droit communautaire (A) trouve néanmoins une limite avec les possibilités de dérogations à l'égalité de traitement qui sont prévues pour les différents critères prohibés, même si, en ce domaine, le motif de la « race » est sans doute celui qui connaît les hypothèses de justifications les plus restreintes (B).

#### **A) La définition renouvelée de la discrimination directe**

La nouvelle définition de la discrimination directe prend ses distances avec l'intention discriminatoire. Cette évolution a son importance car l'appréhension des discriminations est longtemps restée cantonnée en France à l'identification d'une intention discriminatoire y compris en matière sociale : jusqu'au début des années 1990, la chambre sociale continuait d'exiger la preuve de l'intention pour sanctionner la discrimination syndicale.

En 1974, dans une décision relative à la liberté de circulation des travailleurs, la discrimination directe est caractérisée par la CJUE comme une discrimination « *ostensible* »

---

<sup>1</sup> Voir notamment le Règlement n° 1612/68 du Conseil du 15 oct. 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté et de la Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail.

<sup>2</sup> Art. 225-1 CP.

fondée de manière directe sur l'un des critères prohibés de distinction<sup>1</sup>. Elle estime aussi dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes dans l'emploi qu'une mesure « *est directement discriminatoire dès lors que le critère d'appréciation utilisé ne permet d'identifier que les personnes en raison de leur sexe* »<sup>2</sup>, quand bien même la mesure défavorable ne vise pas directement l'un des deux sexes, en utilisant un critère qui n'est susceptible de concerner que l'un des sexes, comme par exemple l'état de grossesse<sup>3</sup>.

Les directives communautaires de 2000 sont venues formaliser l'apport théorique de la jurisprudence de la CJUE. Selon l'art. 2-2(a) de la Directive 2000/43 : « *une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable* ». L'expression « *pour des raisons de* » de la traduction française de la directive apparaît comme ambiguë en semblant renvoyer à l'intention alors que l'expression anglaise « *on grounds of* » (qu'on pourrait traduire par « sur le fondement de », « sur la base de ») semble correspondre davantage à l'objectivation souhaitée de la discrimination<sup>4</sup>. C'est cette expression plus pertinente que l'on retrouve dans la traduction française de la directive 2000/78/CE<sup>5</sup>. Les articles L. 1132-1 CT et 225-1 CP comportent la même ambiguïté en faisant précéder la liste des motifs prohibés de l'expression « *en raison de* » pour définir la discrimination. La loi dite Le Pors relative aux fonctionnaires prohibe toute « *distinction, directe ou indirecte* » « *en raison de* » multiples critères prohibés<sup>6</sup>. Mais l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 27 mai 2008, dont il n'est fait mention qu'à l'art. L. 1132-1 CT, utilise, elle, l'expression « *sur le fondement de* ».

---

<sup>1</sup> Selon l'expression de la Cour de justice dans son arrêt du 12 février 1974 *Sotgiu c/ Deutsche Bundespost* (aff. 125/73, *Rec.*, p. 153, point 11).

<sup>2</sup> HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE*, Paris, LGDJ, 2003, p. 328.

<sup>3</sup> CJCE, 8 novembre 1990 *E.J.P. Dekker c/ Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus*, aff. 177/88, *Rec.*, p. I-3441, point 13. Pour autant, la CJUE n'a pas identifié de discrimination directe dans une mesure qui réservait des avantages aux seules personnes ayant effectué leur service national obligatoire (donc des hommes) car le critère n'était pas fondé sur la distinction biologique du sexe (CJCE, 7 décembre 2000, *J. Schnorbus c/ Land Hessen*, aff. C 79/99, *Rec.*, p. I-10997). Ici, c'est un critère neutre en apparence, l'accomplissement de son service national obligatoire, dont la mise en œuvre a des conséquences discriminatoires sur les femmes. Une telle mesure constitue une discrimination indirecte. V. aussi CJCE, 10 mars 2005, *Vasiliki Nikoloudi*, aff. C-196/02 ; 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, aff. C-267/06.

<sup>4</sup> MINE M., « Les concepts de discrimination directe et indirecte », in *La lutte contre les discriminations dans la pratique*, Documentation pour le séminaire organisé par l'Académie de droit européen et la Commission européenne, Trèves, 12 mai 2003, p. 5.

<sup>5</sup> La formulation de la directive 2000/78 n'est en effet pas exactement la même puisque celle-ci, en son art. 2-2 alinéa a défini qu'« *une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>* ».

<sup>6</sup> Art. 6 al. 2 de la loi n° 83-634 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Il faut aussi noter que la « discrimination par association » ou « par ricochet » - la victime est alors discriminée du fait de ses liens avec une personne relevant d'un des motifs - constitue une discrimination directe en droit communautaire<sup>1</sup> comme en droit interne<sup>2</sup>.

La discrimination directe peut être intentionnelle et explicite au regard du motif prohibé mais, une telle discrimination étant de plus en plus rarement constatée, le droit communautaire met l'accent sur l'effet produit par la différence de traitement selon une conception objective de la discrimination : « l'effet discriminatoire mesuré n'est plus une conséquence de la mesure, mais il devient la preuve d'une pratique discriminatoire »<sup>3</sup>. La preuve du caractère intentionnel de la discrimination n'est désormais plus exigée sur les terrains civil et administratif<sup>4</sup> : « constitue une discrimination directe la situation dans laquelle (...) une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre » sur le fondement d'un des motifs prohibés (art. 1<sup>er</sup> al. 1 de la loi du 27 mai 2008). Cette objectivation, qui tend, nous le verrons, à brouiller les frontières entre discriminations directe et indirecte, était déjà présente dans la jurisprudence anglaise qui définit la discrimination sans référence à l'intention en appliquant un test simple pour établir la discrimination directe : le plaignant a-t-il reçu le même traitement quelque soit son sexe, sa « race »... ?<sup>5</sup> Le droit britannique s'est en la matière largement inspiré du modèle américain<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> CJCE, 17 juillet 2008 *Coleman*, aff. C-303/06.

<sup>2</sup> V. HALDE, délibération du 26 mars 2007 et C.P.H. Caen, 25 novembre 2008, *Maxidiscompte ED* (discrimination fondée sur l'appartenance syndicale du conjoint de la personne) ; Cass. soc., 30 juin 2010, n° 08-41936, 08-42760 et 08-41936 (discrimination fondée sur les propos tenus par l'épouse de la victime : discrimination fondée sur la situation de famille) ; Sur l'application en droit pénal, v. S. DETRAZ, « La discrimination 'par ricochet' : un aspect latent du délit de discrimination », *Droit pénal*, juin 2008, pp. 10-18.

<sup>3</sup> MINE M., « Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France-Royaume-Uni », *Travail et emploi*, n°80, septembre 1999, p. 97.

<sup>4</sup> La résolution adoptée par le Sénat le 17 novembre 2008 montre que cet aspect particulièrement novateur du droit antidiscriminatoire communautaire n'a pas été compris et intégré puisque les sénateurs définissent la discrimination comme « l'intention de nuire à une personne en raison de ses caractéristiques personnelles ». In Sénat, 17 novembre 2008, Résolution européenne n°13 sur la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, Sénat, 58 et 72 (2008-2009).

<sup>5</sup> H.L., *James v. Eastleigh Borough Council*, 1990, 2 A. C. 751. Cité par J. C-H SUK, in « Antidiscrimination law in the administrative state », *op. cit.*, p. 434.

<sup>6</sup> La notion américaine de « *disparate treatment* », équivalent de notre concept de discrimination directe, prévoit ainsi qu'une telle discrimination peut être démontrée via des preuves directes du fondement discriminatoire. En cas d'absence de preuve directe, le défendeur devra établir que d'autres personnes placées dans une situation comparable (par exemple dotées des mêmes qualifications) n'ont pas subi le même traitement négatif pour obtenir une présomption de discrimination et le renversement de la charge de la preuve (C.S., *Mc Donnell Douglas Corp. V. Green*, 411 US 792 [1973] ; C.S., *Desert Palace v. Costa*, 539 US 90 [2003]. Pour autant, certaines cours inférieures continuent d'exiger des preuves de l'intention discriminatoire pour déclencher le renversement de la charge de la preuve.

De même, les normes internationales visent la discrimination au regard de ses effets. L'article 1<sup>er</sup> de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965 donne une définition large de la discrimination en utilisant l'expression « *qui a pour but ou pour effet* » pour caractériser les motifs de discrimination prohibés<sup>1</sup>. La Convention n°111 de l'OIT de 1958 définit la discrimination prohibée dans l'emploi comme « *toute distinction, exclusion ou préférence (...), qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession* » (art. 1-1 al. a). Ces définitions comprennent donc l'interdiction de la discrimination intentionnelle comme celle de la discrimination objective conformément à la nouvelle conception de la discrimination.

Comme la discrimination directe vise aujourd'hui le résultat discriminatoire et non plus l'intention - sauf en droit pénal, elle est définie par la directive comme une situation où une personne, sur la base de l'un des motifs prohibés, « *est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable* »<sup>2</sup>. Cette définition synthétise les options qui s'ouvrent devant le juge appelé à examiner une situation de discrimination<sup>3</sup>, situation qu'il examine à la lumière d'un jugement de comparaison. La directive 2000/43/CE prévoit donc la possibilité d'une comparaison avec une situation simultanée ou une situation passée. Lorsqu'un juge recherche le *tertium comparationis* dont il a besoin pour construire son analyse, il peut aussi fort bien jeter son dévolu sur un comparateur hypothétique. Cette méthode, qui a été appliquée par la CJUE en matière de libre circulation des travailleurs mais aussi d'égalité entre hommes et femmes, est déjà mobilisée en droit interne<sup>4</sup>. Après les réticences du Sénat sur l'emploi du conditionnel considéré comme source d'insécurité juridique et comme autorisant des « procès d'intention »<sup>5</sup>, la commission mixte paritaire a reformulé la définition communautaire en substituant le futur antérieur au conditionnel à l'art. 1 al. 1 de la loi du 27 mai 2008 (« *une*

---

<sup>1</sup> L'article 1<sup>er</sup> interdit « *toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique lorsqu'elle a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans toute autre domaine de la vie publique* »

<sup>2</sup> Art. 2 §2-a des directives 2000/43 et 200/78. Cette formulation a été reprise à l'art. 2 al. 1 de la directive 2002/73.

<sup>3</sup> L'approche traditionnelle de la doctrine travailliste française n'est pas incompatible avec cette proposition. La discrimination étant affaire de motif et non de contenu de la décision, elle n'exige pas nécessairement une comparaison : un salarié isolé peut être victime d'une discrimination.

<sup>4</sup> CJCE, 30 avril 1998, *Mme Thibault c/ CNAVTS*, aff. C-136-95, §29, *Dalloz* 1998, somm. 246, obs. M-T Lanquetin ; Cass. soc., 16 juillet 1998, n° 90-41231.

<sup>5</sup> Mme Dini, Séance du 15 mai 2008, *Débats Sénat*, 1<sup>ère</sup> lecture, p. 75.

*personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* »), ce qui, dans le fond, ne change en rien la portée de la législation.

Le droit communautaire opère un amalgame entre interdiction de discriminer et égalité de traitement<sup>1</sup>. Le préambule de la directive 2000/78 précise ainsi que par « *principe de l'égalité de traitement* », il faut entendre « *l'absence de toute discrimination directe ou indirecte* » sur un des motifs énumérés. Or, en droit français, les règles de l'égalité de traitement - par exemple en droit public ou en matière d'égalité salariale - imposent de traiter de manière identique les personnes placées dans la même situation. Les règles de non-discrimination interdisent, elles, les différences fondées sur certains motifs expressément prohibés. Mais les deux approches peuvent s'enrichir comme l'a démontré l'extension du régime de l'aménagement de la preuve des discriminations au domaine de l'égalité salariale.

La définition objectivée de la discrimination directe qui peut être intentionnelle ou non s'inspire des recherches en sciences sociales menées notamment aux États-Unis qui ont démontré le caractère inconscient de nombre de discriminations<sup>2</sup>. Le droit des discriminations a ainsi évolué pour développer des mécanismes afin de « transposer les modes de raisonnement et d'analyse des sciences sociales dans une approche juridique »<sup>3</sup>. Il tient aussi compte des théories économiques de la discrimination.

Selon les travaux de Becker de 1957 qui établissent l'existence d'une discrimination par goût, la discrimination intentionnelle représentant un coût supplémentaire devrait s'éteindre d'elle-même suivant la logique du marché. Mais le marché est imparfait et le coût des discriminations particulièrement réduit dans les situations où la demande dépasse largement l'offre (d'emplois, de logements...). Il faut aussi compter avec les discriminations dites par procuration, mises à jour par l'économiste K.J. Arrow, qui découlent par exemple de la volonté de l'employeur de respecter le souhait affiché ou simplement supposé de ses

---

<sup>1</sup> DUBOUT E., *L'article 13 TCE -La Clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 16. V. M. SWEENEY, *L'égalité en droit social. Au prisme de la diversité et du dialogue des juges*. Thèse de droit privé, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2010.

<sup>2</sup> HAMILTON-KRIEGER L., *Un problème de catégories : stéréotypes et lutte contre les discriminations*, SciencesPo, French-American Foundation, avril 2008, pp. 4-16.

<sup>3</sup> LATRAVERSE S., « La convergence entre le référentiel juridique et les sciences sociales », in DREES MiRE, HALDE, *Mieux connaître pour mieux combattre. Les discriminations à l'épreuve des savoirs et des pratiques*, Colloque du 2 décembre 2009, Bibliothèque Nationale de France, Paris, 2010, p. 10.

salariés de ne pas travailler avec des collègues d'origines différentes ou celle des clients<sup>1</sup>. Ces discriminations rendent plus difficile la recherche d'emploi pour les personnes discriminées qui tendent alors à accepter - dans les entreprises qui ne pratiquent pas la discrimination - un salaire moins élevé<sup>2</sup>.

Dorénavant, il s'agit, à travers la notion de discrimination directe, de permettre la sanction de discriminations intentionnelles pratiquées discrètement et de phénomènes plus subtils tels que les « discriminations statistiques ». Ces processus, révélés par les théories économiques, résultent d'une prise en compte rationnelle des « risques » attachés spécifiquement à des personnes en raison de leur origine : « à défaut d'avoir accès à des qualités inobservables telles que la compétence, la loyauté, l'ardeur au travail, l'employeur fonde sa sélection sur des critères « observables » tels que la race (...) »<sup>3</sup>. Ce critère est donc utilisé par les agents économiques comme un signal, un indice de la productivité future de leur interlocuteur et va servir de support à la discrimination<sup>4</sup>. Le postulat de cette théorie est que l'employeur suppose que ces critères observables sont statistiquement corrélés avec les qualités inobservables qu'il attend des travailleurs. Cette théorie montre ainsi la « rationalité » de la discrimination même inconsciente, qui vise à minimiser les risques induits par l'embauche ou la location d'un appartement, et la nécessité pour le droit d'intervenir.

Le droit ne tient alors pas compte des motivations dégagées par l'économie. Néanmoins, la directive communautaire 2000/43/CE comprend des dérogations étroites à l'interdiction des discriminations « raciales ». En dehors des mesures préférentielles qui sont autorisées pour viser l'égalité substantielle, la directive intègre une dérogation négative alors même qu'en droit français, aucune dérogation n'était jusque là envisagée dans les textes pour justifier une différence de traitement fondée sur la « race ».

---

<sup>1</sup> V. CJCE, 10 juillet 2008, *Firma Feryn*, aff. C-54/07, conclusions de l'avocat général, M. M. Poiares Maduro, 12 mars 2008, §18. Pour les discriminations « suscitées » par l'aversion des clients, ce qui illustre le fait que « *les marchés ne remédieront pas à la discrimination* », l'interdiction des discriminations telle que prévu par les directives vise à empêcher « *toute distorsion de concurrence* ».

<sup>2</sup> FUGAZZA M., « La discrimination raciale : théories, faits, stratégies », *Revue internationale du Travail*, vol. 142, n° 4, 2003, p. 549.

<sup>3</sup> PARENT A., « Les approches économiques de la discrimination et leur renouvellement », *La lettre de la MiRe*, n°7, octobre 2005, p. 11.

<sup>4</sup> V. GHIRARDELLO A., « Economie et rationalité de la discrimination : comment les économistes appréhendent les discriminations ? », in DREES MiRE, HALDE, *Mieux connaître pour mieux combattre*, op. cit., pp. 14-16.

B) Les justifications admissibles des différences de traitement fondées sur la « race »

Les discriminations « raciales » étaient frappées d'un interdit absolu en droit français, ce qui correspond à l'aspiration universaliste française et au tabou moral que constituent les différences de traitement fondées sur la « race ». Toutefois, la transposition du droit communautaire est venue modifier la donne.

1. *La justification de différences de traitement fondées sur la « race » : une novation*

« Le propre de la discrimination est d'être injustifiable »<sup>1</sup> mais certaines différences de traitement fondées sur un motif prohibé sont licites. La Convention européenne des droits de l'homme ne protège pas à son article 14<sup>2</sup> le droit à l'égalité de traitement comme un droit absolu, il supporte des restrictions : la distinction ne sera reconnue comme discriminatoire que si elle « *manque de justification objective et raisonnable* », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « *but légitime* » et s'il n'y a pas « *un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »<sup>3</sup>. Mais, s'agissant des discriminations fondées sur l'origine ou le sexe, la Cour de Strasbourg exige de « *très fortes raisons* » pour admettre une justification<sup>4</sup>. Dans un arrêt de 2005, elle considère ainsi « *qu'il n'existe pas de différence de traitement basée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'une*

---

<sup>1</sup> MASSIAS F., « Faut-il pénaliser le racisme ? », *RTDH*, n° spécial, mars 2001, vol. 46, p. 605.

<sup>2</sup> « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». L'utilisation du terme « distinction » dans la traduction française (dans la traduction anglaise, il est indiqué « *without discrimination* ») constitue un choix « malheureux », selon F. Massias, car les deux termes n'ont pas de périmètres équivalents (*in* « Faut-il pénaliser le racisme ? », *op. cit.*, p. 604).

<sup>3</sup> Cour EDH, plénière, 23 juillet 1968, n° 1474/62, « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », §10. Le protocole n° 12 reprend cette même définition de la discrimination.

<sup>4</sup> Cour EDH, sect. 1, 9 janvier 2003, n° 39392/98, *L. et V. c/ Autriche*, §50 ; 28 mai 1995, n° 9214/80, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume Uni*, Série A n°94, p 42, §§90-91. La Cour EDH exclut ainsi que l'on puisse s'adosser à un environnement caractérisé par des attitudes hostiles envers des minorités pour justifier des restrictions apportées aux droits des membres de celles-ci (Cour EDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni et Lusting-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni*, n° 33985/96 et n° 33986/96, *Rec.*, 1999/IV, point 97 : l'argument du Royaume-Uni qui tentait de justifier une discrimination basée sur l'orientation sexuelle dans l'armée par l'homophobie présente dans ce milieu est rejeté). Dans le même sens, dans son arrêt *Anguelova et Iliev c/ Bulgarie* du 26 juillet 2007, la Cour relève l'obligation pour les Etats parties de ne pas traiter les affaires marquées par une connotation raciste comme les autres car cela « *équivaldrait à fermer les yeux sur la nature spécifique d'actes particulièrement destructeurs des droits fondamentaux* » (n° 55523/00, §39).



*personne qui soit à même d'être objectivement justifiée dans une société démocratique contemporaine fondée sur les principes du pluralisme et du respect des différentes cultures »<sup>1</sup>.*

En droit français, l'art. 416 CP, dans sa rédaction issue de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972, prévoyait qu'un « motif légitime » puisse supprimer le caractère délictueux de l'acte. La cour d'appel de Paris avait confirmé ce « motif légitime » dans un arrêt du 12 novembre 1974 : « même s'il est en relation avec l'une des circonstances d'ordre racial ou religieux, le refus de fourniture ou d'offre de fourniture d'un bien ou d'un service peut être excusé par un motif reconnu légitime ». La cour ne précisait pas la nature d'un tel « motif légitime » mais, dans les travaux préparatoires du texte de 1972, il était indiqué que seul le caractère confessionnel de l'emploi ou de l'employeur ou la nature confessionnelle de la prestation demandée pouvait justifier le refus ou l'offre conditionnelle, donc la discrimination fondée sur la religion<sup>2</sup>. En outre, certains textes normatifs comportaient des dispositions absolvant par avance des comportements qui apparaîtraient normalement comme discriminatoires au nom des objectifs plus généraux auxquels ils concourent. Ainsi, la loi du 7 juin 1977 prévoyait une dérogation aux articles 225-2 et 432-7 du code pénal « lorsque les faits visés (...) sont conformes à des directives du gouvernement prises dans le cadre de sa politique économique et commerciale ou en application de ses engagements internationaux »<sup>3</sup>. Cette loi accordait jusqu'en 1981 une immunité justifiée par le développement du commerce extérieur de la France : les entreprises françaises ont pu jusqu'en 1981<sup>4</sup> signer avec des pays du Moyen-Orient des contrats comportant des clauses ouvertement discriminatoires à l'égard des firmes dirigées par des Israéliens mais aussi par des citoyens français juifs<sup>5</sup>.

L'exception tirée du motif légitime a été progressivement effacée des textes par des réformes successives visant à réprimer plus efficacement la discrimination<sup>6</sup>. Le nouveau code pénal, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994, inscrit les discriminations dans le chapitre V relatif

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 13 décembre 2005, *Timishev c. Russie*, n° 55762/00 et 55974/00, § 56-58.

<sup>2</sup> Proposition de loi de M. Charret, A.N. IV, n° 293, annexé au PV de la séance du 3 octobre 1968 et rapport n° 2357 de M. Terrenoire, *op. cit.*, p. 22-23.

<sup>3</sup> Art. 32-III de la loi n° 77-574 du 7 juin 1977.

<sup>4</sup> Le Premier ministre décida dans une circulaire du 17 juillet 1981 de « renoncer à faire usage, pour des motifs économiques et commerciaux, de la faculté » prévue par ce texte d'autoriser ou d'imposer des pratiques discriminatoires conservant néanmoins la possibilité d'autoriser « au cas par cas » de telles pratiques pour l'application des engagements internationaux du gouvernement (*J.O.* du 18 juillet 1981. Cité *In Dictionnaire permanent droit des étrangers*, *op. cit.*, p. 640).

<sup>5</sup> LOCHAK D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, p 789.

<sup>6</sup> L'article 85 de la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 portant diverses mesures d'ordre social précise ainsi que le motif de refus de bien ou de service est seulement exclu en matière de « discrimination raciale ».

aux atteintes à la dignité de la personne et supprime la possibilité d'invoquer un « motif légitime » à titre de fait justificatif général pour l'ensemble des motifs discriminatoires<sup>1</sup>. La CNCDH relevait néanmoins que « rien n'interdit à un juge de relever une circonstance exonératrice de responsabilité »<sup>2</sup> mais, dans les faits, les arrêts admettant l'existence d'un fait justificatif pour une discrimination « raciale » sont restés très rares. Ainsi, le TGI de Paris a indiqué en mars 1991 qu'il refusait d'examiner « l'éventuelle légitimité du but poursuivi par l'auteur de l'infraction » en précisant qu'« il y a lieu à cet égard d'observer que la définition de l'intention coupable du délit proposée par la défense reviendrait à réintroduire dans les éléments constitutifs de l'infraction la recherche des mobiles du prévenu, que le législateur a pourtant voulu soustraire à l'appréciation des juges en cette matière »<sup>3</sup>. Les juges ont ainsi refusé qu'une discrimination « raciale » puisse être justifiée par la crainte d'incidents ou le souci de tenir compte de l'attitude discriminatoire des tiers qu'il s'agisse des clients de l'entreprise ou du personnel<sup>4</sup>. En droit français, comme l'indique G. Cohen-Jonathan, et ce jusqu'en 2008, « l'interdiction de la discrimination raciale ne souffre pas d'exception : elle est absolue »<sup>5</sup>.

En droit communautaire, la justification des discriminations directes est impossible<sup>6</sup>. Néanmoins, concernant l'interdiction des discriminations dans l'accès et la fourniture de biens et services, la directive « Race » précise que seuls sont visés les biens et services mis « à la disposition du public ». Son considérant 4 souligne qu'il « est important dans le contexte de l'accès aux biens et services et de la fourniture de biens et de service, de respecter la vie privée et familiale ainsi que les transactions qui se déroulent dans ce cadre »<sup>7</sup>. La loi

---

<sup>1</sup> Loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique.

<sup>2</sup> CNCDH, *La lutte contre le racisme et la xénophobie – Rapport d'activité pour 1997*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 93.

<sup>3</sup> TGI Paris, 25 mars 1991, *Tolba c/ Vitse et Pascal*, n° P.90/2820364/2. En l'espèce, le défendeur, PDG de la Société centrale immobilière de la Caisse des dépôts, justifiait la discrimination au logement par une volonté d'éviter la constitution de ghettos dans certains quartiers.

<sup>4</sup> Cass. crim., 14 novembre 1989, *Bull.* n° 416 (refus d'embaucher des aides ménagères de couleur par peur d'un risque de boycott économique par les personnes faisant appel à leurs services) ; Cass. crim., 14 octobre 1986, *Bull.* n° 287 (refus d'embauche d'un Marocain par crainte de sa non-intégration par le personnel) ; T.C. Strasbourg, 9 juillet 1974 (selon le tribunal, la discrimination décidée à la suite d'incidents ponctuels avec des « gens de couleur » procédait d'une généralisation abusive). Cités par J-P BRILL, « La lutte contre la discrimination raciale dans le cadre de l'art. 416 du code pénal », *op. cit.*, p. 53.

<sup>5</sup> COHEN-JONATHAN G., « Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale », *op. cit.*, p. 670.

<sup>6</sup> CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker c/ Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, aff. C-177/88. Le juge a refusé d'examiner les éléments avancés par l'employeur pour justifier la différence de traitement fondée sur le sexe des travailleurs.

<sup>7</sup> La proposition de directive du 2 juillet 2008 actuellement en discussion prévoit aussi dans l'exposé des motifs qu'« [e]n termes d'accès aux biens et services, seules les activités commerciales sont couvertes. En d'autres termes, les transactions entre les personnes privées agissant à titre privé ne sont pas couvertes : il n'y a pas lieu

allemande sur l'égalité de traitement adoptée en 2006 (art. 19§5) distingue ainsi les « contrats de masse » c'est-à-dire des contrats et transactions standards pour lesquels l'interdit discriminatoire s'applique, des transactions à caractère personnel, caractérisées « *par une relation de confiance ou particulièrement étroite entre les parties* », pour lesquelles la liberté contractuelle l'emporte<sup>1</sup>. En France, le droit antidiscriminatoire s'impose à tous les contrats.

Des dérogations exceptionnelles à l'interdit discriminatoire sont aussi explicitement prévues par les directives dans le domaine du travail. La directive « Race », qui reprend ici les directives sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi<sup>2</sup>, n'en prévoit qu'une : il n'y a pas discrimination « raciale » lorsqu'en « *en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* » (art. 4). Cette dérogation concerne donc exclusivement le domaine de l'emploi et ne saurait s'appliquer à l'utilisateur d'un service comme c'est le cas pour le sexe<sup>3</sup>. Néanmoins, les hypothèses susceptibles d'être admises en matière d'emploi par la CJUE dans le cadre du critère du sexe sont plus larges<sup>4</sup>.

Dans son préambule, la directive 2000/43 précise en effet que la justification liée aux exigences professionnelles doit être appréciée « *dans des circonstances très limitées* » (cons. 18). La Commission européenne avait ainsi précisé dans la proposition de directive que la dérogation devait s'appliquer « *lorsqu'une personne de race ou d'origine ethnique déterminée doit être choisie pour un spectacle pour des raisons d'authenticité ou lorsqu'il s'agit de fournir des services d'ordre social à des personnes d'un groupe ethnique particulier* ».

---

*de traiter la location d'une chambre dans une habitation privée de la même manière que la location de chambres dans un hôtel* » (art. 3 § 1-d).

<sup>1</sup> WOEHLING J-M, « Le droit français de la lutte contre les discriminations à la lumière du droit comparé », *Informations sociales*, n°148, juil-août 2008, p. 65.

<sup>2</sup> Art. 2 §2 de la directive du 9 février 1976.

<sup>3</sup> La directive 2004/113 autorise la fourniture de services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe pour autant que cette différence de traitement soit justifiée par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires (art. 4 §5). Cette disposition autorise par exemple les pratiques de ségrégation entre les sexes en vue d'encourager par exemple la participation des femmes à certaines activités utiles (clubs de sport) ou à des activités requérant de se dénuder en public. V. McCOLGAN A., « La directive relative aux biens et aux services : œuf de vicair ou quasi-bénédiction? », *Revue du droit européen de l'égalité des genres*, 2009, n° 1, pp. 17-26.

*Sex-segregated Services*, Revue de droit européen de l'égalité des genres, Commission européenne, 2008, p. 12.

<sup>4</sup> Elle admet par exemple que le service militaire obligatoire concerne exclusivement les hommes, cf. CJCE, 11 mars 2003, *Alexander Dory contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-186/01, *Rec.* 2003 page I-2479. Mais la Cour refuse l'exclusion des femmes de certains emplois dans la police au motif de leur protection (CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. C-222/84, *Rec.*, p. 1651).

*et que ces services peuvent être le plus efficacement dispensés par une personne du même groupe »<sup>1</sup>.*

La loi du 27 mai 2008 reprend les dérogations admises par les directives et ce pour tous les motifs alors même que cette transposition n'était pas obligatoire<sup>2</sup>. Le motif légitime général de l'« *exigence professionnelle essentielle et déterminante* » vise dorénavant toutes les discriminations interdites par le code du travail à l'art. L. 1133-1 y compris les différences de traitement fondées sur l'origine. De même, les dispositions pénales ne sont plus applicables notamment « *aux discriminations fondées en matière d'embauche sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante...* » (art. 225-3-3° CP). L'apparence physique, et notamment la couleur de peau, devient ainsi un élément central de l'objet du contrat de travail. Si le recrutement d'un acteur en fonction de sa couleur de peau pour interpréter, par exemple, le rôle de Nelson Mandela ne fait pas débat, d'autres situations semblent plus problématiques.

## *2. La portée floue des justifications admises*

Le juge communautaire n'a que très rarement eu l'occasion de se prononcer sur la notion d'« *exigence professionnelle essentielle et déterminante* ». La CJUE est récemment intervenue sur le recrutement dans un service des pompiers qui était soumis à la limite d'âge de 30 ans. La Cour constate tout d'abord que la limite d'âge apparaît comme un objectif légitime pour maintenir le caractère opérationnel des services de secours, d'autant que le poste de pompier implique des interventions de terrain nécessitant des capacités physiques importantes. Ensuite, elle reconnaît sur la base des études scientifiques produites que ces capacités sont effectivement liées à l'âge. Pour évaluer le caractère proportionné du dispositif, c'est-à-dire pour vérifier qu'il est approprié pour atteindre l'objectif poursuivi et qu'il ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre, elle constate que le relèvement de l'âge limite diminuerait la durée pendant laquelle le pompier pourrait être affecté aux tâches les plus physiques et viendrait donc affecter l'organisation du service. En conclusion la Cour admet la limite d'âge au nom de « *l'exigence essentielle et déterminante* »<sup>3</sup>. Néanmoins, l'exigence professionnelle essentielle et déterminante rapportée à l'origine pose davantage question.

---

<sup>1</sup> Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (COM (1999) 566 final du 25 novembre 1999, p. 8).

<sup>2</sup> MINE M. « Discriminations : une transposition laborieuse », *Revue de droit du travail*, 2008, p. 532.

<sup>3</sup> CJUE, 12 juillet 2010, *Colin Wolf contre Stadt Frankfurt am Main*, aff. C-229/08.

Ainsi peut se poser la question de savoir si l'origine du candidat à un poste de serveur dans un restaurant asiatique pourrait être admise comme une exigence professionnelle essentielle au sens de la directive européenne, l'hypothèse étant que la rentabilité de l'entreprise serait alors favorisée par l'« authenticité » des serveurs. En Grande-Bretagne, le Race Relations Act (RRA) de 1976 prévoit ainsi que la couleur et la nationalité peuvent être considérées comme une exigence professionnelle essentielle « *lorsque l'emploi implique de travailler dans un endroit où de la nourriture ou des boissons sont fournies (gratuitement ou non) et consommées par des membres du public ou d'une partie du public, dans une configuration particulière justifiant d'exiger une personne appartenant à un certain groupe racial pour des motifs d'authenticité* »<sup>1</sup>. En d'autres termes, « est-il permis à l'employeur d'imposer en tant qu'exigence professionnelle déterminante l'appartenance à tel groupe racial (...) alors que l'activité pourrait se poursuivre sans que cette exigence soit respectée, fût-ce dans des conditions jugées moins favorables et notamment au risque de se priver d'une clientèle qu'attire un recrutement sélectif ? »<sup>2</sup>. Cette question devra être résolue par le recours au principe de proportionnalité. À cet égard, l'absence de toute référence à la proportionnalité dans le libellé des exceptions britanniques pourrait poser un problème de compatibilité avec la directive. On peut considérer que l'objectif de rentabilité économique devrait s'effacer devant l'interdiction des discriminations « raciales » d'autant qu'il apparaît difficile de justifier la nécessité et le caractère proportionné d'une sélection de serveurs sur la base de leur origine par rapport à l'objectif de rentabilité<sup>3</sup>. Ce cas de figure doit être distingué de celui d'un bar « gay » pour lequel « c'est le souhait des membres d'une minorité de se retrouver entre eux qui est invoqué comme justification »<sup>4</sup>. Dans le premier cas, la discrimination directe se réalisera à l'embauche alors que pour le second, on peut penser que la discrimination interviendra non seulement à l'égard des salariés mais aussi à l'égard de la clientèle.

Le Race Relations Act section 5 (2) (d) prévoit un autre cas spécifique dans lequel la « race » ou l'origine « ethnique » constitue une exigence professionnelle essentielle à savoir lorsque « *le titulaire d'un emploi fournit aux membres d'un groupe racial des services personnels destinés à promouvoir leur bien être et que ces services peuvent effectivement être*

---

<sup>1</sup> BELL M., « Direct Discrimination », in D. Schieck, L. Waddington and M. Bell (ed.), *Non-Discrimination Law, Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 278.

<sup>2</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marchés du travail*, op. cit., p. 66.

<sup>3</sup> BRIBOSIA E., RORIVE I., Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux*, op. cit., p. 47.

<sup>4</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, op. cit., p. 68.

*mieux dispensés par une personne de ce groupe racial* ». Les juges anglais ont interprété cette exception en exigeant des contacts directs entre le fournisseur et le bénéficiaire des services et la connaissance de la langue et/ou des habitudes culturelles ou religieuses du bénéficiaire de services<sup>1</sup>. La jurisprudence anglaise a ainsi admis qu'un homme « blanc » soit exclu d'un poste de puériculteur car cet emploi, antérieurement occupé par une puéricultrice d'origine afro-antillaise, nécessitait qu'il soit pourvu par une personne d'origine afro-antillaise dans l'intérêt de la crèche qui souhaitait maintenir un équilibre entre l'origine « ethnique » de son personnel et celle des enfants (« *genuine occupational qualification* »). En ce sens, la crèche avait précisé dans l'offre d'emploi que le poste était destiné à une personne afro-antillaise disposant notamment d'une connaissance personnelle de la culture afro-antillaise (maîtrise du dialecte, aptitudes à tresser les cheveux des jeunes filles, etc.)<sup>2</sup>. La Commission pour l'égalité de traitement des Pays-Bas considère, elle, qu'un appel à candidature exprimant une préférence pour une personne d'origine maghrébine, au motif que l'emploi va consister principalement à travailler avec des jeunes de cette origine et que cela facilitera la confiance mutuelle, constitue une discrimination directe : l'exigence professionnelle essentielle n'inclut pas d'exception permettant le recrutement d'une personne issue d'un groupe cible afin de fournir une assistance à des personnes d'une certaine origine « ethnique »<sup>3</sup>.

L'application du principe de non-discrimination aux affaires privées peut aussi poser problème, qu'il s'agisse d'un emploi domestique ou d'une entreprise familiale ou encore de la fourniture de biens et de services dans un cadre privé. Le principe de non-discrimination peut entrer en contradiction avec le droit à la vie privée et familiale « entendu comme préservation d'une « sphère d'intimité autour de soi » et « vie privée sociale » »<sup>4</sup>. La CJUE a été amenée à préciser cette question dans une affaire concernant le Royaume-Uni pour défaut de transposition de la directive 76/207/CEE. L'un des griefs de la Commission concernait l'exclusion des emplois dans une résidence privée (« *private household* ») et des entreprises

---

<sup>1</sup> Dans une affaire où une municipalité avait décidé que les employés recherchés devaient correspondre aux origines majoritairement afro-caribéennes et asiatiques des locataires, la CRE comme les juges estimèrent que la restriction n'était pas justifiée car il s'agissait de postes de chef administratif et de manager (CA, *London Borough of Lambeth v. CRE*, IRLR 231, 1990; ICR 768, 1990). In CONNOLLY M. Townsend-Smith on *Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, Cavendish Publishing, Second Edition, 2004, p. 333

<sup>2</sup> En première instance, la crèche fut condamnée pour discrimination « raciale » mais l'Employment Court of appeal considéra qu'il s'agissait bien d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante (E.A.T., *Tottenham Green Under Fives' Centre v. Marshall (N°2)*, IRLR 162, 1991, ICR 320, 1991).

<sup>3</sup> Commission pour l'égalité de traitement, avis n° 1997-51. Cité par BRIBOSIA E., RORIVE I., Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux*, op. cit., p. 47.

<sup>4</sup> BRIBOSIA E., RORIVE I., *ibid.*, p. 51.

de moins de cinq employés du champ d'application du *Sex discrimination Act* de 1975 (section 6 (3)), exclusion que le Royaume-Uni considérait comme entrant dans le champ de la notion d'exigence professionnelle essentielle prévue par l'art. 2§2 de la directive. La CJUE a reconnu que l'exception relative à l'emploi dans une résidence privée «  *vise à concilier le principe d'égalité de traitement avec celui, également fondamental, du respect de la vie privée [et que] cette conciliation fait partie des éléments qui doivent être pris en considération pour déterminer le champ d'application de l'exception prévue par l'article 2 §2 de la directive* »<sup>1</sup>. Mais la Cour a estimé que l'exception britannique était trop large car le sexe ne constitue pas une condition déterminante de tous les emplois dans des résidences privées en raison de la nature des activités ou des conditions de leur exercice (point 14), idem pour les entreprises de moins de cinq salariés<sup>2</sup>.

Concernant le droit français, la HALDE avait recommandé au gouvernement de compléter la transposition de la directive en précisant de façon restrictive les conditions dans lesquelles les « *exigences professionnelles* » pouvaient être de nature à justifier une différence de traitement<sup>3</sup>. Malheureusement, la transposition de la loi du 27 avril 2008 n'a apporté aucune précision. Confrontée à une offre d'embauche ciblant les candidats issus de l'immigration par une association implantée dans un quartier où la population d'origine immigrée était très importante, le juge français avait en 2002 constaté une discrimination « raciale »<sup>4</sup>. Il appartiendra aujourd'hui aux tribunaux communautaires et français de déterminer ce qu'il faut entendre par « *exigence professionnelle essentielle et déterminante* », par « *objectif légitime* » et par « *exigence de proportionnalité* », trois conditions cumulatives de la légitimité de la différence de traitement<sup>5</sup>. Le juge sera ainsi conduit à exercer non seulement un contrôle de l'objectivité et de la pertinence de la mesure mais aussi un contrôle de proportionnalité.

---

<sup>1</sup> CJCE, *Commission c. Royaume-Uni*, 8 novembre 1983, aff. 165/82, point 13.

<sup>2</sup> BRIBOSIA E., RORIVE I., *A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux*, op. cit., p. 29.

<sup>3</sup> HALDE, délibération n° 2006-75, 76 et 77 du 10 avril 2006.

<sup>4</sup> C.A. Nîmes, 22 novembre 2002, Cass. crim., 20 janvier 2004, n° 02-88375 : Le projet d'embauche d'une association de quartier de deux animateurs dont l'un devait appartenir à une « famille issue de l'immigration » a été caractérisé comme une discrimination « raciale » à l'embauche par la Cour d'appel. L'annulation de la condamnation par la Cour de cassation n'étant intervenue que pour une question de procédure (« *alors que les juridictions répressives ne peuvent statuer que sur les faits dont elles sont saisies ; qu'au cas d'espèce, il résulte de la prévention que l'association AHON était poursuivie pour avoir commis une discrimination à l'emploi dans le projet établi le 11 janvier 1999 ; qu'en condamnant l'association AHON pour une discrimination qui aurait figuré dans la convention, signée avec le préfet, le 26 juillet 1999, les juges du fond ont statué en dehors de leur saisine et ont violé les articles susvisés* »).

<sup>5</sup> PERU-PIROTTE L., « La lutte contre les discriminations : loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 », *La semaine juridique*, éd. sociale, n° 23, 3 juin 2008, p. 17.

Plus les hypothèses de dérogations prévues par les textes sont nombreuses, moins la protection juridique du droit à la non-discrimination est absolue. En ouvrant de fait une marge de justification pour les auteurs des distinctions et une marge d'interprétation pour les juges qui permettront d'exonérer plus facilement les mis en cause, on diminue ainsi la force de l'obligation qui pèse sur l'ensemble des acteurs de respecter et de faire respecter le principe de non-discrimination. La très forte réticence du droit français à l'égard de la prise en compte du critère de l'origine laisse à penser que le champ des dérogations restera restreint<sup>1</sup>. Il est difficile d'envisager qu'elles outrepassent celles qui sont aujourd'hui autorisées pour le critère du sexe<sup>2</sup>. Le juge permettra que certaines compétences puissent être exigées au regard de l'emploi visé, mais, en dehors des exceptions classiques pour le recrutement de mannequins et de comédiens, il refusera sans doute de lier ces compétences à une couleur de peau ou une origine spécifique<sup>3</sup>.

L'égalité de traitement sans distinction de « race » et d'« origine ethnique » bénéficie du plus haut niveau de protection juridique communautaire en n'admettant qu'une seule exception d'application très limitée. À l'instar des directives relatives aux discriminations fondées sur le sexe, la directive 2000/78/CE relative aux discriminations fondées sur la religion, les convictions, l'âge, le handicap ou l'orientation sexuelle dans l'emploi reprend la formulation générale sur l'exigence professionnelle essentielle (art. 4 §1). Mais elle prévoit aussi une possibilité de justification générale à tous ces motifs<sup>4</sup> et précise des justifications spécifiques à trois motifs. L'art. 3 §4 dispose que les Etats peuvent exclure les forces armées du champ d'application de la directive en ce qui concerne les discriminations fondées sur l'âge et le handicap et l'art. 6 dresse une liste importante de justifications des différences de traitement fondées sur l'âge. Quant à l'art 4 §2, il comporte la justification des inégalités de

---

<sup>1</sup> Il en va exactement de même aux États-Unis où, dans le Civil Rights Act de 1964, contrairement au sexe et à l'âge, la race n'est pas censée pouvoir constituer un élément de qualification professionnelle (*bona fide occupational qualification*).

<sup>2</sup> Selon l'art. R 1142-1 CT issu du décret n° 2008-244 du 7 mars 2008, « les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants : 1° Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ; 2° Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ; 3° Modèles masculins et féminins ».

<sup>3</sup> Si des compétences précises, telles que la connaissance d'une langue ou des habitudes culturelles, peuvent faire l'objet du contrat, celles-ci pourraient néanmoins relever d'une discrimination indirecte. L'employeur devrait alors justifier le but légitime visé par ces exigences et la proportionnalité des moyens mis en œuvre pour l'atteindre.

<sup>4</sup> L'art. 2 §5 précise que « la présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale, qui dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui ». Aucune réserve similaire à cet article dans les directives relatives aux discriminations fondées sur le sexe ou aux discriminations « raciales ».



traitement fondées sur la religion et la conviction dans le cadre des entreprises « de tendance ». Ces organisations, dont la finalité même est fondée sur la religion ou les convictions, peuvent exiger de leurs salariés une certaine « loyauté » à l'égard du dogme ou de la philosophie prônée par l'entreprise<sup>1</sup>. La jurisprudence doit alors concilier la liberté religieuse ou de convictions politiques dont l'entreprise est le support avec la liberté de conscience du salarié ainsi que son droit à la non-discrimination. En droit interne, les différences de traitement fondées sur le sexe, l'âge ou le handicap connaissent déjà des possibilités de justifications plus nombreuses. Il existe bien une hiérarchisation des critères, les victimes de discriminations « raciales » sont mieux protégées que les autres.

En présence d'une interdiction étendue de pratiquer la discrimination « raciale » directe, l'auteur de la discrimination sera tenté de masquer son comportement discriminatoire derrière des critères ou des pratiques apparemment neutres aux effets discriminatoires. C'est en ce sens que l'interdiction de la discrimination indirecte constitue « le complément nécessaire de l'interdiction de la discrimination directe »<sup>2</sup>.

## §2) La notion de discrimination indirecte

La prohibition de la discrimination indirecte, tout comme celle de la discrimination directe objectivée, participe du souci d'effectivité du droit à la non-discrimination « raciale »

---

<sup>1</sup> L'art. 4 §2 précise qu'« une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions » peut être justifiée quand « la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle » en référence à « l'éthique de l'organisation ». Sont ainsi susceptibles d'invoquer une telle justification des organismes proprement religieux ou idéologique et des structures qui sans avoir nécessairement pour but de promouvoir une croyance sont fondées sur une éthique religieuse ou idéologique. Olivier De Schutter souligne par ailleurs le danger d'une justification aussi extensible en se rapportant à l'arrêt *Boys Scouts of America v/ Dale* de 2000 (530 US 640) de la Cour suprême américaine qui, sur le même argument, avait accepté le renvoi d'un membre homosexuel d'une association de scouts (*in Discriminations et marché du travail, op. cit.*, p. 74 et s.). Si l'article de la directive précise que la différence de traitement « ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif » pour éviter qu'une exigence religieuse ne génère une discrimination fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, il n'apporte pas de solution définitive dans la mesure où les grandes religions monothéistes relèguent les femmes à un rôle inférieur, rejettent le divorce ou l'homosexualité.

La Cour de Cassation avait affirmé que l'interdiction de licencier un salarié en raison notamment de ses opinions politique ou de ses convictions religieuses, énoncée aujourd'hui à l'art L. 1132-1 du Code du travail, ne trouvait pas à s'appliquer « lorsque le salarié, engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet engagement » (Cass. soc., 20 novembre 1986, n° 84-43643, *Dr. Soc.*, 1987, note J. Savatier, p. 375). La solution de principe pour les entreprises de tendance est en droit français l'arrêt *Painseq* de 1991 : distingue selon les personnes mises en cause et leurs fonctions. L'employeur ne peut contraindre tout le personnel sans distinction à un alignement des comportements (Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42636, *Bull. V.*, n° 201, p. 122, *Dr. ouvrier*, 1991, p. 202).

<sup>2</sup> DE SCHUTTER O., « Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination », *op. cit.*, p. 24.

car c'est l'étude de la situation concrète qui permet de soupçonner l'existence d'une discrimination indirecte. Ainsi, une situation suspecte est identifiée « dès que les membres d'un groupe protégé contre l'emploi d'un critère prohibé sont proportionnellement plus nombreux à être touchés par une mesure que les membres d'autres groupes »<sup>1</sup>. La discrimination indirecte peut donc être intentionnelle mais elle peut aussi être inconsciente : « héritée d'une tradition, telle procédure, telle pratique, n'a simplement jamais été réfléchie à la lumière du principe de l'égalité de traitement »<sup>2</sup>. Cette nouvelle notion, fruit de la jurisprudence de la CJUE, est aujourd'hui reprise dans la législation française.

#### A) Une notion issue du droit communautaire

La notion de discrimination indirecte a été élaborée par la CJUE sur le terrain des discriminations en raison de la nationalité et ce dans le cadre de la liberté de circulation des travailleurs avant d'être étendue par la législation communautaire<sup>3</sup>. Il était en effet rapidement apparu que la lutte contre la discrimination directe fondée sur la nationalité ne saurait suffire pour atteindre l'objectif de libre circulation des personnes.

La discrimination indirecte, notion inconnue des États membres à l'exception du Royaume-Uni depuis la réforme du *Race Relation Act* de 1976, puise sa source dans la jurisprudence américaine. En 1971, dans son célèbre arrêt *Griggs*<sup>4</sup>, la Cour suprême a invalidé une mesure qui avait un « *disparate impact* », un impact négatif disproportionné, sur les personnes relevant de groupes protégés. En l'occurrence, il s'agissait d'un examen, mis en place par une entreprise pour le recrutement de camionneurs de poids lourds, qui désavantageait singulièrement les Noirs. Cette affaire démontrait que les auteurs, face à la répression des discriminations directes, avaient tendance à camoufler leur comportement discriminatoire derrière le recours à des critères, des pratiques n'opérant pas ostensiblement cette distinction interdite mais dont les effets étaient les mêmes. La Cour a ainsi affirmé que le Titre VII du Civil Rights Act « *interdit non seulement la discrimination non déguisée mais*

---

<sup>1</sup> GARRONE P., « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTDE*, 1994, n° 3, p. 426.

<sup>2</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>3</sup> La discrimination indirecte est interdite par l'art. 1(1) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales conformément à la recommandation générale XIV adoptée par le CERD lors de sa 42<sup>ème</sup> session de 1993 (UN doc. A/48/18, §2). Elle est aussi prohibée par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques selon l'interprétation du Comité des droits de l'homme des Nations-Unis qui indique que l'art. 26 interdit la discrimination directe comme indirecte (Communication n° 976/2001, *Derksen c. Les Pays-Bas*, 15 juin 2004, UN doc. CCPR/C/80/D/976/2001 (2004), §93).

<sup>4</sup> C.S., *Griggs v/ Duke Power Co.*, 401 US 424 [1971].

*aussi les pratiques neutre formellement mais discriminatoires dans leurs résultats* »<sup>1</sup>. En ce sens, « l'interdiction de la discrimination indirecte constitue le complément nécessaire de l'interdiction de la discrimination directe »<sup>2</sup>. La jurisprudence communautaire s'est largement inspirée de cet arrêt novateur en interdisant la discrimination de fait<sup>3</sup>.

L'une des premières et des plus fameuses utilisations de la notion de discrimination indirecte par le juge communautaire intervient en matière sociale<sup>4</sup> avec l'arrêt *Sotgiu* de 1974 dans lequel il s'agissait d'évaluer une réglementation allemande qui établissait un régime distinct pour les travailleurs résidant à l'étranger. Le critère utilisé n'étant pas directement la nationalité mais le lieu de résidence, il ne pouvait s'agir d'une discrimination directe. Pourtant, la CJUE a estimé la mesure contraire au droit communautaire en énonçant que « *les règles de l'égalité de traitement (...) prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent, en fait, au même résultat (...)* »<sup>5</sup>. Certains critères qui sont, par essence, fortement associés à la nationalité, comme la résidence ou le lieu d'origine<sup>6</sup>, peuvent constituer des motifs de discrimination indirecte.

Puis, la discrimination indirecte a été étendue aux discriminations fondées sur le sexe des travailleurs. La directive 76/207 relative à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes ne faisait pas mention de la discrimination indirecte : le concept a été dégagé par la CJUE avant d'intégrer la législation communautaire. Dans l'affaire *Jenkins* de 1981<sup>7</sup>, était mise en cause une pratique salariale consistant à fixer un taux de rémunération horaire plus élevé pour les travailleurs à temps plein que pour ceux à temps partiel. La Cour de justice a estimé cette mesure incompatible avec le principe d'égalité professionnelle entre hommes et femmes car le critère, en apparence neutre, désavantageait considérablement les femmes qui

---

<sup>1</sup> 401 US 424, 431 [1971].

<sup>2</sup> DE SCHUTTER O., « Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination », *op. cit.*, p. 24.

<sup>3</sup> L'expression « discrimination déguisée » est parfois utilisée en opposition avec la discrimination ostensible que constitue la discrimination directe. Mais cette expression peut être trompeuse dans la mesure où elle semble indiquer une dissimulation intentionnelle qui ne correspond par l'objectivation de la discrimination des directives. Voir HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE*, *op. cit.*, p. 378.

<sup>4</sup> CJCE, 15 octobre 1969, *Ugliola*, aff. 15/69, *Rec.*, p. 363 (liberté de circulation des travailleurs, discriminations indirecte liée à la nationalité fondée sur la comptabilisation du service militaire dans l'ancienneté), CJCE, 7 juin 1972, *Sabatini*, aff. 20/71, *Rec.*, p. 345 (égalité hommes et femmes, discrimination indirecte fondée sur le sexe dans la fonction publique communautaire qui conditionnait une indemnité de dépaysement à la condition de détenir la qualité de chef de famille).

<sup>5</sup> CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu c/ Deutsche Bundespost*, aff. 152/73, *Rec.*, 1974, p. 153, point 11.

<sup>6</sup> CJCE, 7 mai 1998, *Clean Car Autoservice GesmbH contre Landeshauptmann von Wien*, aff. C-350/96, *Rec.* 1998 p. I-2521.

<sup>7</sup> CJCE, 31 mars 1981, *J. P. Jenkins c/ Kingsgate Ltd*, aff. 96/80, *Rec.*, p. 911.

travaillent dans une bien moindre proportion à temps plein<sup>1</sup>. La définition de la discrimination indirecte a été approfondie dans l'arrêt de principe *Bilka* de 1986 qui concernait un régime de pension d'une entreprise excluant les travailleurs à temps partiel qui étaient essentiellement des femmes<sup>2</sup>. La directive 97/80 relative à la charge de la preuve en matière de discrimination fondée sur le sexe a repris ces avancées jurisprudentielles. Elle énonce à son article 2-2 qu'« *une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés »<sup>3</sup>.*

Les directives fondées sur l'article 13 TCE de 2000 (actuel art. 19 TFUE) reprennent le concept de discrimination indirecte, ainsi étendu à l'ensemble des motifs prohibés, mais en donnent une définition légèrement différente. Ainsi, l'art. 2-2(b) de la directive « Race » la présente comme une « *disposition, un critère, une pratique, apparemment neutre [qui] est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée* ». C'est une formulation similaire qui a été reprise par la suite dans l'article 2 §2 de la directive 2002/73 modifiant la directive de 1976 sur l'égalité professionnelle entre hommes et femmes<sup>4</sup>. Cette nouvelle définition est « l'aboutissement d'une évolution jurisprudentielle qui tend vers une définition unique de la discrimination indirecte »<sup>5</sup> commune à tous les motifs de discrimination. Comme le relève E. Dubout, cette évolution résulte d'un mouvement dialectique entre la législation issue de l'article 13 TCE et celle dérivée de l'article 141 TCE : « les directives de lutte contre les discriminations reprennent le concept de discrimination indirecte consacré en matière d'égalité des sexes,

---

<sup>1</sup> Néanmoins, la notion de discrimination indirecte n'était pas encore complètement détachée de l'intention discriminatoire de l'employeur. V. CJCE, 31 mars 1981, Jenkins, *op. cit.*, §14 et 15.

<sup>2</sup> CJCE, 31 mai 1986, *Bilka*, aff. 170/84, *Rec.* p. 1607. Dans le même sens, v. CJCE, 15 décembre 1994, *Helmig e.a.*, aff. C-399/92 ; 27 mai 2004, *Elsner-Lakeberg*, aff. C-285/02 ; 6 décembre 2007, *Ursula Vob c/ Land Berlin*, aff. C-300/06.

<sup>3</sup> Directive n°97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve en cas de discrimination fondée sur le sexe, *J.O.C.E.* L 14 du 20 janvier 1998 (souligné par nous).

<sup>4</sup> Selon la directive n°2002/73 du 23 septembre 2002, modifiant la directive 76/207 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 professionnelles, et les conditions de travail (*J.O.C.E.* L 269 du 5 octobre 2002), la discrimination indirecte est « *une situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe (...)* ». La formule reste identique dans la Directive de refonte de 2006 (art. 1-b de la Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), *J.O.U.E.* du 26 juillet 2006, L204/23).

<sup>5</sup> LANQUETIN M-T, « La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique », *op. cit.*, p. 3.

l'améliorent et l'étendent, puis en font à leur tour profiter par un mouvement de balancier la législation communautaire sur l'égalité entre hommes et femmes »<sup>1</sup>.

En appelant à supprimer les mesures aux impacts discriminatoires, la discrimination indirecte contribue à « protéger une conception effective de l'égalité en établissant une obligation de tenir compte des situations concrètes des individus »<sup>2</sup>. Le Race relations Act, qui proscrit la discrimination indirecte, a ainsi été adopté pour s'attaquer au cycle de désavantages cumulatifs qui ne trouvait pas sa cause dans un acte discriminatoire particulier<sup>3</sup>. L'application des dispositions du nouveau cadre législatif anglais « *devait non seulement permettre aux victimes d'injustice individuelle d'obtenir réparation mais aussi de détecter et d'éliminer les pratiques discriminatoires* »<sup>4</sup>. Il ne s'agit plus de sanctionner, comme dans le cas de la discrimination directe, un comportement fautif, individuel : « ce n'est pas l'implication du décideur qui est mise en cause devant la Cour mais une situation que lui seul peut corriger »<sup>5</sup>. Pour autant, l'intentionnalité n'est pas nécessairement absente de la discrimination indirecte. Dans l'affaire américaine *Griggs*, l'entreprise avait modifié les modalités de l'examen mis en cause précisément pour échapper à la nouvelle législation sur l'égalité « raciale ». Il était donc parfaitement concevable de condamner la pratique litigieuse en tant que modalité indirecte d'une discrimination intentionnelle, d'autant qu'il existait nombre de précédents<sup>6</sup>. Mais plutôt que démontrer l'intentionnalité de la discrimination, la Cour suprême a pointé la présence d'une discrimination indirecte en raison de l'impact négatif de l'examen sur les Noirs et du caractère non justifié des exigences de l'examen<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> DUBOUT E., *L'article 13 TCE -La Clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 367-368.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 380.

<sup>3</sup> Home Department, Racial discrimination, 1975, Cmnd. 6234 : « *Racial disadvantage most often occurs in contexts of generalised disadvantage and cannot be realistically dealt with unless there are mechanisms for correcting the maldistribution of resources* » (at 6).

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> LATRAVERSE S., « L'ouverture de la jurisprudence en matière d'accès à la preuve : le défi de la mise en œuvre du droit de la discrimination en France », Documentation pour le séminaire « Lutte contre les discriminations dans la pratique », E.R.A. (Académie du droit européen), Trêves, 8-9 mai 2006, p. 2

<sup>6</sup> SABBAGH D., *L'égalité par le droit...*, op. cit., p. 345. En effet, de nombreuses mesures officiellement *color-blind* étaient destinées à produire des effets secondaires négatifs sur les Noirs à l'image de la « clause du grand-père » introduite dans les Etats du sud qui subordonnait l'exercice du droit de vote à la réussite d'un examen de lecture et d'analyse d'un extrait de la constitution pour toutes les personnes qui ne possédaient pas le droit de vote avant 1866 ou descendaient de ces personnes.

<sup>7</sup> Mais la notion d'« impact négatif disproportionné » formulée dans *Griggs* a été limitée par les juges américains aux modalités de recrutement des entreprises soumises au Titre VII du *Civil Rights Act*, tandis que la démonstration d'une intention discriminatoire demeure indispensable pour qu'« un acte de puissance publique » (state action) soit invalidé en vertu de la clause d'égalité de protection (14<sup>ème</sup> amendement). In SABBAGH D., *L'égalité par le droit...*, op. cit., p. 84.

La frontière entre discrimination directe et indirecte n'est pas toujours claire. Il existe en effet une intersection entre les concepts : certaines pratiques discriminatoires peuvent être analysées sous l'une ou l'autre qualification selon qu'une intention discriminatoire ait été démontrée ou qu'une mesure neutre aux effets discriminatoires ait été identifiée. Pour autant, le recours à cette nouvelle notion permet de mieux garantir le principe de non-discrimination. En adoptant une approche concrète centrée sur les effets des mesures, elle permet de « rendre visible l'invisible »<sup>1</sup> en dépassant l'égalité formelle. De plus, alors qu'une mesure qui constitue une discrimination directe désavantage l'ensemble d'une catégorie de personnes et avantage par là même toutes les autres personnes, la mesure mise en cause dans la discrimination indirecte, par exemple le fait de traiter moins favorablement les employés à temps partiels, affecte de manière disproportionnée une catégorie de personnes, ici les femmes, mais aussi éventuellement d'autres personnes, ici des hommes employés à temps partiel.

#### B) La transposition dans le droit interne

La discrimination indirecte s'est avérée pertinente pour traquer des mesures neutres qui désavantagent particulièrement les femmes. Mais, pour d'autres motifs, tels que l'orientation sexuelle, couverts par la directive 2000/78 ou la « race », l'apport de ce nouveau concept semble moins évident. En effet, est-on « capable aujourd'hui de fournir notamment dans le champ des relations de travail, des exemples de pratiques susceptibles de tomber sous la qualification de discrimination indirecte lorsque le motif à l'œuvre est l'appartenance ou la non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race »<sup>2</sup> ? Nous verrons qu'il existe des hypothèses de mesures apparemment neutres qui peuvent affecter en France spécifiquement les personnes issues de l'immigration et pour lesquelles la notion de discrimination indirecte pourrait s'avérer utile. Mais encore fallait-il que le droit français ait intégré le concept communautaire de discrimination indirecte. Jusqu'à la loi du 16 novembre 2001, le maigre contentieux traitait essentiellement des discriminations directes et si la jurisprudence faisait parfois référence à la notion de discrimination indirecte quand les parties

---

<sup>1</sup> SIMON P., *Etude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact de la discrimination aux États-Unis, Canada, Australie, Royaume-Uni et Pays-bas : projet Medis (Mesure des discriminations)*, Commission européenne, Direction Emploi & affaires sociales, OPOCE, 2004, p. 6.

<sup>2</sup> FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 47.

se plaçaient sur le terrain du droit communautaire, cette approche se heurtait alors à la charge de la preuve qui reposait à l'époque entièrement sur les épaules des demandeurs<sup>1</sup>.

L'interdiction des discriminations indirectes a été transposée dans le domaine de l'emploi avec la loi du 16 novembre 2001 qui entérine l'extension de la notion de discrimination<sup>2</sup>. L'article L 122-45 CT qui en était issu précisait désormais qu'« aucune personne (...) ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte (...) ». L'interdiction des discriminations indirectes dans l'accès au logement locatif a été prévue par la loi de modernisation sociale de janvier 2002 en matière civile. L'innovation a aussi été intégrée au statut général des fonctionnaires : la loi Le Pors du 13 juillet 1983 a été modifiée en ce sens par l'art. 6 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique<sup>3</sup>. Plus généralement, l'article 19 de la loi du 31 décembre 2004<sup>4</sup> interdisait toute discrimination « raciale » directe comme indirecte « en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services, de fournitures de biens et services, d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, ainsi que d'accès à l'emploi, d'emploi et de travail indépendants ou non salariés ».

Pour autant, ces textes ne comportaient pas de définition de la discrimination indirecte. Néanmoins, les tribunaux nationaux étant soumis à une obligation générale « d'interpréter le droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive »<sup>5</sup>, cette situation n'a pas empêché les juridictions nationales « de faire produire à cette notion (...) le sens qui est le sien en droit communautaire »<sup>6</sup>. La Cour de cassation en a fait usage à quelques rares reprises<sup>7</sup>. Le Conseil d'Etat a fait application de la notion communautaire, telle que dégagée dans le cadre du principe de libre circulation des travailleurs dans un arrêt de 2002<sup>8</sup> : une professeure italienne avait vu sa candidature rejetée par la commission des spécialistes d'une

---

<sup>1</sup> LANQUETIN M-T., « Le principe de non-discrimination », *op. cit.*, p. 189.

<sup>2</sup> Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *J.O.* du 17 novembre 2001, p. 18311.

<sup>3</sup> *J.O.* du 27 juillet 2005, p. 121873.

<sup>4</sup> Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE.

<sup>5</sup> CJCE, 10 avril 1984, *Van Colson et Kamann*, aff. 14/83, *Rec.* 1984, pp. 1891-1920.

<sup>6</sup> CALVES G., « L'égalité. Le cas du droit de la non-discrimination », in J-B AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 495.

<sup>7</sup> Cass. soc., 12 février 1997, *Douarre c. USAI Champignons*, n° 95-41694 et 95-41695, *Droit soc.* 1997, Note M-T Lanquetin, p. 526 (sans mentionner la discrimination indirecte, la Cour relève que le critère de pénibilité constitue une discrimination fondée sur le sexe) ; Cass. soc., 9 janvier 2007, n° 05-43962 (la Cour identifie explicitement une « mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé »).

<sup>8</sup> Auparavant, on peut trouver quelques arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat fait allusion à la notion : C.E., 30 avril 1997, *Syndicat national des masseurs-Kinésithérapeutes-rééducateurs*, n° 180299/180328 et C.E., 10 avril 2002, *Syndicat national des professeurs d'arts martiaux*, n° 221314.

université au seul motif « *qu'elle n'aurait pas une expérience suffisante du système universitaire français* ». Le juge a estimé que lors d'un recrutement nécessitant la prise en compte des activités professionnelles antérieures, les autorités compétentes ne pouvaient à l'égard des ressortissants de pays membres de l'UE « *opérer de distinction selon que ces activités ont été exercées dans une autre collectivité publique française ou dans celle d'un autre Etat membre* » considérant que les stipulations du Traité européen interdisent « *non seulement les discriminations fondées sur la nationalité, mais encore toutes les autres formes de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat* »<sup>1</sup>. Néanmoins, bien que s'appuyant sur la jurisprudence *Sotgiu*, le Conseil d'Etat ne reprend pas les étapes du raisonnement du juge communautaire concernant la discrimination indirecte : l'effet discriminatoire du critère entraîne la condamnation de l'auteur pour discrimination, sans que soient discutées la raisonnable et la proportionnalité du recours au motif apparemment neutre.

La circulaire du 3 octobre 2005 portant sur les relations entre la HALDE et l'autorité judiciaire a précisé que la définition à appliquer en droit interne est celle donnée par les directives communautaires<sup>2</sup>. Elle indique que la notion de discrimination indirecte n'est pas applicable en droit pénal<sup>3</sup> - alors qu'il peut exister des discriminations indirectes intentionnelles - du fait d'une définition centrée sur les effets de la mesure et des modalités de preuve qui en résultent<sup>4</sup>. Pour la HALDE, il semble qu'une discrimination volontaire même fondée sur un critère apparemment neutre constitue une discrimination cachée au sens de l'art. 225-1 CP : elle a en effet estimé que le refus de location au motif que la caution parentale réside dans un département d'outre-mer révèle - au vu des termes peu ambigus du refus - l'intention de discriminer sur le fondement de l'origine et justifie une transmission au

---

<sup>1</sup> C.E., 18 octobre 2002, n° 224804, *Spaggiari*, *AJDA*, 1/2003, p. 26 (concl. R. Schwartz). Voir S. SLAMA, « toute discrimination entre ressortissants CEE, même indirecte, est interdite », *AJFP*, 2003-2, p. 12.

<sup>2</sup> Dans sa délibération n° 2005-61 du 14 novembre 2005, la Haute autorité est intervenue dans une affaire de différence de traitement liée à l'origine mettant en cause les fouilles de sécurité à l'entrée d'une grande surface : l'appréciation subjective des consignes floues reçues amenait les agents d'accueil à ne viser que les personnes d'origine étrangère réelle ou supposée. La HALDE a qualifié cette pratique de discrimination indirecte.

<sup>3</sup> Point 1 de la circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces portant sur les relations entre la HALDE et l'autorité judiciaire du 3 octobre 2005, NOR : JUSD0530132C, *B.O du ministère de la Justice* n°100, octobre-décembre 2005.

<sup>4</sup> Le régime de partage de la preuve qui caractérise l'établissement d'une discrimination indirecte serait incompatible avec le principe constitutionnel de présomption d'innocence. Pour autant, l'usage du testing comme nous le verrons amène le juge pénal après constatation d'un traitement inégal à contrôler comme dans le cas de la discrimination indirecte les justifications de l'auteur.



parquet<sup>1</sup>. Le juge pénal fait de même lorsqu'il condamne pour discrimination une société qui exigeait des candidats à l'embauche qu'ils possèdent une carte d'électeur<sup>2</sup>.

Finalement, la loi du 27 mai 2008 a transposé intégralement la définition communautaire à la fois qualitative et quantitative de la discrimination indirecte : elle est constituée lorsqu'« *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence mais susceptible d'entraîner* » pour l'un des motifs visé par le droit communautaire « *un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes* » (art. 1 al. 2). « À supposer que les victimes parviennent à percevoir qu'elles font l'objet de traitements condamnables »<sup>3</sup> et entament des recours, le juge saisi pourra s'appuyer sur la jurisprudence communautaire qui indique quelles sont les preuves exigibles pour obliger l'auteur de la mesure contestée à s'expliquer. Le droit interne comme le droit communautaire prévoit que la mesure contestée constituera une discrimination indirecte à moins que « *cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* » (art. 1 al. 2) laissant au juge le soin d'arbitrer entre les impératifs notamment économiques invoqués et les droits de la personne. Mais, au-delà de l'élargissement du répertoire traditionnel de sanctions juridiques, la notion de discrimination indirecte promeut activement l'égalité en exigeant l'inspection de l'ensemble des procédures et pratiques apparemment neutres. Pour prévenir tout contentieux, les entreprises devront interroger la pertinence de leurs exigences au regard de leurs objectifs propres et promouvoir l'égalité de traitement dans leurs procédures mêmes.

En sus de la discrimination directe et indirecte et toujours dans le sens d'une objectivation du concept de discrimination « raciale », les directives relatives à l'égalité de traitement intègrent l'interdiction du harcèlement fondé sur un motif prohibé et l'incitation à la discrimination. En effet, si l'on s'attache aux résultats, le harcèlement et l'incitation à la discrimination concourent à la discrimination<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> HALDE, délibération n° 2005-33 du 26 septembre 2005, in HALDE, *Rapport annuel 2005*, op. cit., p. 56.

<sup>2</sup> TGI Créteil, 8 mars 2007, *MP c/ Sté Arès*, n° 0304400888, C.A. Paris, 11<sup>ème</sup> ch. sect. A, 6 mai 2008, *Sté Arès*, n° 07/05704.

<sup>3</sup> FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », op. cit., p. 47.

<sup>4</sup> Le harcèlement peut ainsi avoir les mêmes résultats qu'une discrimination directe en empêchant de fait toute promotion de carrière à sa victime et en favorisant la perte de son emploi. En effet, « des expériences mettent en lumière que celui qui subit la présence de stéréotypes négatifs à son égard aura une performance moins bonne en raison de cette « menace », et donc de sa crainte de confirmer le stéréotype négatif qu'il sait peser sur lui » (in DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, op. cit., p. 78).

### §3) Les infractions assimilées à la discrimination

Le harcèlement et l'incitation à la discrimination font chacun l'objet d'un traitement juridique distinct et relèvent de domaines juridiques très différents en droit français. L'interdiction de l'incitation à la discrimination était prévue dans la loi sur la presse de 1881 telle qu'elle a été complétée en 1972. La notion de harcèlement est apparue plus tardivement de manière autonome alors que le droit communautaire fait de ces deux notions, quand elles sont articulées à un motif prohibé, des déclinaisons du concept de discrimination. Cette protection globale du droit à la non-discrimination « raciale » prévue par la Directive 2000/43 est issue de l'expérience retirée des évolutions du contenu de l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Le droit français a finalement intégré le harcèlement discriminatoire et l'injonction de discriminer, comme formes de discrimination dans la loi du 27 mai 2008 pour répondre aux exigences de la Commission européenne.

#### A) Le harcèlement discriminatoire

Dans les deux directives communautaires de 2000, le harcèlement est assimilé à une discrimination. Comme l'interdiction de discriminer, la lutte contre le harcèlement vise à protéger la dignité du salarié<sup>1</sup>. Le harcèlement, articulé à un motif prohibé, peut être utilisé comme une « technique », un « procédé » de discrimination<sup>2</sup>. La jurisprudence a ainsi bien montré comment le harcèlement moral d'un syndicaliste participait à la discrimination syndicale. Néanmoins, le harcèlement peut se présenter aussi bien dans des rapports hiérarchiques que dans des rapports horizontaux alors que la discrimination est étroitement liée à l'autorité que détient son auteur<sup>3</sup>. L'art. 2-3 de la directive « Race » indique que « *le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination (...) lorsqu'un comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique 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 (...)* ».

---

<sup>1</sup> « La dignité de la personne humaine constitue bien l'axe central, le pivot sur lequel repose la protection de la victime du harcèlement ». In « Harcèlement entre salariés : apport de la loi de modernisation sociale », MAZEAUD A., *Dr. Soc.*, mars 2002, p. 321.

<sup>2</sup> ADAM P., « Harcèlement moral : une affaire remarquable (ou l'occasion de mettre en lumière et en discussion l'art. L. 422-11 du Code du travail) », *Droit ouvrier*, n° 696, juillet 2006, p. 322.

<sup>3</sup> COEURET A., « Discriminations sur le lieu de travail », in *Le risque pénal de l'entreprise, Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier-février 2006, p. 65.

La traduction française des directives 2000/43 et 2000/78 qui définissent le harcèlement comme un « *comportement indésirable* » présente plus d'ambiguïtés que la version anglaise qui parle d'« *unwanted conduct* ». Il est donc judicieux que dans la directive 2002/73 relative à l'égalité entre hommes et femmes, le harcèlement sexuel soit présenté comme « *un comportement non désiré* ». Pour constituer un harcèlement au sens des directives, ce comportement doit avoir deux conséquences qui devront être appréciées par les juges : « *porter une atteinte à la dignité* » et « *créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». La définition proposée par les directives favorise, comme pour la discrimination directe, l'objectivation de l'infraction. Ainsi pour démontrer un harcèlement, il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une intention malveillante, il suffit que le comportement ait « *pour effet de porter atteinte à la dignité* », que cet effet ait été finalement recherché ou non. Le harcèlement discriminatoire est lié aux motifs visés par l'article 19 TFUE. Cela semble indiquer que ce harcèlement ne peut concerner que les personnes relevant de caractéristiques précises<sup>1</sup>. Ainsi, dans la jurisprudence britannique, un harcèlement visant une employée ne sera pas qualifié de discriminatoire dans la mesure où il a touché ou aurait pu toucher un collègue masculin : le harcèlement n'est en effet dans ce cas pas lié au sexe<sup>2</sup>. Mais il n'est pas nécessaire que le harcèlement soit explicitement fondé sur les motifs illicites, il suffit comme l'indique l'emploi de l'adjectif « *lié aux motifs visés* » que le harcèlement aboutisse en pratique au même résultat.

Les directives de 2000 issues de l'art. 13 TCE précisent dans leurs articles 2 §3 que cette notion de harcèlement discriminatoire « *peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres* ». La protection offerte par le droit français est une protection générale, là où le droit communautaire protège - exclusivement mais explicitement - des personnes harcelées à cause de leur sexe, « *race ou origine ethnique* », religion,

---

<sup>1</sup> Les directives européennes semblent s'être inspirées de la définition de la Commission des droits de la personne québécoise. A la suite d'une étude spécifique publiée en 1981 sur la question du harcèlement subi par les femmes entrées alors massivement sur le marché du travail et en référence à la jurisprudence américaine, la Commission estima que le harcèlement sexuel pouvait constituer une discrimination fondée sur le sexe. En 1993, l'interdiction du harcèlement fondé sur l'un des motifs de discrimination énumérés à l'article 10 de la Charte des droits de la personne fut intégrée à l'art. 10-1. Défini comme une atteinte à la dignité, le harcèlement est caractérisé par la création d'un « *milieu de travail hostile* » (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Lippé) c/ procureur général du Québec* [1998] R.J.Q. 3397 (T.D.P.Q)). En 1999 un jugement établissait qu'un seul acte grave pouvait constituer le harcèlement (*Habbachi C/ Commission des droits de la personne* [1999] R.J.Q 2522). V. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Harcèlement discriminatoire au travail*, Québec, 2007, 20 p.

<sup>2</sup> *Balgobin v/ London borough of Tower Hamlets*, [1987], IRLR, 402; *Stewart v/ Cleveland Guest Engineering Ltd*, [1994], IRLR, 440. Ces affaires sont citées par C. BARNARD et B. HEPLÉ, in « *Substantive Equality* », *Cambridge Law journal*, 2000, vol. 59, p. 563.

convictions, âge, handicap ou orientation sexuelle. La loi n° 92-7119 du 2 novembre 1992 concernant l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail avait intégré au code du travail et au code pénal le concept de harcèlement sexuel entendu alors comme le harcèlement d'un supérieur hiérarchique visant à obtenir des faveurs sexuelles. Mais l'art. L. 1153-2 du code du travail issu de la loi du 17 janvier 2002 (ex art. L. 122-46) a modifiée la définition en englobant dorénavant « *les agissements de harcèlement de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit et à celui des tiers* » tout comme l'art. 222-33 CP et l'art. 6 ter de la loi du 13 juillet 1983 relative aux fonctionnaires. Pour autant, à la différence du harcèlement moral, le critère de la finalité (l'obtention de faveurs de nature sexuelle) reste primordial<sup>1</sup>. Le « *harcèlement moral* », susceptible de toucher tous les salariés sans finalité sexuelle, a été introduit dans le droit pénal (art. 222-33-2) et dans le code du travail par de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002<sup>2</sup>. L'art L. 1152-1 (ex L. 122-49-1° CT) CT vise ainsi « *des agissements répétés* » qui « *ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ». L'objectivation de l'infraction était donc déjà présente car le harcèlement, vertical ou horizontal, est caractérisé qu'il y ait volonté de nuire ou non.

Ces définitions du harcèlement sexuel et du harcèlement moral diffèrent en plusieurs points de la notion communautaire : le harcèlement n'est ici pas lié aux motifs de discrimination et l'interdiction ne vise en droit social que la sphère professionnelle et ce au bénéfice du seul salarié<sup>3</sup>, ce que la Commission a considéré comme un manquement alors même que cette absence de qualification légale n'entraînait aucune conséquence notable sur le régime juridique du harcèlement (aménagement de la preuve et protection contre les

---

<sup>1</sup> Cass. crim., 7 mars 2007, n° 06-84292.

<sup>2</sup> Art. 169-1° al. 1 et art. 170 de la Loi n° 2002-73, *J.O.* du 18 janvier 2002, p. 1008. Pour les fonctionnaires et les agents non titulaires, la protection était assurée contre le harcèlement moral essentiellement dans le cadre de l'art. 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires.

<sup>3</sup> Pour le harcèlement moral, l'art. L. 1152-1 et L. 1152-2 CT protègent le « *salarié* » tandis que l'art. L. 1153-2 CT, consacré au harcèlement sexuel, indique « *Aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise (...)* ». Le code pénal a un champ d'application plus large car il ne mentionne aucun champ d'application spécifique pour le harcèlement sexuel (art. 222-33) et concernant le harcèlement moral (art. 222-33-2), protège toute personne « *des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail* ». Mais le droit communautaire indique que « *ces formes de discriminations se manifestent non seulement sur le lieu de travail mais également à l'occasion de l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle* » (Directive 2006/54 du Parlement et du Conseil européens du 5 juillet 2006, *J.O.U.E.* du 26 juillet 2006, p. L204/23).

représailles<sup>1</sup>). À l'origine, l'ébauche du texte pénal sur le harcèlement sexuel se situait à l'article 225-3 CP dans le chapitre consacré aux discriminations mais l'Assemblée nationale déplaça le texte vers sa place définitive à la fin de la section relative aux « agressions sexuelles »<sup>2</sup>. Si les attaches du harcèlement sexuel avec la discrimination sexiste persistaient car celui-ci était inscrit en 1992 dans le chapitre relatif à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, peu à peu le harcèlement s'est situé dans le sillage de la protection de la liberté individuelle plutôt que dans la perspective de l'égalité<sup>3</sup>. Ainsi, l'ordonnance n° 2007-329 de 2007 qui refonde le code du travail<sup>4</sup> a intégré la notion de harcèlement au titre V intitulé « Harcèlements » du livre 1<sup>er</sup> de la première partie du code du Travail<sup>5</sup> et non dans le titre III consacré aux « Discriminations ».

Une circulaire du ministre de la justice de 2005 précisait néanmoins à propos des compétences de la HALDE qu'en application des directives communautaires, « *le harcèlement constitue une discrimination lorsqu'il est lié à l'un des critères prohibés* »<sup>6</sup>. De même, la jurisprudence n'ignorait pas le lien entre harcèlement et discrimination. Dès 1970, la chambre criminelle de la cour de cassation pointait la « *mesure abusive de discrimination* » de l'employeur qui faute d'obtenir le licenciement d'un représentant syndical assignait à celui-ci « *une besogne inutile, absurde, ridicule et fastidieuse* » constituant un « *moyen de pression humiliant [qui] a eu pour résultat non seulement de décourager l'intéressé dont l'équilibre mental a été ébranlé mais aussi de le déconsidérer et de saper son autorité* »<sup>7</sup>. Logiquement, la Cour de cassation retient le harcèlement moral, en l'espèce des propos racistes constants, comme motif justifiant un licenciement de l'auteur pour faute grave<sup>8</sup>. En 2002, la RATP était condamnée pour une discrimination « raciale » résultant notamment d'un harcèlement raciste. Néanmoins, la discrimination « raciale » était démontrée par « l'inégalité subie par la salariée

---

<sup>1</sup> Néanmoins, l'identité des règles applicables aux harcèlements et aux discriminations n'est que partielle : la médiation n'est prévue à ce jour que pour le harcèlement, le droit d'action des associations ne vaut qu'en matière de discrimination, l'aménagement de la preuve n'est pas strictement similaire...

<sup>2</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « Le harcèlement sexuel en droit interne : discrimination ou atteinte à la liberté ? », *Semaine juridique-édition générale (JCP G)*, 1993, I-3662, p. 137.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 137-138.

<sup>4</sup> Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail, *J.O.* du 3 mars 2007.

<sup>5</sup> Nouveaux articles L. 1151-1 à L. 1155-4 CT.

<sup>6</sup> Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces portant sur les relations entre la HALDE et l'autorité judiciaire du 3 octobre 2005. La HALDE, par exemple, s'était reconnue compétente pour porter assistance aux victimes de « harcèlement discriminatoire ». V. les délibérations n° 2006-56 du 3 avril 2006 (« harcèlement moral à connotation raciste ») ou n° 2007-252 du 1<sup>er</sup> octobre 2007 (« harcèlement moral en lien avec l'apparence physique et l'orientation sexuelle »). La HALDE a d'ailleurs étendu cette qualification au-delà des critères prohibés par le droit communautaire, en qualifiant de « *discriminatoire* » le « *harcèlement moral en raison de l'activité syndicale* » (délibération n° 2008-78 du 14 avril 2008) ou de l'« *apparence physique* » (Délibération n° 2007-251 du 1<sup>er</sup> novembre 2007).

<sup>7</sup> Cass. soc., 10 décembre 1970, *Fleurence*, *Bull. crim.* n° 336, p. 821, *Dr. Ouvrier* 1971, p. 175.

<sup>8</sup> Cass. soc., 12 octobre 2004, n° 02-41563, *Bull.* 2004 V, n° 247, p. 227 ; Cass. soc., 26 avril 2006, n° 04-25250.

dans le déroulement de sa carrière et dans ses possibilités d'avancement »<sup>1</sup> : le harcèlement n'était ici qu'un élément supplémentaire de preuve de la discrimination et ne constituait pas en tant que tel une discrimination. Dans un arrêt de 2007, la chambre criminelle de la Cour de cassation admet le concours de l'infraction de harcèlement moral et de discrimination syndicale au motif que, bien que procédant des mêmes agissements, les infractions sanctionnaient la violation d'intérêts distincts<sup>2</sup>. D'autres affaires témoignent de cette ambiguïté entre harcèlement moral et discrimination<sup>3</sup>. Néanmoins, le droit français ne prévoyait pas de sanction spécifique pour le harcèlement « racial », tel que défini par les directives communautaires, ce type de harcèlement pouvant éventuellement être sanctionné au titre du harcèlement moral<sup>4</sup>.

À la suite des exigences de la Commission européenne, le droit interne a finalement intégré la définition communautaire du harcèlement discriminatoire et ce pour les seuls motifs couverts par les directives. L'art. 1-1° de la loi du 27 avril 2008 inclut dans la discrimination « *tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». Le champ du harcèlement moral s'exerce donc au-delà du seul domaine de l'emploi et pourra être caractérisé dès le premier agissement mais seulement dans les cas où le harcèlement sera lié à un critère de différenciation interdit par les directives<sup>5</sup>. Toutefois, cette définition n'entraîne pas l'abrogation des définitions existantes dans le code pénal et le code du travail. Le harcèlement sexuel de l'art. L. 1153-2 CT ne fait aucune référence à un quelconque critère de différenciation interdit, sa définition est aussi un peu moins précise que le harcèlement fondé sur le sexe du droit communautaire et le régime juridique applicable

---

<sup>1</sup> C.A. Paris, 29 janvier 2002, Cass. soc., 29 septembre 2004, n° 02-42427.

<sup>2</sup> Cass. crim., 6 février 2007, n° 06-82601, *Bull. crim.* n° 29, *AJ pénal* 2007, p. 179, obs. G. Royer. Cette justification est moins convaincante si l'on admet comme le droit communautaire que des motifs prohibés en matière de discrimination doivent être utilisés en matière de harcèlement ou y sont sous-jacents (FORTIS E., « Lutte contre la discrimination : la voie pénale », *AJ pénal*, n°7/8, juillet-août 2008, p. 306).

<sup>3</sup> C.P.H. Créteil, 29 novembre 2003, Note KELLER V-M, *Dr. Ouvrier*, 2004, p. 293 ; C.P.H. Grenoble, 7 novembre 2005, *Bakadoum et UD CGT contre Onet Services*, *Dr. Ouvrier*, juillet 2006, pp. 327-328.

<sup>4</sup> Pour autant, il n'est pas toujours facile de faire reconnaître ce type de harcèlement moral. Ainsi, dans le cadre d'un recours exercé par un salarié d'origine africaine qui subissait les paroles racistes à répétition d'un supérieur, la Cour d'appel saisie relève une « forme d'esprit regrettable et un humour déplacé et inapproprié » qui « ne constitue pas une pression répétée portant atteinte aux droits de la partie civile ». Mais la Cour de cassation a rappelé les termes de la loi et la nécessité de vérifier pour les juges si « *la manière de parler du prévenu n'était pas constitutive, par son caractère habituel, d'agissements répétés ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* » (l'intention de nuire ressortant des agissements répétés). Voir Cass. crim., 12 décembre 2006 n° 05-87658.

<sup>5</sup> PERU-PIROTTE L., « La lutte contre les discriminations : loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 », *op. cit.*, p. 1314.

dépend de la voie de droit empruntée par le justiciable. Le harcèlement moral tel qu'interdit par l'art. L. 1152-1 et L. 1152-2 CT (ex L. 122-49 CT) issu de la loi de 2002 rend nécessaire la caractérisation d'une répétition des agissements prohibés, ce que n'exige pas le droit communautaire. Enfin, existe le harcèlement « tel que défini à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire ». Coexistent ainsi plusieurs types de « harcèlement », ce qui ne favorise pas l'accessibilité du droit pour les victimes.

#### B) L'injonction de discriminer

L'article 2-4 de la directive 2000/43 prévoit que « *tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes pour des raisons de race ou d'origine ethnique est considéré comme une discrimination* ». L'introduction de cette nouvelle notion trouve son origine dans le droit international de la lutte contre le racisme. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée le 21 décembre 1965, considère ainsi que « *tous les hommes sont égaux devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi contre toute discrimination et contre toute incitation à la discrimination (...)* ». Le caractère intentionnel de l'incitation est évident et se rapproche de la notion française d'incitation à la haine raciale, prohibée par le code pénal. Les diverses directives<sup>1</sup> étendent l'interdiction de l'incitation à la discrimination à tous les motifs visés par l'art. 19 TFUE. Cependant, alors que les directives parlent d'injonction à discriminer, il reste à savoir s'il s'agit de réprimer les ordres de discrimination qui peuvent être assimilés à la notion de complicité de discrimination ou s'il s'agit de viser plus largement les incitations à la discrimination. Le délit d'incitation à la haine raciale, à la violence et à la discrimination se situe en effet à l'intersection des luttes contre le racisme et contre les discriminations « raciales ».

La répression de l'incitation à la discrimination « raciale » est prévue en droit français depuis 1972. Le décret-loi Marchandeu du 21 avril 1939 avait complété les articles 32, 44 et 48 de la loi sur la presse de 1881 en y insérant de nouvelles dispositions punissant la diffamation, l'injure « *commises envers un groupe de personnes appartenant par leur origine à une race ou à une religion déterminée lorsqu'elle aura eu pour but d'exciter la haine*

---

<sup>1</sup> Le concept est repris à l'art. 2-4 de la directive 2000/78 et à l'art. 2-4 de la directive 2002/73.

*raciale entre les citoyens ou habitants* ». Cependant, l'interprétation juridique du décret rendait la reconnaissance du délit de diffamation difficile<sup>1</sup> d'où la volonté de créer en 1972 un nouveau délit plus adapté et de permettre aux associations d'agir en justice dans ce domaine. Les articles 1 et 2 de la loi n° 72-546 du 1<sup>er</sup> juillet 1972, dite « loi Pleven », sont donc venus compléter l'art. 24 de la loi du 29 juillet 1881 en ajoutant une nouvelle infraction de provocation publique « *à la discrimination, à la haine et à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Ces propos ou écrits ne sont pas rares et sont sanctionnés par le juge pénal, que les auteurs soient de simples particuliers ou non<sup>2</sup>, mais si la caractérisation du délit pose parfois problème<sup>3</sup>. La Chambre criminelle de la Cour de cassation précisait en mai 2002 que le délit de provocation à la discrimination, à la haine et à la violence était constitué dès lors que le texte - ou le discours - tend à susciter « *un sentiment d'hostilité ou de rejet envers un groupe de personnes à raison d'une origine ou d'une religion déterminée* »<sup>4</sup>.

La loi a aussi modifié l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 10 janvier 1936 concernant la dissolution des groupes de combats et des milices en ajoutant un paragraphe 6 intégrant les groupes « *qui inciteraient à la haine et à la discrimination raciale envers des personnes ou des groupes de personnes à raison de leur origine religieuse, ethnique, nationale ou de leur absence de nationalité, ainsi que celles qui propageraient des idées ou théories fondées sur une telle discrimination, ou qui prétendraient justifier ou encourager cette forme de haine ou de discrimination* ». De même, concernant les élections prud'homales, l'art L. 513-3-1 al. II du code du travail, introduit par la loi du 16 novembre 2001, interdit « *les listes présentées soit par un parti politique, soit par une organisation prônant des discriminations fondées notamment sur le sexe, leurs mœurs, l'orientation sexuelle, l'origine, la nationalité, la race,*

---

<sup>1</sup> La jurisprudence avait en effet déclaré irrecevable une personne physique même appartenant au groupe diffamé (la diffamation concernant un groupe « racial » n'atteignant aucun individu en particulier) et déclaré irrecevables les associations de lutte contre le racisme pour poursuivre les délits portant préjudice à un groupe de personnes appartenant à une race déterminée s'ils n'ont pas subi eux-mêmes un préjudice personnel (C.A. Paris, 6 février 1952, *Dalloz*, 1952, p.693). Seul le ministère public pouvait donc mettre l'action publique en mouvement, ce qu'il faisait rarement.

<sup>2</sup> T.C. Paris, 13 septembre 2007, *MRAP c/ Paul Girod de Langlade* : Le préfet d'Indre et Loire, Paul Girod de Langlade, condamné à 2.000 € d'amende pour « provocation à la discrimination en raison de l'origine » (propos infamant sur les tsiganes publiés dans *La Nouvelle République* en 2005) a été révoqué de ses fonctions en septembre 2007 (placé hors cadre).

<sup>3</sup> L'injure « raciale » prévue par l'art. 33 al. 3 de la loi du 29 juillet 1881 connaît la même rédaction. Dans l'affaire concernant les propos tenus par Georges Frêche, président de la région Languedoc-Roussillon, au sujet des Harkis, la Cour d'appel de Montpellier a estimé que les Harkis, Français d'origine algérienne qui ont servi dans l'armée française pendant la guerre d'Algérie, ne rentraient dans aucune des catégories citées et a donc relaxé le prévenu (« Frêche et les 'sous-hommes' : relaxe en appel », *Libération*, 13 septembre 2007).

<sup>4</sup> Cass. crim., 14 mai 2002, *MRAP Isère c/ Hugues*, n° 01-485482, *Dr. Pénal*, octobre 2002, p. 15.



*l'appartenance à une ethnie ou les convictions religieuses, et poursuivent ainsi un objectif étranger à l'institution prud'homales »<sup>1</sup>.*

Le code pénal couvre aussi les incitations à la discrimination concernant des personnes relevant de l'ensemble des motifs visés par les articles 225-2 et 432-7 CP (sexe, handicap, orientation sexuelle, âge...) depuis la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 (art. 20) modifiant l'art. 24 de la loi du 29 juillet 1981. Démontrant la volonté politique de lutter contre le racisme, le délai pour ester en justice a été porté de 3 mois à un an par la loi du 9 mars 2004 pour les seules provocations ou incitations à la discrimination, à la haine ou à la violence « raciale » ou religieuse (art. 24 al. 8 de la loi du 29 juillet 1981)<sup>2</sup>. Le régime juridique de l'incitation à la discrimination diffère largement de celui des discriminations. Le code pénal spécifie l'infraction selon son caractère public ou non. Ainsi, la provocation ou incitation à la discrimination non publique ne constitue pas un délit (art. R625-7 CP) : l'auteur n'est passible que d'une contravention de 5<sup>ème</sup> classe par le tribunal de police. Ensuite, la loi de 1881 distingue le délit d'incitation selon que la provocation ait ou non été suivie d'effet. Si l'incitation à la discrimination se traduit bel et bien par une discrimination, le prévenu sera condamné à titre de complice (cf. conditions générales de la complicité au sens de l'art. 12-6 et 121-7 CP) et s'expose donc aux mêmes sanctions que l'auteur principal. Si l'incitation n'est pas suivie d'effet, la seule législation applicable reste l'art. 24 de la loi de 1881 ou l'art. R. 625-7 CP : l'auteur d'une provocation publique à la discrimination, à la haine et à la violence visant des groupes protégés encourra une peine de 5 ans de prison et/ou 45.000 € d'amende<sup>3</sup>.

Les instructions discriminatoires ne semblent pas spécifiquement interdites par la législation antidiscriminatoire britannique<sup>4</sup>. L'incitation à la discrimination n'est pas non plus

---

<sup>1</sup> Cf. jurisprudence de la cour de cassation refusant la qualité de syndicat à des organisations émanant du Front National : Cass. mixte, 10 avril 1998, *Front national pénitentiaire*, n° 97-18970N, *Bull.* 1998 CH. M., n° 1, p. 1. *Dalloz*, 27 août 1998, n° 29, p. 389, note A. Jeammaud. ; Cass. mixte, 10 avril 1998, *Front national de la police*, n° 97-17870, *Bull.* 1998 CH. M., n° 2, p. 5, *Dalloz*, 27 août 1998, n° 29, p. 389, note A. Jeammaud, *Semaine Juridique, Edition entreprise*, 30 juillet 1998, n° 31, p. 1259, note M. Menjuck..

<sup>2</sup> Art. 65-3 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (*J.O.* n° 59 du 10 mars 2004, p. 4567).

<sup>3</sup> La provocation à commettre un crime pourra être poursuivie au titre de la tentative de crime telle que définie par l'art. 2 CP.

<sup>4</sup> Le juge britannique sanctionne l'injonction de discriminer à condition que l'auteur des instructions ait autorité sur la personne ou que celle-ci ait pour habitude d'agir conformément à ses souhaits (*CRE v. Imperial Society of Teachers of Dancing ICR 473*, 1983 ; *EAT, IRLR 315*, 1983). Une personne qui reçoit de telles instructions ne peut exercer un recours sur ce fondement. Ce pouvoir revient aux Commissions (CRE, EOC). Mais si en refusant d'appliquer les consignes, elle subit des sanctions disciplinaires, la discrimination directe est caractérisée car il est illégal selon le *RRA* de traiter moins favorablement une personne en raison de la race ou des origines d'un

considérée en droit interne comme une forme de discrimination à l'image des directives communautaires. Relevant du droit pénal, elle se voit appliquer un régime juridique particulier commun aux infractions dites de presse telle que l'injure et la diffamation. C'est seulement depuis la loi du 27 mai 2008 que le droit interne inclut dans la discrimination le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement discriminatoire (art. 1-2°). Ainsi, certaines déclarations ou écrits qui constituent des consignes de discrimination, éventuellement appréhendés à l'aune de l'incitation à la discrimination ou de la complicité, pourraient se voir requalifiés<sup>1</sup> mais cette nouvelle disposition n'étant ni codifiée ni assorties de sanctions, on voit mal comment elle pourrait trouver à s'appliquer.

\*

Sur le terrain des discriminations « raciales », la législation française et la jurisprudence ont bien intégré les nouvelles exigences du droit antidiscriminatoire communautaire. La récente loi du 27 mai 2008 est venue compléter la transposition des dispositions des directives mais les lacunes dans la codification de la loi ne favorisent pas la visibilité du droit de la non-discrimination rénové. Pour exemple, les définitions exigeantes de la discrimination directe et indirecte ne figurent pas dans le code du travail. Les victimes de discrimination « raciale » bénéficient du plus haut niveau de protection juridique tant au niveau du périmètre que du contenu des champs d'application matériels des discriminations. De plus, l'objectivation des discriminations « raciales », qui rapproche le droit du fait social, fait aujourd'hui peser une responsabilité importante sur les organisations. Elles doivent mettre en œuvre de véritables politiques de prévention pour échapper à une éventuelle condamnation alors que des mécanismes procéduraux essentiels ont été mis en place pour faciliter les recours des victimes de discriminations.

\*

---

tiers. In CONNOLLY M. *Townsend-Smith on Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, Cavendish Publishing, Second Edition, 2004, p. 342.

<sup>1</sup> Le procureur du tribunal de police de Montbéliard a ainsi demandé la condamnation à 3.000 F d'amende du directeur d'un magasin « Connexion » qui avait recommandé par écrit à chacun de ses salariés la plus grande vigilance pour les clients étrangers ou de couleur en cas de paiement par chèque (« Un chef d'entreprise du Doubs poursuivi pour discrimination raciale », *Le Monde*, 27 janvier 2001). L'avocat du défendeur qui avait alors plaidé la forclusion des délais de prescription alors de 3 mois avait obtenu la relaxe le 25 février 2001.

## Chapitre II

### De nouveaux mécanismes procéduraux

Pour garantir le principe de protection juridictionnelle du droit à la non-discrimination, la directive « Race » indique à son article 7-1 que les Etats membres doivent « *établir des procédures judiciaires et/ou administratives (...) accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe de l'égalité de traitement* ». Elle précise que « *les personnes qui ont fait l'objet d'une discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique doivent disposer de moyens de protection juridiques adéquats* »<sup>1</sup> notamment ceux précisément prévus par cette même directive. En effet, la directive 2000/43, à l'instar de l'ensemble de la législation communautaire<sup>2</sup>, rend obligatoire la mise en place de mécanismes procéduraux visant à assurer un droit au recours effectif pour les victimes contre les auteurs de discriminations. En l'absence de tels mécanismes, la victime se voit en effet privée de toute possibilité d'obtenir réparation des préjudices subis étant donné le déséquilibre qui caractérise la plupart du temps sa relation à l'auteur de discrimination. L'isolement, la difficulté d'apporter la preuve de la discrimination et la peur de représailles pour le plaignant comme pour d'éventuels témoins rendraient « les individus titulaires de droits sans leur donner les moyens d'en obtenir le respect par le biais du système judiciaire »<sup>3</sup>.

Les mécanismes visant à rendre le juge et la preuve plus accessibles prévus par la directive avaient, pour certains, déjà leur place en droit interne. Dans un contexte marqué par un très faible nombre de plaintes et de condamnations et par la banalisation des discriminations rapportées par de multiples études, la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations est venue compléter le dispositif marquant ainsi la volonté de rendre plus effectif le droit à la non-discrimination « raciale » dans l'emploi. La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 étend au domaine du logement les principales innovations procédurales<sup>4</sup>. La loi du 27 mai 2008 achève la transposition et prévoit

---

<sup>1</sup> Directive 2000/43, cons. 19.

<sup>2</sup> TOBLER C., *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne*, Luxembourg, OPOCE, 2006, 49 p.

<sup>3</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, Note n°2, La Documentation française octobre 2000, p. 31.

<sup>4</sup> En outre, l'article 164 de la loi du 17 janvier 2002 a inséré dans le code du travail une section 7 intitulée « discriminations ».

notamment l'affichage des dispositions pénales relatives aux discriminations dans les locaux où se réalisent les embauches<sup>1</sup>.

Le nouveau dispositif vise à appuyer la victime à toutes les étapes de la juridictionnalisation : en amont en favorisant les recours, dans le cadre du recours lui-même en aménageant la charge de la preuve, mais aussi en aval en veillant à ce que l'exercice du droit au recours n'entraîne pas pour la victime de conséquence négative qui aurait pour effet de dissuader d'éventuels recours. L'ensemble des acteurs potentiels de la judiciarisation des discriminations sont donc reconnus et voient leur position renforcée pour mieux soutenir la victime notamment dans la recherche de la preuve (section 1). De plus, l'objectivation des discriminations, qui a étendu la protection du droit à l'égalité de traitement, a produit au bénéfice de la victime un aménagement de la preuve afin d'alléger le fardeau de la preuve qui reposait jusqu'ici entièrement sur elle et garantissait une quasi impunité aux auteurs de discrimination (section 2).

### **Section 1- Le renforcement des acteurs de la procédure**

L'individu qui subit une discrimination a tendance à se taire devant la difficulté de se faire reconnaître comme victime et par peur des représailles qu'entraînerait une éventuelle contestation. L'isolement de la victime décourage tout recours faute d'un soutien psychologique, d'une protection juridique. De même, la méconnaissance des preuves exigibles et accessibles et l'absence de compétences pour analyser ces preuves et démontrer la discrimination devant le juge ne favorisent pas la juridictionnalisation. L'aide et le soutien d'acteurs collectifs et le recours à l'expertise de l'inspection du travail constituent donc des atouts indispensables pour favoriser le recours au juge et l'accès à la preuve.

La législation prévoit donc que les acteurs militants - syndicats et les associations antiracistes- peuvent s'impliquer dans la procédure et mettre leur savoir faire et leur engagement au service des victimes (§1). L'inspection du travail a vu ses pouvoirs étendus pour rechercher des preuves qui, dans les mains de l'employeur, échappent souvent à la victime (§2). Enfin, les victimes qui, lorsqu'elles ont subi des discriminations dans l'emploi

---

<sup>1</sup> L'art. 6-6° de la loi du 27 mai 2008 modifie l'art. L. 1142-6 CT qui prévoit désormais que les art. 225-1 à 225-4 CP seront affichés dans les locaux ou sur la porte des locaux où se fait l'embauche à la place des dispositions relatives aux discriminations sexuelles à l'embauche afin d'assurer aux salariés une information complète sur leurs droits.

hésitent légitimement à entamer tout recours, sont dorénavant protégées contre toutes représailles tout comme leurs témoins (§3).

### **§1) Les appuis collectifs apportés à la victime**

Les procès pour discriminations « raciales » exigent une expertise que ne détient pas la victime de discrimination. Le droit français et le droit communautaire ont donc cherché à faciliter le déclenchement de l'action judiciaire grâce à l'appui apporté à la victime par des personnes compétentes et légitimes. La directive 2000/43 souligne ainsi que les États membres doivent permettre aux associations et organisations qui peuvent agir pour le compte ou à l'appui du plaignant d'engager des procédures judiciaires et administratives. En multipliant les acteurs-ressources pour la victime, il s'agit d'assurer l'effectivité du droit au recours des victimes. En effet, la jurisprudence montre que la justiciabilité des discriminations est très souvent assurée par les acteurs militants qui assument les enquêtes nécessaires pour étayer le sentiment d'avoir été discriminé et préparent les plaintes via leur service juridique ou les avocats de leur réseau<sup>1</sup>.

Pour autant, il est nécessaire de distinguer parmi ces acteurs militants le rôle des organisations syndicales des associations parce qu'elles ne bénéficient pas exactement du même régime juridique et parce que les syndicats ne sont susceptibles d'être concernés que pour les discriminations touchant l'emploi.

#### A) Les associations antiracistes

Aujourd'hui, la très grande majorité des condamnations obtenues sur le terrain des discriminations « raciales » sont le produit de mobilisations associatives, d'où l'importance de l'implication de tels acteurs pour une réelle juridictionnalisation des discriminations « raciales ». « Les relations qu'elles peuvent entretenir avec la victime, les moyens dont elles disposent pour réunir les preuves, leur connaissance particulière du droit en la matière et des arcanes procédurales »<sup>2</sup> rendent leur implication particulièrement souhaitable. Le soutien psychologique et juridique fourni par l'association a ainsi des effets incitatifs certains sur la

---

<sup>1</sup> Ainsi, le rapport de Mmes Lanquetin et Grévy montre que dans les affaires de discrimination à l'emploi (pour tout motif) qui aboutissent devant le juge pénal, près des 2/3 d'entre elles sont soutenues par des organisations syndicales ou des associations en qualité de partie civile ou aux cotés du salarié. *In* LANQUETIN M-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, pp. 25-26.

<sup>2</sup> MASSIAS F., « Faut-il pénaliser le racisme ? », *op. cit.*, p. 613.

victime. L'article 7-2 de la directive 2000/43 prévoit d'accorder un droit de saisine aux associations impliquées dans la lutte contre les discriminations. Le droit communautaire entend valoriser le rôle des acteurs associatifs dans le contentieux en leur ouvrant la possibilité de saisir directement le juge. La passivité et le découragement des victimes devraient ainsi être en partie palliés par la mobilisation des associations.

Mais le droit français n'a pas attendu l'intervention du législateur communautaire pour favoriser l'implication des associations dans la répression pénale des discriminations « raciales ». La loi de 1972 introduisait l'article 2-1 du code de procédure pénale (CPP) qui prévoit que « *toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant par ses statuts de combattre le racisme, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par les articles 6 et 7 de la présente loi* »<sup>1</sup>. L'association pouvait donc en quelque sorte endosser le préjudice subi par la victime dès la création en France de l'interdiction des discriminations « raciales ». Comme le relève Florence Massias, l'admission des associations comme parties civiles au procès « souligne la dimension collective des intérêts en cause, ce qui renforce indubitablement l'action individuelle en même temps que la conscience que la victime peut avoir de la légitimité de sa propre action »<sup>2</sup>. De fait, la jurisprudence montre que les associations spécialisées interviennent souvent pour des motifs ayant trait à l'origine<sup>3</sup> dans le domaine du logement et de la fourniture de biens et de service et, en ce qui concerne le domaine de l'emploi, pour des contentieux liés à l'embauche.

Pourtant, la directive « Race » de 2000 a été utilisée par le législateur français pour restreindre les possibilités ouvertes aux associations et ce alors que son préambule indique qu'aucune régression ne peut être justifiée par la directive qui institue des obligations minimales<sup>4</sup>. En effet, la directive précise à son art. 7-2 que la saisine du juge par l'association pour le compte du plaignant doit se faire « *avec son approbation* », ce que ne prévoyait pas le

---

<sup>1</sup> Cette possibilité a été précisément introduite par l'article 8 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972. L'art. 2-1 CPP a été modifié, complété par l'art. 99 de la loi n° 85-10 du 3 janvier 1985 (*J.O.* du 4 janvier 1985, p. 100), par l'art. 87 de la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 qui au-delà des associations combattant le racisme inclut explicitement celles qui ont pour mission « *d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse* » (*J.O.* du 31 juillet 1987, p. 8582).

<sup>2</sup> MASSIAS F., « Faut-il pénaliser le racisme ? », *op. cit.*, p. 613.

<sup>3</sup> Ainsi, l'ensemble des 12 décisions relevées dans lesquelles des associations sont parties civiles ont trait à l'origine (3 concernent la nationalité, 7 la « race » et 2 l'origine). In LANQUETIN M-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>4</sup> Point 25 du Préambule de la Directive 2000/43 : « *la mise en œuvre de la présente directive ne peut justifier une régression par rapport à la situation existant dans chaque État membre* ».

droit pénal français en vigueur. La loi du 9 mars 2004<sup>1</sup> est venue transposer cette condition restrictive en exigeant un accord écrit : aujourd'hui, le second alinéa de l'art. 2-1 CPP indique que « *lorsque l'infraction aura été commise envers une personne considérée individuellement, l'association ne sera recevable dans son action que si elle justifie avoir reçu l'accord de la personne intéressée ou, si celle-ci est mineure, l'accord du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant légal, lorsque cet accord peut être recueilli.* »<sup>2</sup>. Cette condition qui s'applique quand l'infraction aura été commise envers une personne individuellement concerne ainsi les plaintes pour refus discriminatoire (art. 225-3 CP) mais ne peut s'appliquer pour les cas de subordination d'une offre d'emploi ou de logement (225-2-5 CP) dont la portée est alors générale (le délit est réalisé avant que le candidat ne soit entré en relation avec l'auteur de l'offre). On peut aussi considérer que lorsque le refus d'embauche a touché des dizaines de victimes inconnues qui ignorent bien souvent avoir été victimes de discrimination, l'association antiraciste peut alors - sans l'accord des victimes, impossible de fait à obtenir - représenter les intérêts collectifs ainsi lésés. Pour autant, certains procureurs ou juges d'instruction semblent exiger depuis 2004 la production d'accords des victimes - y compris dans des dossiers d'offre discriminatoire alors requalifiés en refus d'embauche, ce qui revient à bloquer les plaintes<sup>3</sup>.

Si les associations pouvaient déjà en droit interne se porter partie civile devant le juge pénal aux côtés d'une victime de discrimination, ce n'était pas le cas devant les juridictions civiles. Il a donc fallu transposer l'art. 7-2 de la directive en matière civile. Dans un premier

---

<sup>1</sup> Art. 42-II de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *J.O.* du 10 mars 2004, p. 4598.

<sup>2</sup> Le premier alinéa de l'art. 2-2 CPP dispose que « *Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant par ses statuts de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne, d'une part, les discriminations réprimées par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal et l'établissement ou la conservation de fichiers réprimés par l'article 226-19 du même code, d'autre part, les atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité de la personne, les menaces, les vols, les extorsions et les destructions, dégradations et détériorations qui ont été commis au préjudice d'une personne à raison de son origine nationale, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une race ou une religion déterminée.* ».

<sup>3</sup> TGI Paris, ordonnance du 12 mars 2007 d'irrecevabilité de constitution de partie civile, C.A. Paris, 6<sup>ème</sup> ch. d'instruction, 12 octobre 2007, n° 2007/02152 : la constitution de partie civile de SOS racisme est déclarée irrecevable faute pour elle d'avoir apporté l'accord écrit des victimes - en l'occurrence des personnes ayant participé au testing qu'elle a organisé et ce alors qu'un témoignage d'un salarié attestait des consignes discriminatoires au sein de l'agence immobilière. V. Cass. crim., 25 novembre 2008, n° 07-88006 : rejet du pourvoi contre l'arrêt d'une chambre de l'instruction ayant déclaré irrecevable, faute d'accord des victimes directes concernées, l'action, engagée par voie d'intervention par l'association SOS Racisme au cours d'une information judiciaire ouverte à la suite de la dénonciation de cette association, et requalifiée par le procureur de la république, du chef de refus discriminatoire de location de biens immobiliers. Dans le même sens, v. Cass.crim., 25 septembre 2007, n° 05-88324.

temps, lors des discussions parlementaires, il était seulement prévu d'introduire un droit d'alerte en faveur des associations auprès des syndicats afin que ceux-ci soutiennent éventuellement un litige. C'était pour le gouvernement une manière de reconnaître dans la loi le rôle des associations, cela constituait un « affichage (...) symbolique »<sup>1</sup>. Mais certains députés avaient alors souligné qu'une telle disposition était inutile dans la mesure où les associations n'avaient nul besoin de la loi pour contacter des organisations syndicales<sup>2</sup>. La majorité de gauche de l'Assemblée nationale a définitivement remplacé cette disposition lors des débats sur la loi relative à la lutte contre les discriminations adoptée le 16 novembre 2001 en accordant aux associations constituées depuis cinq ans le droit d'agir aux côtés et pour un salarié pour tous les actes nés de l'art. L. 1132-1 CT<sup>3</sup>. Néanmoins, la Commission européenne a considéré que cette disposition française de l'art. L. 1134-3 CT était trop restrictive et non pertinente pour évaluer l'intérêt légitime à agir et venait limiter la possibilité pour certaines associations de bénéficier des droits que confère la directive, mais la France a résisté à cette exigence<sup>4</sup>. De plus, l'art. L. 1134-3 al. 2 CT (ex art. L. 122-45-1 al. 2 CT) prévoit, comme en matière pénale, que l'accord exprès de la victime est obligatoire alors que pour les organisations syndicales, nous le verrons, cet accord peut être tacite<sup>5</sup>. Un décret du 20 août 2008<sup>6</sup>, achevant sur cette question la transposition des dispositions communautaires, a créé un article R. 779-9 du Code de justice administrative qui, sur le modèle du code du travail, permet aux associations d'engager toute action utile en lieu et place d'une victime de discrimination devant les juridictions administratives<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Ministre de l'emploi, Martine Aubry, A.N., session ordinaire de 2000-2001, 1<sup>ère</sup> séance du 12 octobre 2000, Discussion de la proposition de loi n° 256 relative à la lutte contre les discriminations, 1<sup>ère</sup> lecture, *J.O., Débats parlementaires*, A.N. (C.R.), 13 octobre 2000, p. 6792.

<sup>2</sup> A.N., session ordinaire de 2000-2001, 1<sup>ère</sup> séance du jeudi 12 octobre 2000, 1<sup>ère</sup> lecture de la proposition de loi n°256 relative à la lutte contre les discriminations, *J.O.A.N.* (C.R.), 13 octobre 2000, p. 6770 (voir notamment l'intervention du député Thierry Mariani).

<sup>3</sup> Article 2 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *J.O.*, 17 novembre 2001, p. 18311.

<sup>4</sup> LANQUETIN M-T, « Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008, *Droit social*, n° 7/8, juillet-août 2008, p. 789.

<sup>5</sup> Art L 1134-2 CT : « *Les associations régulièrement constituées depuis 5 ans au moins pour la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap peuvent exercer en justice toutes actions résultant de l'application des dispositions du chapitre II.*

*Elles peuvent exercer ces actions en faveur d'un candidat à l'emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou d'un salarié dans les conditions prévues à l'art. L. 1134-1, sous réserve de justifier d'un accord écrit de l'intéressé.*

*L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par l'association et y mettre un terme à tout moment ».*

<sup>6</sup> Décret n° 2008-799 du 20 août 2008 relatif à l'exercice par des associations d'actions en justice nées de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

<sup>7</sup> Art. R.779-9 : « *Les associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans et se proposant, par leurs statuts, de lutter contre les discriminations peuvent exercer les actions en justice qui naissent de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 en faveur de la victime d'une discrimination. L'association doit justifier avoir obtenu*



## B) Les organisations syndicales

Alors que les organisations syndicales étaient peu investies dans la juridictionnalisation des discriminations « raciales », il est apparu que les syndicats étaient sans doute les acteurs les mieux placés pour débusquer des discriminations dans l'emploi du fait de leur proximité avec les salariés, de leur connaissance des règles juridiques s'appliquant dans chaque entreprise et de leur expertise tirée de leur expérience des discriminations syndicales. Transposant la directive communautaire, la loi du 16 novembre 2001 a donc introduit en faveur des syndicats la possibilité d'agir en justice au nom de victimes de discriminations devant les juridictions sociales en l'absence même d'un mandat écrit du salarié en question. Le syndicat n'aura donc pas besoin de justifier son action d'un mandat explicite pourvu que le salarié ait été averti par écrit et ne se soit pas opposé dans un délai de 15 jours après notification à cette action en justice. Le salarié pourra toujours intervenir à l'audience engagée s'il le souhaite<sup>1</sup>.

Cette disposition législative était particulièrement soutenue par le gouvernement Jospin qui souhaitait alors favoriser l'émergence de plaintes en préservant l'anonymat du salarié. Elle était décriée par les sénateurs de l'opposition qui réclamaient un accord écrit du salarié et la possibilité pour celui-ci de mettre un terme à l'action à tout moment<sup>2</sup>. Cette disposition qui constitua un « motif de divergence du Sénat avec le texte adopté par l'Assemblée nationale »<sup>3</sup> vient souligner le caractère non personnel de l'atteinte portée au principe d'égalité de traitement. Dans le même sens, la loi de modernisation sociale permet à son article 169-1° al. 6 que les syndicats portent les litiges concernant le harcèlement en lieu et place de la victime mais avec l'accord de l'intéressé<sup>4</sup>. Devant le juge pénal, les règles concernant l'implication des associations antiracistes s'appliquent aux syndicats.

Au-delà de l'action judiciaire, les syndicats, du fait de leur implication directe dans l'entreprise, assurent une vigilance particulière dans la lutte contre les discriminations à

---

*l'accord écrit de l'intéressé après avoir porté à sa connaissance les informations suivantes : 1° La nature et l'objet de l'action envisagée ; 2° Le fait que l'action sera conduite par l'association qui pourra exercer elle-même les voies de recours ; 3° Le fait que l'intéressé pourra, à tout moment, intervenir dans l'instance engagée par l'association ou y mettre fin ».*

<sup>1</sup> Art. L 1134-2 CT.

<sup>2</sup> A.N., session ordinaire de 2000-2001, 3<sup>ème</sup> séance du 3 avril 2001, Discussion de la proposition de loi n° 256 relative à la lutte contre les discriminations, 2<sup>ème</sup> lecture, *J.O. A.N. (C.R.)*, n° 18 (3), 4 avril 2001, p. 1716.

<sup>3</sup> MINE M., « Les apports de la nouvelle loi à la lumière du droit communautaire », *Semaine sociale Lamy*, 17 décembre 2001, supp. n° 1055, p. 18.

<sup>4</sup> Cette disposition a été intégrée au code du travail à l'art. L. 122-52.

travers les délégués du personnel. À ce titre, la loi du 16 novembre 2001 indique que les délégués du personnel ont le pouvoir de signaler à l'employeur toute discrimination qui se produirait dans l'entreprise, qu'elle soit directe ou indirecte, et relative à tout événement de la vie professionnelle. Il en informe l'employeur qui doit sans délai enquêter sur les faits qui lui sont soumis et remédier à la situation. Mais, en cas de désaccord ou en l'absence d'action de l'employeur, le délégué du personnel pourra utiliser la procédure prud'homale d'urgence « *si le salarié concerné averti par écrit ne s'y oppose pas* »<sup>1</sup>. En outre, dans la continuité de l'arrêt de la Cour de cassation qui avait déclaré illégal le Front National de la Police sur le fondement qu'un syndicat ne peut agir légitimement « *en contradiction avec les dispositions de l'article 122-45 du Code du travail et les principes de non-discrimination contenus dans la Constitution, les textes constitutionnels et les engagements internationaux auxquels la France est partie* »<sup>2</sup>, la loi du 16 novembre 2001 a garanti l'impartialité des juges prud'homaux en affirmant que les listes présentées aux élections prud'homales par un parti ou une organisation qui prônent des discriminations ne sont pas recevables.

L'ensemble de ces dispositions montrent toute l'importance du rôle que les organisations syndicales peuvent jouer dans la lutte contre les discriminations au sein des entreprises. Néanmoins, le très faible taux de syndicalisation et l'absence de délégués du personnel au sein des petites entreprises minimisent la portée de la nouvelle réglementation. De plus, certains auteurs « regrettent que les organisations ne jouissent pas, au sens des directives, d'un droit indépendant d'engager une procédure en l'absence de victime individuelle identifiée (droit d'action collective) : ce droit serait particulièrement utile pour s'attaquer à la discrimination institutionnalisée (...) moins facile à contester pour une personne agissant seule »<sup>3</sup>. En dehors des groupements militants qui détiennent aujourd'hui une véritable compétence dans le domaine de la recherche de preuves de discrimination, la victime peut faire appel, pour une discrimination touchant à l'emploi, à l'inspecteur du travail compétent.

---

<sup>1</sup> Cette extension de la procédure d'alerte est prévue à l'art. L. 2313-2 CT (ex art. 422-1-1 CT). Cette procédure vaut aussi pour le harcèlement moral. On peut regretter cependant que le salarié travaillant dans une entreprise où aucun délégué du personnel n'a été élu n'ait pas accès à cette procédure spéciale (il reste la possibilité de saisir le juge des référés). Voir ADAM P., « Harcèlement moral : une affaire remarquable (ou l'occasion de mettre en lumière et en discussion l'art. L. 422-11 du Code du travail », *Droit ouvrier*, n° 696, juillet 2006, pp. 323-330.

<sup>2</sup> Cass. mixte, 10 avril 1998, *Front national de la police*, n° 97-17870, *op. cit.* V. A. Jeammaud, « L'échec des «syndicats Front national » devant la Cour de cassation », *D.* 1998, p. 389.

<sup>3</sup> Commission européenne, Direction Emploi et affaires sociales, *L'égalité des droits dans la pratique. Témoignages clés 2004*, Luxembourg, OPOCE, 2004, p. 10.

## §2) L'extension des pouvoirs d'enquête de l'inspection du travail

Au titre de sa compétence générale de veiller à l'application de la législation du travail, l'inspection du travail est chargée de s'assurer du respect par les entreprises de l'ensemble des dispositions du code du travail dont celles relatives aux discriminations directes et indirectes selon les modalités prévues à l'art. L. 8112-1 de ce même code (ex art. L. 611-1). Pour ce faire, les inspecteurs et contrôleurs du travail peuvent mettre en œuvre l'ensemble de leurs pouvoirs habituels d'enquête : déplacement dans l'entreprise, audition de témoin en dehors de la présence de l'employeur, présentation des documents rendus obligatoires par le code du travail. Qui plus est, certaines des discriminations prévues par le code du travail sanctionnées par le code pénal peuvent faire l'objet par l'agent de l'inspection du travail, comme tout agent public qui les constaterait, d'un signalement au procureur sur le fondement de l'art. 40 CPP<sup>1</sup>. Mais ce pouvoir de verbalisation des inspecteurs du travail était souvent rendu inopérant vu l'exigence des juges quant à la preuve de l'intention pénale en matière de discrimination<sup>2</sup>. Surtout, les employeurs pouvaient faire obstacle à leur enquête en refusant de transmettre certaines pièces<sup>3</sup>. Enfin, jusqu'à récemment, les inspecteurs étaient peu sollicités sur le terrain des discriminations et peu mobilisés, à l'image du reste de la société.

La mobilisation de l'inspection du travail va de pair avec la mise sur agenda de la lutte contre les discriminations par les plus hautes autorités politiques de l'État. Ce n'est en effet que le 2 avril 1999 qu'une circulaire ministérielle à destination des services d'inspection du travail place pour la première fois la lutte contre les discriminations « raciales » sur le lieu de travail au rang des priorités<sup>4</sup>. Conformément aux recommandations du GELD qui demandait en 2000 le renforcement des prérogatives des inspecteurs afin de leur permettre d'être plus efficaces<sup>5</sup>, la législation fut complétée. L'actuel art. L. 8113-5-1° CT précise ainsi que pour constater des « *faits susceptibles de vérifier le respect de l'application (...) des dispositions des articles L. 1132-1 à L. 1132-4 du code du travail et de celles de l'article 225-2 du code pénal, relatives aux discriminations* », les inspecteurs peuvent se faire communiquer tout

<sup>1</sup> GASSIN R., « L'obligation de dénonciation des crimes et délits par les autorités constituées, les officiers publics et les fonctionnaires », *Cahier. jur. de l'électricité et du gaz*, janvier 1998, p. 1.

<sup>2</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, op. cit., p. 57.

<sup>3</sup> Cass.crim, 17 mars 1992, n° 90-86492, *Bull.* 1992 n° 116, p. 308 : l'employeur peut légalement refuser de présenter les fiches d'appréciation des salariés ayant saisi l'inspecteur d'une plainte pour discrimination

<sup>4</sup> DAUGAREILH I., « La lutte contre les discriminations raciales : nouveau combat... nouvelles perspectives ? », *RD sanitaire et soc.*, n° 35/4, octobre-décembre 1999, p. 703.

<sup>5</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, op. cit., p. 57.

document ou information utile<sup>1</sup> : dossiers de candidature (CV, comptes-rendus d'entretien, résultats des tests d'embauche, rapport d'un cabinet de recrutement), dossiers individuels des salariés, fiches de notation et d'appréciation, éventuels fichiers informatiques portant informations sur les salariés ou demandes de formation. Le refus opposé à l'accès à ces documents est constitutif d'un délit d'obstacle à fonction visé à l'art. L. 8114-1 CT (ex art. L. 631-1). Les pouvoirs de l'inspection du travail sont donc étendus au contrôle de l'ensemble des mesures éventuellement discriminatoires. Ils peuvent aussi constater par procès verbal les infractions de refus d'embauche, de sanction, de refus de stage ou de licenciement discriminatoire alors que cette prérogative était jusque-là limitée à la seule règle de l'égalité professionnelle<sup>2</sup>.

Pour autant, étant donné le manque d'effectifs au regard du nombre d'entreprises que les inspecteurs du travail doivent contrôler, la priorité affichée et l'extension de leurs prérogatives pourraient être sans réelle conséquence<sup>3</sup>. Néanmoins, si le nombre de procès verbaux dénonçant des discriminations notamment « raciales » reste très faible, certains inspecteurs du travail, quand ils sont sollicités<sup>4</sup>, interviennent efficacement. Dans ces affaires, les observations de l'inspecteur du travail permettent d'étayer les allégations du salarié au civil comme au pénal faisant de celui-ci un acteur central de la lutte contre les discriminations<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. L.611-9 du code du travail tel que modifié par l'art. 1 al. VII de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001. Dispositions issues de l'amendement n° 9 présenté par le rapporteur P. Vuilque à la proposition de loi relative à la lutte contre les discriminations, A.N., session ordinaire de 2000-2001, 3<sup>ème</sup> séance du 3 avril 2001, Discussion de la proposition de loi n° 256 relative à la lutte contre les discriminations, 2<sup>ème</sup> lecture, *J.O., Débats parlementaires*, A.N. (C.R.), n°18 (3), 4 avril 2001, p. 1728.

<sup>2</sup> J-M Bélorgey proposait « *d'explorer selon quelles modalités les inspecteurs du travail pourraient également, dans certains cas, avant de dresser un procès-verbal, ou au lieu de le faire, procéder à des mises en demeure, comme cela existe en France en matière de sécurité du travail, et comme a le pouvoir de le faire, en Grande-Bretagne, la CRE* ». In *Lutter contre les discriminations*, op. cit., p. 53.

<sup>3</sup> Ainsi le député communiste Maxime Gremetz déclarait lors de la discussion en 1<sup>ère</sup> lecture devant l'Assemblée nationale : « *Nous ne pouvons nous empêcher de croire que la lutte prioritaire contre les discriminations au travail passe nécessairement par un accroissement des pouvoirs et des moyens dévolus à l'inspection du travail. (...) Or force est de le constater, nous n'avons pas suffisamment d'inspecteurs du travail* ». In A.N., session ordinaire de 2000-2001, 1<sup>ère</sup> séance du 12 octobre 2000, Discussion de la proposition de loi n°256 relative à la lutte contre les discriminations, 1<sup>ère</sup> lecture, *J.O., Débats parlementaires*, n° 68(1), A.N. (C.R.), 13 octobre 2000, p. 6772. Voir aussi l'avis du Conseil économique et social sur l'inspection du travail in *Liaisons sociales*, 1996, n°24, p. 1.

<sup>4</sup> Pour exemple, en juillet 2002, la mère d'un jeune refusé à un stage en raison de sa couleur de peau contacte le 114. La CODAC du Rhône transmet le signalement à l'inspection du travail concernée. Celle-ci, avec l'accord de la mère, rencontre le responsable de l'établissement qui assume les faits. Le PV est adressé au parquet le 10 septembre 2002. SOS Racisme, la CFDT et la CGT se sont constitués parties civiles. Le 6 juin 2003, le tribunal correctionnel de Lyon condamne l'employeur (TGI Lyon, 6 juin 2003, *SOS Racisme c/ Joseph X*).

<sup>5</sup> L'étude de M-T Lanquetin et M. Grévy montre que parmi les 46 décisions pénales sélectionnées concernant l'ensemble des motifs discriminatoires, 24 d'entre elles font référence à l'inspection du travail même si les PV d'infraction ne sont dressés qu'à la suite d'une intervention sur deux. In *Premier bilan de la mise en œuvre de la*

### §3) La protection des victimes et des témoins contre les représailles

Si les victimes de discrimination disposent d'un délai de trois ans pour porter plainte devant les juridictions pénales, le délai de la prescription civile de trente ans a récemment fait l'objet d'une remise en cause. Suite à une proposition de loi relative à la prescription en matière civile, le délai de droit commun ramené à cinq ans doit s'appliquer aux discriminations. Pourtant, comme le rappelait la Cour de cassation en 2005, une courte prescription est peu adaptée à ce type de contentieux dans la mesure où la discrimination « est difficile à prouver et que c'est au fil du temps que le salarié se rend compte par comparaison avec les traitements reçus par ses collègues qu'il est victime d'une discrimination »<sup>1</sup>. Grâce à la mobilisation des associations et syndicats, la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 a finalement conservé les acquis de la jurisprudence<sup>2</sup>. Ainsi, la prescription quinquennale en réparation d'une discrimination ne s'applique qu'à compter « *de la révélation de la discrimination* » (art. L. 1134-5 al. 1 CT et art. 7bis de la loi du 13 juillet 1983 relative aux fonctionnaires), c'est-à-dire « *à la suite de la communication par l'employeur d'éléments de comparaison nécessaires* »<sup>3</sup> : le délai de prescription de l'action ne peut courir tant que le salarié ne dispose pas d'éléments probants<sup>4</sup>.

Pour autant, la difficulté d'apporter la preuve de la discrimination reste entière. Elle se trouve renforcée par la réticence des individus à apporter des témoignages qui abonderaient dans le sens de la victime. Ainsi, l'association Villermé relevait en 2000 que les inspecteurs du travail reçoivent de nombreux témoignages de discriminations mais que ceux-ci « sont presque toujours assortis d'une exigence de confidentialité »<sup>5</sup> et ne peuvent donc être produits à l'appui d'une plainte. Certes, le refus de comparaître est théoriquement sanctionné par l'art. 434-13 CP mais aucun cadre juridique ne rend cette obligation effective. La victime,

---

*loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, op. cit.*, p. 25. Voilà pourquoi la circulaire interministérielle relative aux relations entre l'inspection du travail et la HALDE du 5 janvier 2007 rappelle les missions et prérogatives de l'inspection du travail en matière de lutte contre les discriminations (Titre II de la Circulaire interministérielle relative aux relations entre l'inspection du travail et la HALDE du 5 janvier 2007, n° DPM/ACI/2007/12).

<sup>1</sup> Cour de cassation, *Rapport annuel 2008*, La Documentation française, 2009, v. troisième partie : Etude : Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation, « Les discriminations dans le travail », point 1.1.1.5.2.2.

<sup>2</sup> Art. 16 de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (*J.O.* du 18 juin 2008 p. 9856).

<sup>3</sup> Cass. soc., 22 mars 2007, *Alcatel c/ Mme Crochemore*, n° 05-45163.

<sup>4</sup> Cour de cassation, *Rapport annuel 2008*, La Documentation française, 2009, v. troisième partie : Etude : Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation, « Les discriminations dans le travail », point 1.1.15.2.2

<sup>5</sup> Note de l'Association Villermé relative au rôle des Inspecteurs du travail dans la lutte contre les discriminations, in GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, Annexe 1, p. 62.

elle-même, se trouvait souvent dissuadée d'exercer une action contentieuse par crainte que le procès n'entraîne à son égard des représailles de la part de l'employeur ou du bailleur mis en cause<sup>1</sup>. Cette loi du silence constituait ainsi l'obstacle principal à la répression effective des infractions de discrimination, c'est pourquoi les directives interdisant les discriminations ont généralisé la protection spécifique des plaignants et de leurs éventuels témoins contre les mesures de rétorsion.

Dès 1976, la directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi protégeait « *les travailleurs contre tout licenciement qui constituerait une réaction de l'employeur à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement* »<sup>2</sup>. L'art. 9 de la directive 2000/43 prévoit que les Etats membres doivent introduire des mesures pour protéger les personnes « *contre tout traitement ou toute conséquence défavorable en réaction à une plainte ou une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement* »<sup>3</sup>. Pour autant, l'ensemble des victimes de discrimination ne bénéficient pas de la même protection. Encore une fois, la directive « Race » est plus protectrice eu égard à son champ d'application plus vaste que la directive 2000/78 qui concernant d'autres motifs de discrimination ne prévoit de protection que dans le cadre de sanctions prises par l'employeur<sup>4</sup>.

Le droit français n'a pas attendu l'intervention du législateur communautaire pour apporter une protection judiciaire aux personnes entamant des recours ou apportant leur témoignage dans le droit fil de l'article 5-c de la Convention OIT n° 158, publiée par décret du 9 février 1990, qui précise que le fait de porter plainte contre un employeur ou d'avoir participé à certaines procédures ne constitue pas un motif valable de licenciement<sup>5</sup>. L'art. L. 123-5 al. 1 du code du Travail issu de la loi Roudy de 1983 transposait cet article pour permettre une protection efficace du droit d'agir en justice des victimes de discriminations

---

<sup>1</sup> Ainsi, suite à une affaire de provocation non publique à la discrimination « raciale » dénoncée par le compagnon d'une salariée d'un magasin, le CDD de cette dernière n'avait pas été renouvelé (« Un chef d'entreprise du Doubs poursuivi pour discrimination raciale », *Le Monde*, 27 janvier 2001)

<sup>2</sup> Art. 7 de la directive 76/207.

<sup>3</sup> Formulation identique dans la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services (art. 10).

<sup>4</sup> Art. 11 de la directive 2000/78 dont la formulation est reprise par l'art. 24 de la directive 2006/ relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte)

<sup>5</sup> Décret n° 90-140 du 9 février 1990 portant publication de la convention internationale du travail no 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée à Genève le 22 juin 1982, *J.O.* du 15 février 1990.

fondées sur le sexe. Mais c'est dans un arrêt du 28 novembre 2000 que la chambre sociale de la Cour de cassation fit application pour la première fois de ces dispositions : le licenciement intervenu suite à une action en justice engagée par une salariée sur le fondement des dispositions relatives à l'égalité professionnelle a été déclaré sans cause réelle et sérieuse. Elle ajoute qu'il n'est pas nécessaire de caractériser plus précisément le lien de causalité entre l'action engagée et le licenciement et que le licenciement faisant suite à la dénonciation de discrimination doit être sanctionné indépendamment de savoir si la discrimination alléguée est ou non établie<sup>1</sup>. Mais la nullité des représailles ne valait dans la jurisprudence française que pour les licenciements et non pour l'ensemble des sanctions susceptibles d'être prises<sup>2</sup>. Logiquement, le GELD souhaitait qu'une présomption de licenciement ou de sanction dépourvue de toute cause légitime soit posée lorsque ces mesures font suite au dépôt d'une plainte ou d'un témoignage<sup>3</sup>.

La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations est ainsi venue modifier l'art. L. 122-45 al.2 et al.3 CT (devenus art. L. 1134-4 et L. 1132-3) qui protège ainsi tout salarié - victime ou tiers - qui aurait témoigné de comportement discriminatoire de l'entreprise contre tout licenciement, sanction ou mesure discriminatoire<sup>4</sup>. C'est sur ce fondement que la Cour d'appel de Paris a prononcé la nullité du licenciement intervenu après que le salarié ait entamé un recours pour discrimination « raciale »<sup>5</sup>. De même, les salariés victimes ou témoins de harcèlement moral ou de harcèlement sexuel sont protégés au titre de l'art. L. 1152-2 CT et de l'art. L. 1153-2 CT contre toute représailles en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat. L'auteur du harcèlement et des représailles sera alors passible de sanction disciplinaire dans son entreprise selon l'art L. 1152-5 CT. Ces dispositions, plus précises qu'en matière de discrimination, ont été intégrées au code du travail par l'art. 169-1° de la loi de modernisation sociale de janvier 2002. On peut penser que cette liste non exhaustive

---

<sup>1</sup> Cass. Soc., 28 novembre 2000, *Harba c/ Fédération nationale de la mutualité française*, n° 97-43715 et 99-41661. *Dr. social*, 2001, p. 315 (note de G. Couturier), *Droit ouvrier* mars 2001, p. 116 (note de M. Miné).

<sup>2</sup> Cass. soc., 23 novembre 1994, n° 94-41434, *Bull.* n°308, p. 211 : « attendu que toute personne est tenue d'apporter son concours à la justice ; que dès lors le témoignage en justice d'un salarié ne peut, sauf abus, constituer ni une faute ni une cause de licenciement » (attestation en justice d'un témoin licencié par la suite) ; Cass. soc., 14 mars 2000, n° 97-43268, *Dr. Soc.*, 2000, p. 555 (licenciement suite à alerte de l'inspecteur du travail).

<sup>3</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations: la question de la preuve*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>4</sup> Cette protection a aussi été inscrite à l'article L. 315-14-1 du code des services sociaux.

<sup>5</sup> C.A. Paris, 18<sup>ème</sup> ch. C, 5 juillet 2007, *Badjeck c/ SA Aéroports de Paris*, n° S07/00805.

pouvait s'appliquer aux plaignants et témoins en matière de discrimination au sens de l'art. L. 1132-1 CT<sup>1</sup>. La législation du 16 novembre 2001 est aussi venue protéger les agents publics contre les représailles en modifiant l'art. 6 de la loi n°83-634 portant droits et obligations des fonctionnaires relatif à l'interdiction des discriminations<sup>2</sup>.

Néanmoins, les experts européens considéraient que la législation française concernant la protection contre les rétorsions comportait deux lacunes : la protection n'est prévue que pour le seul domaine de l'emploi et les personnes ne sont pas protégées contre « *tout traitement ou conséquence défavorable* » comme l'exigent les directives<sup>3</sup>. De plus, il ne s'agit pas d'une protection en cas d'action en justice mais de façon plus large d'une plainte de toute nature. L'art. 3 al. 2 de la loi de 2008 répond à ces critiques et s'étend à toute mesure de rétorsion à l'encontre des témoins et des victimes quel que soit le domaine dans lequel la discrimination s'exprime. On peut néanmoins regretter que cette nouvelle disposition n'ait pas été codifiée dans le code du travail et n'organise pas de sanction spécifique : il appartiendra aux tribunaux de décider quelle réparation apporter aux témoins et aux victimes de mesures de rétorsion, seul le licenciement étant frappé de nullité<sup>4</sup>. En droit du travail, il appartiendra aux victimes de telles mesures, lorsque les champs d'application du dispositif existant et du nouveau dispositif se croiseront, de choisir sur quel fondement organiser leur action<sup>5</sup>. Ces dispositions, qui protègent le droit au recours des victimes de discriminations, apparaissent indispensables quand on considère que la proportion de salariés qui saisissent les

---

<sup>1</sup> Cette protection ne s'applique néanmoins pas en cas de violation du principe « à travail égal, salaire égal ».

<sup>2</sup> Art. 11-III de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations. La loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique (*J.O.* du 27 juillet 2005) a étendu, à son art. 6, cette protection pour les discriminations fondées sur le sexe (art. 6 bis de la loi portant droits et obligations des fonctionnaires).

<sup>3</sup> Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe. Une comparaison entre les 25 Etats membres de l'Union, op. cit.*, p. 91.

<sup>4</sup> Amendement n° 12 de MM. Aschieri et Gremetz, A.N., session ordinaire de 2000-2001, 1<sup>ère</sup> séance du 12 octobre 2000, Discussion de la proposition de loi n°256 relative à la lutte contre les discriminations, 1<sup>ère</sup> lecture, *J.O., Débats parlementaires*, A.N. (C.R.), 13 octobre 2000, p. 6792-6793. Cet amendement a donné lieu au nouvel article L.122-45-2. (Al. 1 : « *Est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur la base des dispositions du présent code relatives aux discriminations, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice. En ce cas, la réintégration est de droit et le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi* ». Al. 2 : « *Si le salarié refuse de poursuivre l'exécution du contrat de travail, le conseil de prud'hommes lui alloue une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. De plus, le salarié bénéficie également d'une indemnité correspondant à l'indemnité de licenciement prévue par l'article L. 122-9 ou par la convention ou l'accord collectif applicable ou le contrat de travail. Le deuxième alinéa de l'article L. 122-14-4 est également applicable* ».

<sup>5</sup> PERU-PIROTTE L., « La lutte contre les discriminations : loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 », *op. cit.*, p. 1314.



prud'hommes alors qu'ils sont encore au sein de l'entreprise n'est pas négligeable (près d'1/3 des contentieux relevés sur Lyon et Paris)<sup>1</sup>.

Pour autant, il ne suffit pas de fournir du temps et des alliés à la victime de discrimination pour rendre effectif la justiciabilité du droit à la non-discrimination. Bien souvent, les plaintes n'aboutissaient pas devant le juge : la lourdeur du fardeau qui pesait sur les demandeurs tant devant le juge pénal que devant le juge civil faisait obstacle à toute sanction. Le droit communautaire a ainsi prévu en matière civile un aménagement de la preuve au bénéfice de la victime de discrimination afin de rétablir l'égalité dans le régime probatoire étant donné le déséquilibre dans l'accès à l'information qui frappe le demandeur notamment face à son employeur.

## **Section 2- L'aménagement du processus probatoire**

L'aménagement de la preuve est institué au vu de la difficulté pour les victimes de discrimination d'accéder aux preuves. Participant à l'effectivité du droit à la non-discrimination « raciale », il doit permettre de faciliter la juridictionnalisation des discriminations. L'aménagement de la preuve découle de la définition même de la discrimination indirecte (B). Il a aussi été institué pour la discrimination directe (A).

### **§1) La preuve de la discrimination indirecte**

L'aménagement de la preuve est inhérent à la définition même de la discrimination indirecte telle qu'elle a été construite par le juge communautaire. Elle vise les mesures neutres en apparence aux impacts particulièrement négatifs pour les membres de groupes protégés et qui ne sont pas objectivement justifiées. Mais la nature de la preuve exigée pour une discrimination indirecte reste incertaine, le droit communautaire balançant entre deux définitions quantitative et qualitative qui peuvent rapprocher singulièrement la discrimination indirecte, notion juridique, de celle de la discrimination systémique (A). Enfin, le droit communautaire prévoit que la mesure suspecte ne constitue une discrimination indirecte que si elle n'est pas objectivement justifiée laissant au juge le soin d'arbitrer notamment entre les impératifs économiques opposés et les droits de la personne (B).

---

<sup>1</sup> LANQUETIN M-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 47.

## A) La preuve d'une discrimination apparente

La CJUE a élaboré le concept innovant de discrimination indirecte à travers un processus probatoire construit au fil des arrêts et repris dans la directive 97/80. Celle-ci était alors très centrée sur les comparaisons statistiques qui permettaient de démontrer que la mesure en cause affectait une proportion plus élevée d'individus relevant d'un groupe protégé. Le critère de la discrimination indirecte était donc quantitatif, statistique. Quant aux directives ultérieures de 2000, 2002 et 2006, elles ont intégré une vision plus qualitative de la discrimination indirecte en parlant d'une « mesure susceptible de produire un désavantage ».

### 1. *Approches quantitative et qualitative*

Deux méthodes coexistent pour établir une présomption de discrimination indirecte. Une première méthode, dite qualitative, se fonde sur une analyse juridique du critère neutre en lui-même. La seconde, dite quantitative, se fonde quant à elle sur une comparaison matérielle et des constatations empiriques.

Pour identifier des mesures neutres en apparence mais susceptibles d'être interdites, la CJUE a d'abord utilisé le critère de l'impact disproportionné d'une mesure qui se traduit par une différence mesurée statistiquement. Cette approche quantitative repose sur la « comparaison statistique entre la composition de deux groupes, un groupe de « référence » (groupe de départ) et un groupe d'« arrivée », comprenant l'ensemble des personnes ayant passé l'épreuve dont on cherche à mesurer l'impact »<sup>1</sup>. Le juge communautaire indique ainsi dans sa décision *Enderby* que la comparaison statistique permet d'établir une discrimination « *apparente* »<sup>2</sup>. Cette approche de la discrimination indirecte est retenue par la directive 97/80 relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de l'égalité

---

<sup>1</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>2</sup> CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby c/ Frenchay Health Authority*, aff. C 127/92, *Rec.*, p. I-5535, points 14, 16 et 22. Cet arrêt concerne la rémunération inférieure des orthophonistes comparée à celle des pharmaciens, les premiers étant presque exclusivement des femmes, les seconds principalement des hommes. Il ne s'agissait ici ni de discrimination directe ni d'une discrimination indirecte évidente puisque aucune disposition particulière n'était visée (disposition directement discriminatoire ou neutre aux effets discriminatoires) mais d'une discrimination qu'on pourrait qualifier de systémique (ne serait-ce que pour expliquer la prévalence des femmes chez les orthophonistes et leur faible présence parmi les pharmaciens). Il s'agit donc de s'intéresser aux résultats, à savoir le différentiel de rémunération, qui constitue selon la CJUE une discrimination « apparente ». Il ne s'agissait pas de reprocher à l'employeur un système de rémunération caractérisé par le manque de transparence car les rémunérations résultaient pour chacun des groupes professionnels de négociations collectives distinctes qui ne faisaient pas apparaître pour chaque emploi de mesure discriminatoire. Mais les négociations collectives relevaient des mêmes parties : un même employeur pour les deux professions visées et un même syndicat.

de traitement entre hommes et femmes. Il revient alors au juge d'apprécier si les données statistiques qui lui sont présentées sont valables, c'est-à-dire « *si elles portent sur un nombre suffisant d'individus, si elles ne sont pas l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels et, si d'une manière générale, elles apparaissent significatives* »<sup>1</sup>. Ce critère statistique est emprunté au modèle britannique<sup>2</sup> lui-même inspiré par la jurisprudence *Griggs* rendue par la Cour suprême des États-Unis en 1971.

La méthodologie statistique implique la définition d'un seuil à partir duquel l'impact de telle ou telle mesure « neutre » sur une catégorie protégée doit être considéré comme disproportionné. Dans ses recommandations en matière d'embauche, les agences américaines EEOC (*Equal Employment Opportunity Commission*) et OFCCP (*Office of Federal Contract Compliance Programs*) retiennent en 1978 le critère dit des quatre cinquièmes : « *l'obtention par n'importe quel groupe défini en fonction d'un critère racial, ethnique ou sexuel d'un taux de succès inférieur à 80% de celui du groupe ayant obtenu le taux de succès le plus élevé sera considérée comme une preuve que le test en question a sur ce groupe un impact négatif* » et est donc présumé illégal<sup>3</sup>. L'application de cet écart de 20% vaut aussi pour la représentation globale dans l'entreprise c'est-à-dire le stock d'employés distribués par groupes « raciaux »<sup>4</sup>. Cela suppose donc en matière de discrimination « raciale » indirecte une évaluation de la situation effective des différents groupes « ethno-raciaux » au regard de la pratique contestée<sup>5</sup>. D'autres indicateurs statistiques sont utilisés Outre-Atlantique à l'instar de l'*Impact Ratio Analysis* (IRA) qui compare les taux de réussite aux sélections entre groupes protégés et groupe de référence et des analyses de rémunération qui comparent les niveaux de salaire en fonction des positions professionnelles et des secteurs de travail. Les disparités statistiques

---

<sup>1</sup> CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby*, aff. C-127/92, point 17.

<sup>2</sup> Le Race Relations Act de 1976 indique « *A person discriminates another if he applies to that other a requirement or condition which he applies or would apply equally to persons not of the same racial group as that other but which is such that the proportion of persons of the same racial group as that other who can comply with it is considerably smaller than the proportion of persons not of that racial group who can comply with it; and which he cannot show to be justifiable irrespective of the colour, race, nationality or ethnic or national origins of person to whom it is applied: and which is to the detriment of that other because he cannot comply with it* ».

<sup>3</sup> *Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures*, 28 CFR § 50. 14 (1978), 1<sup>ère</sup> partie, §4. Cité par D. SABBAGH, in « La genèse administrative des politiques d'*affirmative action* et ses effets secondaires », VIIe congrès de l'Association française de science politique, Lille, 18,19, 20 et 21 septembre 2002, Table ronde n° 3 « Pour une science politique de l'administration » sous la direction de F. Dreyfus et J-M Eymeri, p. 1

<sup>4</sup> SIMON P., *Etude comparative de la collecte de données...*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>5</sup> Le *monitoring* ethnique et le *benchmarking* rendus possibles par le recensement américain permettent d'évaluer sur plusieurs années la représentation du personnel dans le cadre des rapports remis par les entreprises : une sous-représentation stable permettra de suspecter les épreuves de sélection comme porteuses de discrimination. V. *infra* pp. 517-518.

établies ne seront pas considérées comme des preuves de discrimination mais comme des indices déclenchant une enquête plus approfondie. Cependant, la correspondance entre la notion de discrimination indirecte et sa traduction statistique est tellement étroite que « la notion statistique sert parfois de définition juridique, comme aux États-Unis, avec les termes de *disparate impact* et *adverse impact* »<sup>1</sup>. Ainsi, l'impact négatif disproportionné sur les membres de la communauté noire d'un test d'aptitude verbal utilisé par les autorités du District de Columbia afin de procéder à la sélection des postulants à un programme de formation professionnelle préparant au métier d'officier de police n'a pas permis de conclure à une discrimination indirecte : les Noirs n'étaient pas sous-représentés parmi les nouvelles recrues - conséquence de la mise en œuvre simultanée d'un programme d'*affirmative action*, et la Cour suprême a confirmé la validité du test<sup>2</sup>.

En droit communautaire, aucun seuil n'a été fixé aussi précisément qu'aux États-Unis pour évaluer l'impact disproportionné d'une pratique apparemment neutre. Les formulations utilisées par le juge montrent que le pourcentage de membres du groupe protégé désavantagés par la mesure doit être nettement « *plus élevé* » que pour le groupe référent<sup>3</sup>. Pour savoir si la pratique doit être considérée comme suspecte, la Cour de justice souligne en 1999 qu'il faudra déterminer « *si les données statistiques indiquent qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition (...)* » et précise qu'« *il pourra en être de même si les données statistiques révélaient un écart moins important mais relativement constant et persistant au cours d'une longue période* »<sup>4</sup>. Finalement, la Cour renvoie au juge national l'appréciation de la fiabilité et du caractère significatif des données statistiques fournies<sup>5</sup>. Autre exigence de la méthodologie statistique, le cadre de la comparaison doit être suffisamment large et se faire entre groupes comparables composés majoritairement mais pas exclusivement de travailleurs de l'un ou l'autre groupe. Cette comparaison implique de réunir nombre de données concernant les

---

<sup>1</sup> SIMON P., *Etude comparative de la collecte de données...*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>2</sup> C.S., *Washington v. Davis*, 426 US 229 [1976].

<sup>3</sup> « ... qu'un pourcentage nettement plus élevé de femmes soit concerné... » (CJCE, 31 mars 1981, *J. P. Jenkins c/ Kingsgate Ltd*, aff. 96/80, *Rec.*, p. 911, point 13) ; « ... mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'homme... » (CJCE, 13 mai 1986, *Bilka Kaufhaus GmbH c/ Weber von Hartz*, aff. 170/84, *Rec.*, p. 1607, point 31) ; « ... un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes » (CJCE, 13 juillet 1989, *Rinner-Kühn*, aff. 171/88, *Rec.* p. 2743) ; « ... un pourcentage considérablement plus faible d'hommes que de femmes... » (7 février 1991, *Nimz*, aff. C-184/89, *Rec.* p. I-297 ; 27 juin 1990, *Kowalska*, aff. C-33-89, *Rec.* p. I-2591) ; « ...un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes... » (24 février 1994, *Roks e.a.*, C-343/92, *Rec.*, p. I-571 ; 12 octobre 2004, *Wippel*, C-313/02, *Rec.* p. I-9483, § 43 ; 10 mars 2005, *Vasiliki Nikolouidi*, C-196/02, *Rec.*, p. I-1789, §69).

<sup>4</sup> CJCE, 9 février 1999, *R. c/ Secretary of State for Employment, ex parte N. Seymour-Smith et L. Perez*, aff. C 167/97, *Rec.*, p. I-623, points 60 et 61.

<sup>5</sup> CJCE, 9 février 1999, *Seymour-Smith*, C-167/97, *Rec.* p. I-623 ; 27 octobre 1993, *Enderby*, C-127/92.

salariés et de respecter une méthodologie rigoureuse, ce qui explique que « dans les affaires portées devant la CJCE, le salarié était soutenu soit par une organisation syndicale, soit par une agence spécialisée »<sup>1</sup>. Cet examen suppose une définition précise des frontières du « groupe de référence », c'est-à-dire de la population témoin. Or, la fragmentation du statut du salarié rend plus délicates les comparaisons entre catégories du personnel et l'externalisation des tâches aux filiales et aux sous-traitants permet de masquer un employeur unique<sup>2</sup>. De ce fait, faute de disposer de groupes comparables et suffisants dans certains cas, l'approche quantitative statistique n'apparaît pas toujours pertinente.

L'évolution vers le qualitatif apparaît avec l'arrêt *O'Flynn* dans lequel la Cour du Luxembourg qualifie une disposition de discrimination indirecte indépendamment de toute évaluation statistique de son impact en raison de sa nature « *intrinsèquement* » discriminatoire pour les travailleurs migrants : « *il n'est pas nécessaire de constater que la disposition en question touche dans la pratique un pourcentage nettement plus élevé de travailleurs migrants. Il est suffisant qu'elle puisse avoir un tel effet...* »<sup>3</sup>. L'accent est alors mis sur le potentiel discriminatoire que présente la mesure suspecte par nature, ce qui dispense de devoir établir la preuve de l'impact disproportionné<sup>4</sup>. De même, dans l'arrêt *Schnorbus* de 2000, la Cour affirme qu'« *il suffit, en effet, de constater que, en accordant une priorité aux candidats qui ont effectué un service militaire ou civil obligatoire, les dispositions litigieuses révèlent par elles-mêmes une discrimination indirecte dès lors que en vertu du droit applicable les femmes ne sont pas soumises à l'obligation de service militaire...* »<sup>5</sup>. Pour autant, cette évolution jurisprudentielle n'exclut pas l'utilisation de statistique pour des mesures qui ne paraissent pas intrinsèquement suspectes.

---

<sup>1</sup> LANQUETIN M-T, « La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique », *op. cit.*, p. 3.

<sup>2</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, *op. cit.*, p. 134-135.

<sup>3</sup> CJCE, 23 mai 1996, *O'Flynn c/ Adjudication Officer*, aff. C 237/94, *Rec.*, p. I-2617, points 20 et 21. En l'espèce, il s'agissait d'une réglementation nationale subordonnant l'octroi d'une indemnité relative aux frais funéraires incombant aux salariés à la condition que l'inhumation ait lieu sur le territoire de l'Etat. Elle a été logiquement considérée comme une discrimination indirecte intrinsèque à l'égard des travailleurs migrants.

<sup>4</sup> Voir aussi CJCE, 15 janvier 1986, *Pinna*, 41/84, *Rec.*, p. 1, points 23 et 24 (« *La règle d'égalité de traitement prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes les formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat* ») ; CJCE, 7 juin 1988, *Roviello*, 20/85, *Rec.*, p. 2805, point 15 ; CJCE, 30 mai 1989, *Allué et Coonan*, 33/88, *Rec.*, p. 1591, point 12 ; CJCE, 21 novembre 1991, *Le Manoir*, C-27/91, *Rec.*, p. I-5531, point 11 ; CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann*, C-204/90, *Rec.*, p. I-249, point 9 ; CJCE, 12 septembre 1996, *Commission c. Belgique*, C-278/94, *Rec.*, p. I-4307, point 27 (« *Sont ainsi notamment prohibées les conditions indistinctement applicables qui peuvent être plus facilement remplies par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants* »).

<sup>5</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *J. Schnorbus c/ Land Hessen*, aff. C 79/99, *Rec.*, p. I-10997, point 38.

Intégrant cette évolution, les directives de 2000 ne reprennent pas la définition strictement statistique de la discrimination indirecte en parlant de mesure « *susceptible d'entraîner un désavantage particulier* ». La nouvelle formulation retenue marque le passage d'une approche quantitative basée sur l'impact disproportionné à une approche qualitative liée aux caractéristiques propres de ces groupes. La référence à la jurisprudence *O'Flynn* dans les travaux préparatoires des directives démontre l'influence qu'elle a exercée sur le législateur communautaire<sup>1</sup>. La méthode d'analyse reste comparative mais il s'agissait ici de trouver une définition unique pour tous les motifs énumérés à l'article 13 du traité d'Amsterdam (actuel art. 19 TFUE). La dimension statistique serait en effet inutile pour présumer d'une discrimination indirecte en raison de l'état de santé ou de l'orientation sexuelle<sup>2</sup>. Cette seconde définition de la discrimination indirecte semble plus large que la première dans la mesure où elle retient l'idée que les effets néfastes de la mesure peuvent n'être que potentiels (mesure « *susceptible* » d'entraîner un désavantage) et surtout parce que cette formulation n'exige plus la mesure d'un désavantage quantifié qui réclamait un lourd investissement du plaignant. Nul besoin d'attendre pour contester les effets négatifs d'une mesure, la discussion peut avoir lieu en amont dès lors que la mesure est susceptible de produire un désavantage particulier pour des personnes relevant d'un critère prohibé. C'est cette définition qui, en droit interne, a été reprise à l'art. 1 al. 2 de la loi du 27 mai 2008 pour les huit motifs couverts par le droit communautaire.

Néanmoins, cette évolution vers une démarche qualitative pourrait venir rétrécir le champ de la discrimination indirecte. Si en effet les mesures sont intrinsèquement suspectes, il s'agit d'une discrimination suffisamment grossière pour éveiller immédiatement le soupçon. Les discriminations indirectes qu'il est possible de mettre à jour selon cette seule seconde méthode sont donc « en nombre moins grand que celles qu'on peut espérer établir en faisant le détour par la notion d'impact disproportionné »<sup>3</sup>. Mais le recours aux statistiques, pour des dispositions qui n'apparaissent pas a priori suspectes, n'est pas abandonné. Ainsi, la Directive 2000/43 prévoit que « *la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques* »<sup>4</sup>. La définition unique retenue par la directive 2002/73 se

---

<sup>1</sup> DE SCHUTTER O., « Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination », *op. cit.*, p. 25.

<sup>2</sup> LANQUETIN M-T, « La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique », *op. cit.*, 2004, p. 4.

<sup>3</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, *op. cit.*, p. 115.

<sup>4</sup> Point 15 de l'exposé des motifs de la directive 2000/43. Cette double formulation est le résultat d'un compromis et laisse aux Etats une importante marge de manœuvre sur l'acceptation de statistiques « ethniques »

veut cumulative, quantitative et qualitative. La CJUE décidera en réalité du critère pertinent pour révéler telle ou telle discrimination<sup>1</sup>.

Dans le domaine de la discrimination « raciale », l'approche qualitative apparaît pertinente à plus d'un titre : nombre de mesures neutres pourraient intrinsèquement recevoir la qualification de discrimination indirecte et une comparaison statistique n'est en la matière pas toujours possible. Si l'exigence de la pratique d'une langue régionale souvent superfétatoire apparaît clairement comme une discrimination « raciale » indirecte (sans doute intentionnelle), d'autres hypothèses moins caricaturales peuvent être envisagées. Ainsi, pourrait être considérés comme susceptibles par nature de produire une discrimination indirecte à raison de la « race » ou de l'origine « ethnique » le recours à des tests de recrutement consistant à placer les candidats dans une situation réelle de travail au cours de laquelle ils interagissent notamment avec les clients ou les collègues de travail, dès lors que pareille épreuve risque de donner effets aux préjugés de ceux-ci<sup>2</sup>. De même, le recours à la recommandation comme principe d'embauche renforce la ségrégation professionnelle tout comme la diffusion d'une offre d'emploi ou de stage auprès du seul personnel d'une entreprise publique aura des incidences discriminatoires pour les personnes d'origine étrangère car ce système de recrutement conduit à la reproduction de phénomènes discriminatoires anciens<sup>3</sup>. De même, une mesure affectant le calcul des prestations de retraite pour les individus quittant le territoire français avant 60 ans sera susceptible de désavantager les résidents étrangers et d'origine étrangère, l'exigence de diplômes français désavantagera les étrangers et les Français naturalisés...

En dehors du secteur de l'emploi, certaines formes de discriminations indirectes ont pu être révélées par des chercheurs dans les domaines de l'école et de la santé mais « il n'est pas certain, loin de là, que le droit et le recours à la justice soient alors le bon remède pour les

---

et la mise en place de 'monitoring' ethnique. In TYSON A., « The Negotiation of the European Directive on Racial Discrimination », *European Journal of Migration and Law*, 2001, n° 3, p. 204.

<sup>1</sup> LANQUETIN M-T, « La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique », *op. cit.*, p. 5.

<sup>2</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, *op. cit.*, p. 118.

<sup>3</sup> La préférence familiale dans le recrutement de salarié ou de stagiaire est largement observée sur le marché de l'emploi français. Très vite, la HALDE adoptait plusieurs délibérations concernant des différences de traitement fondées sur la préférence familiale : Délibérations n° 2005-50 du 17 octobre 2005, n° 2005-51 du 17 octobre 2005, n° 2005-79 du 28 novembre 2005, n° 2006-134 du 22 mai 2006, n° 2006-164 du 3 juillet 2006 ou plus récemment la délibération n° 2009-355 du 26 octobre 2009. Dans cette dernière, la HALDE identifie une discrimination fondée sur la situation de famille mais précise que « la préférence accordée aux enfants du personnel contribue nécessairement à la reproduction de phénomènes discriminatoires anciens », notamment quand il s'agit d'administrations ou d'entreprises publiques.

condamner »<sup>1</sup>. Ainsi, l'utilisation dans le traitement des demandes de logement social du critère d'ancienneté de résidence dans la commune par les commissions d'attribution<sup>2</sup> peut constituer une discrimination indirecte. « Ici le critère d'ancienneté de résidence lèse prioritairement les immigrés qui, plus que d'autres populations, sont susceptibles de ne pas répondre à cette exigence » (surtout s'il s'agit d'une commune où les immigrés ne sont pas nombreux)<sup>3</sup>. Mais, comme le note Olivier De Schutter, il n'est pas évident d'appréhender les mesures qui, par nature, seront susceptibles d'affecter défavorablement les catégories protégées en raison de la « connaissance très fragile que nous avons des traits que partagent les personnes de telle race ou telle origine ethnique » et parce qu'au sein des groupes protégés, les situations individuelles sont hétérogènes<sup>4</sup>.

D'autres discriminations « raciales » indirectes ne pourraient sans doute être révélées que par le biais d'une approche quantitative : une valorisation des salaires bénéficiant à tous les salariés d'une entreprise à l'exception d'une catégorie du personnel où les travailleurs d'origine immigrée sont manifestement surreprésentés telles les femmes de ménages dans l'hôtellerie ou les cuisiniers dans la restauration, le recours à des critères de proximité géographique pouvant conduire à refuser de recruter les candidats résidants dans certains quartiers à forte densité de population d'origine étrangère, le refus d'accorder des prêts immobiliers pour l'achat d'une maison dans un quartier où la population majoritaire est issue de l'immigration<sup>5</sup>. Ces hypothèses impliquent l'existence de caractéristiques sociales communes aux personnes issues de l'immigration. Elles s'appuient sur l'existence de fonctions<sup>6</sup> ou de territoires ségrégués. Cette ethnicisation des fonctions et des quartiers résultent alors de la combinaison des inégalités sociales et des discriminations systémiques.

---

<sup>1</sup> FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 47.

<sup>2</sup> Ce critère d'ancienneté dans la commune pratiqué par de nombreuses mairies est pourtant irrégulier (C.E., 10 juillet 1996, *Mairie d'Epina-sur-Seine*, n° 162601 ; C.E., 5 octobre 1998, *Commune de Longjumeau*, n° 172597). Ainsi, l'article R 441-2-1 du code de la construction et de l'habitation, relatif à l'attribution des logements sociaux, prévoit expressément qu' « aucune condition de résidence préalable ne peut être opposée au demandeur ».

<sup>3</sup> GELD, *Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social*, Note n° 3, mai 2001, p. 35

<sup>4</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, *op. cit.*, p. 123

<sup>5</sup> ENAR, *Perspectives en mutation : le renversement de la charge de la preuve dans les procès pour discrimination raciale*, Bruxelles, juin 2006, p. 12.

<sup>6</sup> SOS Racisme avait pointé une discrimination indirecte dans la procédure de promotion de la compagnie des Wagons-lits car seuls les commerciaux pouvaient devenir cadres alors que les manutentionnaires, presque exclusivement issus de l'immigration, en étaient exclus mais le tribunal qui a condamné la société pour discrimination « raciale dans la carrière n'est pas intervenu sur ce point (C.P.H. Lyon, 9 mars 2010, *X c/ SA Cie internationale des Wagons lits et du tourisme*, n° F06/03979).



## 2. Les obstacles à une approche quantitative en matière de la discrimination « raciale »

Les difficultés pratiques pour développer l'approche quantitative constatées en matière de discrimination touchant les femmes sont plus problématiques quand il s'agit de discriminations « raciales ». L'approche statistique nécessite en effet des techniques, des outils et des données pointues pour démontrer la proportion de membres d'un groupe protégé désavantagés spécifiquement par la mesure « neutre », d'autant que le juge communautaire exige qu'on démontre que cette proportion est « *nettement plus élevée* ». Le passage à une approche qualitative se justifie car la preuve statistique « suppose d'abord une définition précise des frontières du 'groupe de référence', c'est-à-dire de la population 'témoin' à l'échelle de laquelle on va pouvoir vérifier si, entre la composition du groupe à l'entrée et la composition à la sortie - après le passage de l'épreuve - un impact disproportionné peut être établi »<sup>1</sup>, ce qui est loin d'être toujours réalisable pour le motif du sexe et particulièrement délicat pour certains critères tels que l'origine, la religion ou l'orientation sexuelle<sup>2</sup>. Néanmoins, si les statistiques ne sont pas disponibles, elles peuvent être ponctuellement construites pour évaluer l'impact d'un test de recrutement ou d'une procédure d'évaluation (ce qui sera sans doute impossible pour des critères tels que l'orientation sexuelle ou l'état de santé). Cependant, l'une des difficultés pratiques supplémentaires réside alors dans la sous-représentation des personnes issues de l'immigration dans l'entreprise ce qui rend difficile la constitution des groupes.

À l'origine, le concept de discrimination implique une approche collective du désavantage subi mais la nouvelle définition des directives semble s'engager vers une individualisation du concept en permettant à l'individu de prouver un désavantage personnel et non nécessairement collectif. Si cette perspective est intéressante dans la mesure où la discrimination indirecte peut en effet toucher une personne relevant seule de telles ou telles caractéristiques, il est parfois plus difficile pour le requérant de démontrer une discrimination

---

<sup>1</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail ...*, op. cit., p. 100

<sup>2</sup> Certaines statistiques seraient sans doute contraires au respect de la vie privée et pourraient heurter le principe communautaire de protection de la vie privée et des données personnelles et à la législation française. La Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données prévoit que « *les États membres interdisent le traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relative à la santé et à la vie sexuelle* » (art. 8 §1<sup>er</sup>).

individuelle, notamment parce que les statistiques permettent seulement de caractériser un désavantage collectif<sup>1</sup>. C'est sans doute pour cette raison que la formule des directives est à cet égard évasive puisqu'elles parlent de « *désavantage particulier pour des personnes* » relevant des groupes protégés. La preuve d'un préjudice collectif suffirait ainsi à démontrer le désavantage subi individuellement et, en pratique, « le concept même de discrimination indirecte appelle un raisonnement catégoriel »<sup>2</sup>. Dans ces statistiques requises par le droit communautaire antidiscriminatoire, la catégorisation « raciale » est rapportée au traitement des personnes par une mesure : le droit impliqué est un droit fondamental individuel à l'égalité de traitement<sup>3</sup> et non un droit des groupes octroyant des droits collectifs. Cependant, ce droit, d'inspiration foncièrement individualiste, « présuppose bien, dans sa mise en œuvre concrète, la prise en compte du groupe : non pas le groupe dit « réel » et doté de droits spécifiques (...) mais le groupe au sens d'agrégat statistique »<sup>4</sup>.

La Cour EDH a ainsi rendu récemment un arrêt relatif au placement des enfants roms dans des écoles spéciales destinées aux enfants atteints de déficiences intellectuelles. Une étude statistique spécifique avait été réalisée à l'appui de la requête. Ces statistiques ayant été jugées suffisamment fiables et significatives pour constituer un commencement de preuve, la Cour a demandé à l'État Tchèque mis en cause de démontrer que la différence de traitement constatée n'était pas discriminatoire<sup>5</sup>. Elle a explicitement fait référence à la jurisprudence

---

<sup>1</sup> Cf. CJCE, 15 décembre 1994 *Stadt Lengerich c/ A. Hemlig*, aff. C 399/92, *Rec.*, p. I-5727, points 28 à 30 où la Cour considère qu'il n'y a pas de différence de traitement entre un individu à temps partiel et un autre à temps plein alors qu'il était évident que le groupe des travailleurs à temps partiel subissait un désavantage du fait du régime des heures supplémentaires.

<sup>2</sup> DUBOUT E., *L'article 13 TCE -La Clause communautaire de lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 379.

<sup>3</sup> L'avocat général s'y réfère explicitement dans l'affaire *Coleman* (CJCE, 17 juillet 2008, aff. C-303/06), aux points 7 à 14 de ses conclusions : « *l'article 13 TCE et la directive [2000/43/CE] ont pour objectif de protéger la dignité et l'autonomie de personnes appartenant aux catégories visées par les classifications suspectes qui y sont mentionnées* ». « *L'autonomie personnelle [...] exige que les individus puissent définir le cours de leur propre existence et mener celle-ci en effectuant des choix successifs entre plusieurs options valables* ». Or « *quiconque traite de façon discriminatoire une personne appartenant à une catégorie visée par une classification suspecte prive injustement celle-ci d'options valables. [...] En substance, lorsque nous montrons un attachement pour l'égalité et que nous nous engageons à réaliser cette autonomie par la voie juridique, nous nous donnons pour objectif de garantir à toute personne [sic] les conditions nécessaires à son autonomie* ».

<sup>4</sup> CALVES G., « L'égalité. Le cas du droit de la non-discrimination », in J-B AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 499-500.

<sup>5</sup> Cour EDH, gr. ch., 13 novembre 2007, *D. H. et autres c. République tchèque*, n° 57325/00, §188-189. V. *JCP* 2008, I, 110, n°14, obs. F. Sudre. Cette affaire se caractérise par une importante utilisation des statistiques comparant le nombre d'enfants roms et non-roms dans les écoles normales et spéciales. Ces statistiques, collectées dans le cadre de longues recherches détaillées menées par des associations, avaient montré que dans la ville ciblée, un enfant Rom avait 27 fois plus de probabilités d'être placé dans une école spéciale qu'un autre enfant. Dans cet arrêt, les juges ont entériné un relatif aménagement de la preuve et abandonné le critère de l'intentionnalité dans la définition de la discrimination indirecte. Cette jurisprudence pourrait marquer également un tournant, car la Cour EDH raisonne en référence à la communauté Rom dans son ensemble et non en fonction de chaque cas qui lui est soumis. V. aussi, Cour EDH, gr. ch., 16 mars 2010, *Orsus c. Croatie*, n° 15766/03. Dans cette dernière affaire relativement similaire, la Cour pointe l'absence de politique générale consistant à placer automatiquement les enfants roms dans des classes séparées mais une différence de traitement pouvant

communautaire<sup>1</sup> et repris le concept de discrimination indirecte, suivant la méthode de « l'impact disproportionné ».

La mesure statistique est en principe interdite en France pour la « race » ce qui explique les longs débats sur la question du régime de la preuve de la discrimination indirecte lors de la négociation de la directive Race<sup>2</sup>, notamment de la part des responsables français qui voulaient éviter une définition strictement statistique qui pouvait être considérée comme inconstitutionnelle au regard de l'art. 1<sup>er</sup> de la Constitution française<sup>3</sup>. Souhaitant sans doute échapper à cette approche collective, la France a pris la précaution de faire préciser au point 15 de l'exposé des motifs de la directive 2000/43 que « *l'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale... conformément au droit national...* »<sup>4</sup>. La CNCDH avait ainsi estimé en 2002 qu'« étant donnée la construction constitutionnelle française », la discrimination indirecte, « ne peut pas être juridiquement appréhendée »<sup>5</sup>. Mais, en dépit de l'autonomie dont bénéficient les Etats membres en matière procédurale, la CJUE a précisé que les exigences de preuve du droit national ne doivent pas rendre « *pratiquement impossible ou excessivement difficile* » la revendication en justice de droits attribués par l'ordre juridique communautaire<sup>6</sup>. La preuve par statistique de la discrimination indirecte n'est pour l'instant qu'une faculté, mais pourrait à terme être érigée en obligation afin de rendre effectif le droit au recours contre les discriminations indirectes<sup>7</sup>. Ainsi, Patrick Simon estime que « les directives rendent indispensable la production de données statistiques »<sup>8</sup> et par là même, imposent en France la constitution d'un outil statistique complet.

---

déboucher sur une discrimination indirecte (§150-152). Elle ajoute que l'Etat doit tenir compte des « *besoins particuliers de ces enfants en tant que membres d'un groupe défavorisé* » imposant ainsi une obligation de moyen (§182).

<sup>1</sup> Cour EDH, gr. ch., 13 novembre 2007, *D. H. et autres c. République tchèque*, § 81 à 91.

<sup>2</sup> TYSON A., « The Negotiation of the European Directive on Racial Discrimination », *op. cit.*, pp. 201-202.

<sup>3</sup> Dans une version antérieure de la directive, la France voulait introduire les termes « *par nature* » pour éviter le recours à une mesure statistique : une discrimination indirecte existe lorsqu'un critère apparemment neutre est susceptible, par sa nature, d'entraîner un désavantage particulier. L'objectif était de créer une indétermination « entre ce qui par nature discrimine et ce qui a pour effet de discriminer ». In M-T LANQUETIN, « Le principe de non-discrimination », *op. cit.*, p. 190.

<sup>4</sup> LANQUETIN M-T, « La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique », *op. cit.*, p. 5.

<sup>5</sup> Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), *La lutte contre le racisme et la xénophobie – Rapport d'activité pour 2001*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 136, note 3.

<sup>6</sup> CJCE, 9 novembre 1983, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Societa San Giorgio*, aff. 199/82, *Rec.*, p. 3595 ; C.J.C.E., 15 mai 1986, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 22/94, *Rec.*, p. 1651 (point 20).

<sup>7</sup> DE SCHUTTER O., « Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law », *Northern Ireland Law Quarterly*, vol. 57, n°1, 2006, p. 21.

<sup>8</sup> SIMON P., *Etude comparative de la collecte de données...*, *op. cit.*, p. 4.

Est-il pour autant nécessaire de disposer de données sur la composition « raciale » de chaque entreprise et de l'ensemble de la population française pour relever des discriminations indirectes ? Nous l'avons vu, nombre de discriminations « raciales » indirectes peuvent entrer dans la catégorie des discriminations indirectes par nature. Pour les autres, il s'agit d'évaluer l'impact d'une mesure. Il faut comparer la position obtenue par le groupe « ethnique ou racial » à celle du groupe de référence, ce qui suppose de définir les groupes constitués à partir de caractéristiques prohibées, d'enregistrer ces caractéristiques individuelles dans des tableaux statistiques comparatifs, d'établir les écarts statistiques et d'en démontrer le caractère significatif<sup>1</sup>. Or, les législations communautaire et française n'interdisent pas la production de statistiques *a posteriori*.

Ainsi, la directive 95/45/CE admet le traitement des données sensibles notamment quand le traitement « *est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice* » (art. 8 §2)<sup>2</sup>. Et, comme le note M-T Lanquetin, il ne s'agit pas de pré-constituer des groupes en vue d'actions positives<sup>3</sup> mais d'identifier des groupes de personnes discriminées de manière *ad hoc* en fonction de pratiques d'employeurs dans une entreprise ou d'un bassin d'emploi à l'occasion de chaque affaire<sup>4</sup>. Les juges admettent la légalité de telles statistiques, notamment dans le cadre du test de situation qui relève d'une démarche proche. Au-delà de ces statistiques *a posteriori*, l'identification de discriminations « raciales » indirectes pourrait impliquer la création de statistiques « ethno-raciales » systématisées à travers le recensement, des fichiers administratifs et d'entreprises, ce qui pose des problèmes politiques et juridiques majeurs que nous étudierons ultérieurement<sup>5</sup>. Mais il semble que même la généralisation de statistiques « ethno-raciales » ne permettrait pas d'identifier des discriminations indirectes. La méthodologie comparative exigée implique la réalisation de statistiques avant et après chaque mesure et des analyses plus fines sur la comparabilité des groupes.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>2</sup> Mais comme le note O. De Schutter, Quant à la dernière exception prévue par l'art 8 §2 de la Directive qui admet le traitement des données sensibles lorsqu'il est nécessaire pour exercer un droit en justice, on ne sait pas si elle permet à l'employeur, le bailleur, par exemple, de se mettre préventivement à l'abri d'une action en justice alléguant qu'il s'est rendu coupable de discrimination en constituant un fichier de telles données. Il s'agit là d'une ambiguïté à lever (du moins en matière communautaire). In « Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination », *op. cit.*, p. 30.

<sup>3</sup> Action positive : v. *supra*. pp. 562-565.

<sup>4</sup> LANQUETIN M-T, « La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique », *op. cit.*, p. 5.

<sup>5</sup> Voir *infra*. Chapitre « L'enjeu de la mesure des discriminations « raciales », pp. 497-540.

Néanmoins, il faut rappeler que la Cour de cassation n'a, à ce jour, retenu la caractérisation de discrimination indirecte que de très rares fois et n'a adopté que l'approche qualitative de la discrimination indirecte esquissée par la CJUE<sup>1</sup>. Si la discrimination indirecte est caractérisée, comme dans certains arrêts américains, à partir de la sous-représentation des membres d'un groupe dans l'organisation sans identification d'une mesure précise et sans une comparaison toutes choses égales par ailleurs, la répartition du fardeau entre puissance publique et organisations dans la lutte contre les discriminations « raciales » est modifiée, faisant peser une lourde responsabilité sur les entreprises et organismes divers qui sont alors rendus comptables des discriminations systémiques. En ce sens, l'approche statistique engendre parfois des confusions sur la notion juridique de discrimination indirecte.

### 3. *Discrimination indirecte et discrimination systémique*

La confusion entre discrimination indirecte et discrimination systémique est souvent observée<sup>2</sup>. Ainsi, Sophie Latraverse parle de « *l'écart statistique entre le pourcentage d'enfants d'origine étrangère dans certaines filières d'éducation supérieure* »<sup>3</sup> qui résulte de discriminations systémiques et ne semble pas constituer, comme elle l'affirme, une « *apparence de discrimination qui donnera lieu à obligation de se justifier* ». Ici, aucune norme, pratique, mesure « neutre » n'est identifiée. Ainsi, M-T Lanquetin rappelle que la CJUE distingue les discriminations indirectes des distinctions qui résultent du fonctionnement du marché du travail et que l'on ne peut imputer à l'employeur seul<sup>4</sup>. Les discriminations systémiques sont le fruit d'une dialectique entre préjugés et inégalités sociales<sup>5</sup>, elles visent davantage un effet cumulatif et interactif de diverses pratiques qui font système et les idéologies à l'œuvre notamment dans le marché, et ne peuvent être appréhendées par le droit français. Le droit canadien prévoit lui explicitement l'interdiction des discriminations

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 9 janvier 2007, n° 05-43962, *op. cit.*

<sup>2</sup> V. pour exemple, PITTI L., « Catégorisations ethniques au travail. Un instrument de gestion différenciée de la main d'œuvre », *Histoires et mesures*, 2005, vol. XX, n° 3/4, p. 95. CUSSET P-Y, « Les statistiques 'ethniques' : premiers éléments de cadrage », *Centre d'analyse stratégique*, juin 2006, p. 13.

<sup>3</sup> Souligné par nous. Sophie LATRAVERSE, « Tradition française et politique européenne de lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 99.

<sup>4</sup> LANQUETIN M-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>5</sup> Comme le relève alors Danièle Lochak, « *Est-ce qu'au fond, la discrimination systémique n'est pas tout simplement une façon de nommer les inégalités sociales ?* ». In CREDOF, *La lutte contre les discriminations, entre théorie et pratique, entre droit et politique, Actes du séminaire du 21 juin 2000*, Université de Paris X-Nanterre, 2002, p. 22.

systemiques, distinguées des discriminations directes ou indirectes<sup>1</sup>. Néanmoins, les frontières entre les notions de discrimination indirecte et de discrimination systémique<sup>2</sup> ne sont pas toujours étanches.

Selon la nature de la preuve exigée - qui amènera l'auteur de la discrimination présumée à se justifier, le fardeau pesant sur les agents économiques variera. Si l'on n'exige pas une comparaison de situations similaires et la contestation d'une mesure précise, leur responsabilité sera lourde. Cette évolution a été constatée fût un temps dans la jurisprudence américaine : l'évaluation statistique de l'impact disproportionné sur les Noirs de certaines procédures sélectives a abouti à remettre en cause des sélections fondées sur le niveau de qualification, critère méritocratique traditionnel car les Noirs sont souvent moins qualifiés que les Blancs. Mais cet élargissement de la discrimination revient alors à étendre la responsabilité de l'employeur dans la distribution finale de l'allocation d'un certain type de biens entre les différents groupes « raciaux » « alors même que cette distribution est largement déterminée par des facteurs hors de son contrôle »<sup>3</sup>. Toutefois, dans l'arrêt *Griggs* de 1971, les aptitudes testées n'étaient pas nécessaires à l'accomplissement des tâches (cf. hypothèses de justification) et avaient clairement été instituées dans le but d'écarter les Afro-Américains de la sélection : si les Noirs rencontraient plus de difficultés à l'examen en raison de discriminations systémiques, l'employeur s'était ici précisément appuyé sur cette discrimination systémique connue pour écarter les Noirs déjà largement sous-représentés dans l'entreprise.

---

<sup>1</sup> Outre la discrimination directe et indirecte, la loi canadienne interdit la « discrimination systémique ». Celle-ci se distingue de la discrimination indirecte car la preuve d'une règle ou d'une norme spécifique ayant un effet discriminatoire ne doit pas être nécessairement établie par le requérant. Elle peut résulter de multiples facteurs et pratiques qui interagissent de façon à entraîner une exclusion disproportionnée des membres des catégories protégées. Le tribunal des droits de la personne du Québec précise que « *les effets discriminatoires directs et indirects s'insèrent alors plus largement dans un réseau d'interrelations et de pratiques au sein de(s) système(s) concerné(s), voire entre différents systèmes ; les pratiques de discrimination directe et indirecte s'y conjuguent en quelque sorte les unes aux autres, produisant alors des effets cumulatifs* » (*Commission des droits de la personne c. Commission scolaire régionale Chauveau, Co*, 9 février 1993, CanLII.7, R.J.Q., p. 929). V. VIZKELETY B., « La législation relative à la discrimination : une perspective canadienne », p. 29, in Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, n° 6-7, octobre 2008.

<sup>2</sup> Selon M-T Lanquetin, « *Il y a une gradation entre la discrimination directe, la discrimination indirecte et la discrimination systémique. La discrimination directe est ouverte et n'admet aucune justification. La discrimination indirecte est apparemment neutre, permet de présumer une discrimination mais peut être justifiée. Quant à la discrimination systémique, elle résulte de la combinaison interactive de facteurs qui procèdent d'un contexte ou de représentations pénalisant une certaine catégorie de personnes par rapport à d'autres* », in CREDOF, *La lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 22.

<sup>3</sup> SABBAGH D., *L'égalité par le droit...*, op. cit., p. 346.

Dans l'affaire *Davis* de 1976, la Cour suprême américaine semble être revenue sur l'évolution en germe : elle a rejeté l'accusation de discrimination indirecte à l'encontre de l'employeur - en l'espèce le gouvernement - en estimant qu'il serait « *intenable que la Constitution empêche le gouvernement d'essayer d'apprécier les aptitudes de ses salariés plutôt que de se satisfaire d'un niveau de compétence inférieur* »<sup>1</sup>. Le groupe de référence a ainsi été redéfini, pour être constitué « toutes choses égales par ailleurs », c'est-à-dire ici de candidats ayant des qualifications équivalentes<sup>2</sup>. Sans ces précautions, la statistique dévoile des discriminations systémiques : l'accès aux compétences et mérites est en effet fonction de l'origine sociale des individus, du système éducatif, du milieu familial... Pour autant, l'auteur de la mesure contestée aurait pu néanmoins se voir obligé de la justifier au regard de son impact négatif à l'image de *Griggs*<sup>3</sup>. De même, dans l'affaire *International Brotherhood of Teamsters v. United States*<sup>4</sup>, la Cour suprême a reconnu que le système d'ancienneté négocié entre le syndicat et l'employeur avait intentionnellement pour but d'écartier les Afro-Américains et les Hispaniques des emplois les plus recherchés et les mieux rémunérés. Les salariés étaient affiliés à une unité de négociation selon l'emploi occupé à l'embauche, les Noirs et Hispaniques appartenaient donc tous à l'unité inférieure. Or, pour accéder aux postes supérieurs, il fallait changer d'unité et ce faisant perdre son ancienneté antérieure. La Cour a décidé que les camionneurs victimes de discrimination devaient bénéficier d'une ancienneté rétroactive à la date à laquelle ils auraient été nommés aux fonctions supérieures s'il n'y avait pas eu de discrimination. Mais elle n'a pas considéré que le système d'ancienneté violait en lui-même le 14<sup>e</sup> amendement en perpétuant la discrimination passée car ce système n'était pas né d'une volonté discriminatoire et qu'il était rationnel au vu des pratiques du secteur. La Cour a donc évalué le système d'ancienneté au regard de l'intention et de la rationalité, elle n'a pas ici appliqué le standard dégagé dans *Griggs*.

---

<sup>1</sup> *Washington v/ Davis*, 426 US 229 [1976]. V. aussi C.S., *San Antonio Indep. School Dist. V. Rogriguez*, 411 US 1, 44-45 [1973].

<sup>2</sup> La question de la définition du panel de référence est cruciale. La Cour suprême s'est montrée plus vigilante sur ce point. V. pour exemple, C.S., *Hazelwood School District v. United States*, 433 US 299 [1977] (la Cour exige que le pourcentage de professeurs noirs recrutés soit comparé au pourcentage d'enseignants noirs qualifiés au sein de la main d'œuvre de la même zone géographique) ; *City of Richmond v. J.A. Croson Co*, 488 US 469 [1989] (quand des compétences spécifiques sont requises, le panel statistique pertinent pour démontrer la discrimination doit porter sur le nombre de personnes issues des minorités qualifiées pour s'acquitter des tâches spécifiques).

<sup>3</sup> Julie Suk estime que l'arrêt *Davis* montre que la Cour considère qu'un impact disproportionné sur la « race » n'est pas suffisant pour caractériser une violation de l'Equal protection clause et qu'il était nécessaire de démontrer une intention discriminatoire. In « Antidiscrimination law in the administrative state », *University of Illinois Law Review*, 2006-2, p. 423.

<sup>4</sup> 431 US 324 [1977].

Finalement, surtout quand les autorités étatiques sont en cause, la Cour suprême américaine, contrairement à la CJUE, estime que « le critère de l'inégalité condamnable n'est donc pas celui des résultats différenciés, mais celui de l'intention discriminatoire »<sup>1</sup>. Le *Civil Rights Act* tel que modifié en 1991 indique aujourd'hui qu'une pratique de « *disparate impact* » est établie si le requérant pointe une pratique spécifique qui cause cet impact disproportionné sur une catégorie protégée et que les défenseurs sont incapables de démontrer que la pratique en cause est en lien avec l'emploi en question et pertinente au vu des nécessités économiques. La discrimination indirecte sera aussi établie si le requérant démontre qu'il existe une pratique alternative à celle mise en cause et que le défenseur refuse de l'adopter<sup>2</sup>.

Pour autant, en 1971, *Griggs* marquait la priorité accordée à une logique de résultats dans la lutte contre les discriminations à l'emploi. Dans la mesure où dans un nombre de cas croissant, la sous-représentation n'était pas le résultat direct d'une discrimination intentionnelle mais dépendait de facteurs structurels échappant justement à l'emprise des tribunaux, il devenait nécessaire de procéder à une redéfinition radicale de la notion de discrimination et l'extension à la discrimination indirecte involontaire s'imposait car elle apparaît comme le seul moyen d'intervention efficace. Si cette logique n'a pas toujours été suivie dans la jurisprudence américaine ultérieure, celle-ci marque néanmoins une étape fondamentale de la lutte contre les discriminations. Alors qu'un déséquilibre dans la composition « raciale » ou sexuelle du personnel peut faire naître une présomption de discrimination, l'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) - agence créée en 1972 qui peut se porter partie civile contre les employeurs - impose aux entreprises la tenue de fichiers du personnel ventilé selon le sexe et le groupe « racial ». Par peur des juges et de

---

<sup>1</sup> SCHMIDT J., « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique », *RIDC*, 1987-1, p. 49. La Cour suprême n'applique pas le même contrôle aux mesures contestées sur le fondement de la clause d'égalité de protection du 14<sup>ème</sup> amendement qui s'applique aux pouvoirs publics et aux mesures contestées sur le fondement du Titre VII du *Civil Rights Act*. Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour suprême a estimé que la clause de l'*Equal protection* du 14<sup>ème</sup> amendement de la Constitution n'interdisait les législations discriminatoires que dans la mesure où elles relevaient d'une intention discriminatoire : *Washington v. Davis*, *op. cit.* (1976) ; *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing development Corp.*, 429 US 252, 265 [1977] ; *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*, 442 US 256 [1979] ; *Hunter v. Underwood*, 471 US 222 [1985]. Concernant le Titre VIII du *Civil Rights Act* qui prohibe les discriminations « raciales » du secteur privé, la Cour est en partie revenue sur la jurisprudence *Griggs* dans sa décision *Wards Cove Packing Co. v. Antonio* de 1989 (490 US 642, 109 S.Ct. 2115) dans la mesure où il ne suffit plus de montrer un déséquilibre « racial » dans la force de travail : il est nécessaire d'identifier les pratiques responsables de ces disparités statistiques. Selon l'analyse de Julie Suk sur la jurisprudence fondée sur le *Civil Rights Act*, une violation du Titre VII implique que l'employeur ait conscience que la race, le genre ait influé sur sa décision et que l'employeur puisse être qualifié de fautif. In « Antidiscrimination law in the administrative state », *op. cit.*, p. 423.

<sup>2</sup> DE SCHUTTER O., *Thematic EU/International Legal Study on impact of the Race Equality Directive*, Fundamental Rights Agency, 30 avril 2009, p. 42.



l'EEOC, l'employeur aura donc tendance à opérer une sélection « en tenant compte de leur appartenance « raciale » ou « ethnique » et de la nécessité d'une représentation équilibrée des différents groupes au sein du personnel et ce sans revoir nécessairement ses pratiques. La discrimination indirecte, « produit dérivé d'une bureaucratisation et d'une juridicisation du système politique américain »<sup>1</sup>, consacre ainsi un changement de perspective : « la relation entre la discrimination positive et la discrimination arbitraire change du tout au tout : celle qui apparaissait comme une parenthèse, un mal nécessaire ou une dérogation ponctuelle, s'impose désormais comme une mesure de réparation adéquate »<sup>2</sup> et vient approfondir le principe de non-discrimination.

Si l'approche statistique de la discrimination indirecte (*disparate impact*) amène les opérateurs économiques à viser la diversité dans la composition de leur main d'œuvre<sup>3</sup>, la définition communautaire ne rend pas les statistiques obligatoires et n'exige donc pas la recherche de la diversité pour elle-même. Pour autant, la discrimination indirecte telle que définie par la jurisprudence communautaire reste liée aux discriminations systémiques et implique des responsabilités pour les agents économiques. Quand sont invalidées des mesures neutres en apparence mais qui désavantagent singulièrement les femmes à l'instar des mesures pénalisant les travailleurs à temps partiel, la CJUE sanctionne en somme la validation de discriminations systémiques<sup>4</sup>. En effet, la sur-représentation des femmes parmi les salariés à temps partiel résulte d'un lourd héritage patriarcal qui veut que les femmes, arrivées plus tardivement sur le marché du travail, constituent dans les ménages un salaire d'appoint, une main d'œuvre d'ajustement et se consacrent davantage à leurs enfants.

Pourtant, dans ces affaires, les situations des travailleurs à temps partiel et à temps plein ne sont pas strictement identiques. De même, dans l'affaire *Enderby* concernant la différence de rémunération des orthophonistes (profession ultra-féminisée) et des pharmaciens

---

<sup>1</sup> SABBAGH D., *L'égalité par le droit...*, op. cit., p. 354.

<sup>2</sup> CALVES G., *La discrimination positive*, PUF, Collection Que-sais-je ?, septembre 2004, p. 47.

<sup>3</sup> La Cour suprême canadienne décrète ainsi qu'en vertu de l'article 41(2)a) de la loi canadienne sur les droits de la personne, la Commission des droits de la personne a le droit d'imposer pour rompre le cycle de « discrimination systémique » la mise en place d'un programme d'action positive en matière d'emploi imposant notamment le recrutement d'une femme pour quatre nouvelles embauches. Cette discrimination « systémique » telle que définie par la Cour est constituée au regard des déséquilibres statistiques et des multiples discriminations directes et indirectes relevées dans l'entreprise qui favorisent la conviction que l'exclusion résulte de facteurs naturels (Commission canadienne des droits de la personne, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114).

<sup>4</sup> Le juge communautaire n'a pas retenu l'argument tiré de la moindre intégration des travailleurs à temps partiel dans l'entreprise pour justifier la différence de traitement à leur égard (CJCE, 19 juillet 1989, *Rinner-Kuhne*, aff. 171/88, *Rec.*, p. 2743.) ni l'argument tiré de l'objectif de maintenir la motivation des salariés en pénalisant les salariés qui partagent un poste (CJCE, 17 juin 1998, *Hill*, aff. C-243/95).

(principalement des hommes), il n'y pas d'auteur commun mais la charge est mise sur le législateur britannique pour harmoniser les rémunérations dans le secteur de l'emploi paramédical dans le cas où le désavantage constaté ne serait pas justifié. On est ici proche de la discrimination systémique dans la mesure où la similarité des situations paraît peu évidente. Comme le note Rémi Hernu, lors du contrôle de la discrimination indirecte, « la similarité des situations est le plus souvent présumée » par la CJUE, c'est-à-dire qu'après avoir déterminé qu'une proportion de personnes appartenant à une catégorie protégée est affectée par une mesure en apparence neutre, les différences de situations des différentes personnes constituant les groupes sont rarement prises en compte par le juge<sup>1</sup> : l'auteur est amené à justifier sa mesure. Puis, c'est au regard de la finalité invoquée que l'appréciation de la comparabilité des situations en cause devra être réalisée<sup>2</sup>. Pour les discriminations indirectes qui font l'objet d'un contrôle méticuleux, « cet examen s'avère plus soucieux de la justification de la discrimination que de l'égalité »<sup>3</sup>. Le Conseil constitutionnel procède d'une manière identique : il se fonde sur la finalité de la loi pour évaluer la comparabilité des situations en cause<sup>4</sup>. Mais, il est vrai, comme le souligne Danièle Lochak, que « la similitude entre deux situations ne se laisse pas appréhender de manière objective et abstraite »<sup>5</sup>, d'autant qu'une situation n'est jamais tout à fait identique ou différente d'une autre.

À ce jour, les juges français restent peu familiarisés avec la notion de discrimination indirecte (quel que soit le motif) dans la mesure où ces litiges restent très rares. La reconnaissance de la discrimination indirecte par les juridictions sociales a été très tardive<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE*, *op. cit.*, p. 332-333.

<sup>2</sup> Ainsi, dans l'affaire *Griesmar* relative à l'exclusion des hommes d'une bonification de leur régime de retraite, la Cour de Luxembourg a vérifié « si relativement à l'octroi de la bonification en cause (...), les situations d'un fonctionnaire masculin et d'un fonctionnaire féminin, respectivement père et mère d'enfants, sont comparables » (CJCE, 29 novembre 2001, *J. Griesmar c/ Ministre de l'Economie et Ministre de la Fonction publique*, aff. C 366-99, *Rec.*, p. I-9383, point 39). La similarité des situations dépendra de la finalité de la mesure à savoir compenser les désavantages subis par les femmes qui ont dû interrompre leur travail lors de la grossesse et de la maternité (action positive) ou compenser la charge résultant de l'éducation des enfants. Cette dernière finalité s'étant imposée aux yeux de la Cour et plaçant les hommes concernés dans la même situation que les femmes, la disposition sera déclarée discriminatoire.

<sup>3</sup> CHRISTOPHE TCHAKALOFF M-F, « Egalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, 1997, n° 82, p. 92.

<sup>4</sup> Pour des exemples, voir FAVOREU L. et PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris Dalloz, 2003, p. 283-284 (notamment).

<sup>5</sup> LOCHAK D., « Egalité et différences. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit », *op. cit.*, p. 52.

<sup>6</sup> Un arrêt avait ouvert, au détour d'un dispositif dans un arrêt de rejet, la voie à la reconnaissance de la discrimination indirecte, en matière d'égalité homme-femme, cf. Cass. soc., 9 avril 1996, *Mme Soufflet c/ CPAM de la Marne*, n° 92-41103, *Bull.* 1996 V n°146, p. 102 ; *Droit ouvrier*, janvier 1998, n° 593, p. 1, Note M. Miné. En l'espèce, une salariée à temps partiel s'était vue refuser une promotion au motif que sa pratique professionnelle était insuffisante. La convention collective prévoyait que l'employeur double le temps de

Dans l'arrêt du 9 janvier 2007, la chambre sociale consacre expressément la discrimination indirecte en la relevant d'office et en cassant l'arrêt d'appel qui n'avait pas constaté une telle discrimination, laquelle résulte de l'application d'un accord collectif sur l'aménagement et la réduction du temps de travail. L'intention des protagonistes, auteurs de l'accord collectif, n'est pas débattue. La discrimination indirecte est caractérisée par une mesure « *apparemment neutre* », qui constitue en réalité, de par ses effets, « *une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié* »<sup>1</sup>. Néanmoins, le contentieux relatif à la discrimination indirecte reste tous motifs confondus extrêmement limité<sup>2</sup> et il n'est jamais fondé sur une définition quantitative<sup>3</sup>. Reste à connaître le degré de similarité des situations comparées qui sera exigé et la nature des statistiques qui seront admises notamment pour le motif de la « race ». L'absence de « diversité » au sein d'une organisation - à l'embauche ou au sein des emplois supérieurs - pourrait inviter à une analyse fine des procédures de l'entreprise afin de débusquer d'éventuelles discriminations juridiquement sanctionnées. Mais la sous-représentation de personnes issues de l'immigration postcoloniale est souvent le résultat des inégalités sociales et des discriminations systémiques cumulées. Elle peut aussi découler de discriminations « raciales » directes et indirectes au sein de l'organisation. Néanmoins, si nous avons entrevu quelques hypothèses de discrimination « raciale » indirecte, il n'est pas certain que les inégalités sociales et les discriminations systémiques rencontrées par ces populations suffisent à emporter des caractéristiques sociales véritablement spécifiques et

---

présence exigé pour l'accès à un coefficient supérieur pour les salariés à temps partiel. Selon la plaignante, la Cour d'appel n'avait pas recherché, alors que la disposition avait un fort impact sur les femmes, si l'employeur justifiait la différence de traitement entre salariés à temps partiel et à temps plein par des facteurs objectifs, proportionnés... Néanmoins, la Cour de cassation considéra que la Cour d'appel avait bien recherché si la disposition était constitutive d'une discrimination même indirecte (« *Et attendu, ensuite, que la cour d'appel, qui a recherché dans quelle mesure cette disposition serait constitutive d'une discrimination, même indirecte, entre hommes et femmes, a exactement retenu que tel n'était pas le cas* »). La Cour a aussi fait une application ponctuelle du déplacement de la charge de la preuve tel que prévu par le droit communautaire dans le cadre d'un arrêt de février 1997 relatif à une discrimination indirecte fondée sur le sexe rendu en formation restreinte (Cass Soc. 12 février 1997 *Usai-Champignons/Douarre*, *op. cit.*)

<sup>1</sup> Cass. soc., 9 janvier 2007, n° 05-43962, comm. de M. Miné, *Revue du droit du travail*, n° 4, avril 2007, p. 245-246. L'accord collectif en cause mettait en place une modulation du temps de travail : la durée hebdomadaire pouvait varier de 44 heures en périodes hautes à 21 heures en périodes basses. Une salariée, absente en périodes hautes au cours de deux années consécutives, pour maladie, avait vu ses périodes d'absences décomptées sur la base de la durée hebdomadaire moyenne de 35 heures. Ce mode de calcul avait pour effet d'amplifier l'importance de ses absences.

<sup>2</sup> Cass. soc., 17 juin 2003, n° 01-41522, *Bull.* n°193 (discrimination indirecte apparente fondée sur la nationalité qui reposait sur des raisons objectives et légitimes).

<sup>3</sup> Cependant, dans un arrêt du 30 avril 2009, la cour de cassation a refusé la qualification de discrimination directe en raison de l'âge pour le calcul d'une prime assortie d'un plafonnement de douze ans d'ancienneté mais elle a invité les juges du fond à vérifier « *que le plafonnement de l'indemnité de licenciement avait pour effet de désavantager les salariés du fait de leur âge* ». Ce faisant, elle semble refuser de constater une discrimination indirecte par nature fondée sur l'âge du fait du critère de l'ancienneté, la constatation demandant une analyse concrète sur la base de données statistiques. Cf. Cass. soc., 30 avril 2009, n° 07-43945, *Bull.* 2009, V, n° 118.

homogènes pour caractériser des discriminations indirectes statistiques telles que celles subies par les femmes.

Le degré de confusion entre discriminations indirecte et systémique et la répartition du fardeau de la lutte contre les discriminations entre organisations et collectivité dépendra de l'exigence de mettre en cause ou non une pratique, une mesure spécifique, de la nature de la comparaison statistique effectuée (toutes choses égales par ailleurs ou non) et des justifications admises.

## B) Les justifications légitimes

Le rôle du facteur justificatif est « au centre de l'évolution du droit communautaire autour de la charge de la preuve »<sup>1</sup>. Une fois le désavantage subi par les membres du groupe protégé établi (statistiquement ou intrinsèquement), la mesure mise en cause constitue une discrimination indirecte à moins que l'organisation n'établisse que celle-ci est « *justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination* »<sup>2</sup>. Pour renverser la présomption, l'auteur devra donc justifier la finalité de la mesure, son caractère nécessaire et proportionné au but poursuivi<sup>3</sup>. L'incapacité pour l'auteur d'une mesure suspecte à justifier celle-ci « montre soit qu'il a voulu masquer la discrimination, qu'il lui est interdit de pratiquer directement, derrière des mesures qui ne sont neutres qu'en apparence, mais dont il a calculé qu'elles auraient le même effet (discrimination consciente); soit qu'il n'a pas été suffisamment attentif aux conséquences de la mesure qu'il a adoptée ou maintenue »<sup>4</sup>. Cette possibilité de justification dégagée par la Cour de Luxembourg dans le cadre de sa

---

<sup>1</sup> MOREAU M-A, « Les justifications des discriminations », *Dr. Soc.*, n° 12, décembre 2002, p. 1113.

<sup>2</sup> CJCE, 24 février 1994, *M. A Roks*, aff. C 343/92, *op. cit.*, point 33. Même si la CJUE a pu qualifier prématurément une mesure défavorable aux femmes de « discrimination indirecte » avant même de constater qu'elle se trouvait justifiée par un objectif légitime et de conclure à l'absence de discrimination indirecte : CJCE, 7 décembre 2000, *J. Schnorbus c/ Land Hessen*, aff. C 79-99, *Rec.*, p. I-10997, points 39 puis 47.

<sup>3</sup> La Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Meiorin, Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. a établi un nouveau processus en trois étapes pour déterminer si une mesure ou une norme adoptée par l'employeur constitue une exigence professionnelle justifiée. Pour démontrer que sa mesure constitue une exigence professionnelle justifiée l'employeur doit démontrer : 1. qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause ; 2. qu'il a adopté la norme en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail ; 3. Que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail et qu'il est impossible de répondre aux besoins particuliers de son employé sans subir une contrainte excessive (dans le cas d'une mesure qui désavantagerait les personnes suivant des pratiques religieuses particulières ou affectées d'un handicap incompatibles avec la dite mesure). Voir notamment à ce sujet : Commission canadienne des droits de la personne, *Exigences professionnelles justifiées et motifs justifiables dans la Loi canadienne sur les droits de la personne*, 2000, p. 5-6.

<sup>4</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, *op. cit.*, p. 132.

jurisprudence sur la discrimination indirecte fondée sur le sexe<sup>1</sup> a été entérinée dans la directive 2000/43 à l'article 2-b.

L'appréciation des justifications avancées par l'auteur d'une mesure contestée implique donc un contrôle rationnel du juge qui « demande une connaissance fine des mécanismes à l'œuvre en matière de discrimination et même par motif de discrimination »<sup>2</sup> car la question de la justification « ne se présente pas sous le même angle selon la discrimination en cause »<sup>3</sup>. De plus, le degré de responsabilité des agents économiques dépendra de la nature de la justification exigée par le juge.

### 1. *La justification d'un objectif légitime*

Aux États-Unis, la Cour suprême considérait dans *Griggs* que « si on ne peut démontrer que la pratique d'embauche qui a pour conséquence d'exclure les Noirs est reliée aux compétences exigées par l'emploi, la pratique est prohibée »<sup>4</sup>. L'invalidation du dispositif contesté (exigence d'un diplôme universitaire et utilisation d'un test standardisé d'aptitude intellectuelle) montrait qu'à l'avenir, « certaines procédures de sélections, bien que justifiées du point de vue de l'efficacité économique (...) ne seront pas admises » et engageait un « transfert partiel, de la collectivité vers l'agent économique individuel (et l'employeur en particulier), du coût de l'intégration professionnelle des groupes de la population qui bénéficient de l'exigence de non-discrimination »<sup>5</sup>. Pour autant, l'interprétation de cet arrêt restait incertaine dans la mesure où la discrimination indirecte ici sanctionnée était intentionnelle. Ainsi, si cette jurisprudence doit être comprise comme interdisant les pratiques neutres aux impacts discriminatoires qui ne sont pas strictement nécessaires, elle participe alors à atteindre l'égalité d'accès à l'emploi dans un sens large. Si on considère qu'elle n'exige qu'une relation raisonnable entre la politique mise en cause et l'emploi visé, alors, cette jurisprudence a pour fonction d'identifier et de réparer les formes intentionnelles et répréhensibles de la discrimination<sup>6</sup>.

L'arrêt *Wards Cove Packing Co v. Atonio* de 1989 a rappelé qu'il ne suffit pas de démontrer un déséquilibre au sein du personnel, le plaignant doit identifier quelle pratique

---

<sup>1</sup> CJCE, 31 mars 1981, *J.P. Jenkins c/ Kingstate Ltd.*, aff. 96/80, point 14.

<sup>2</sup> LANQUETIN M-T, in *La lutte contre les discriminations : initiatives publiques et pratiques d'entreprises*, Actes du colloque de la DARES du 9 décembre 2004, Paris, p. 15.

<sup>3</sup> LANQUETIN M-T, In CREDOF, *La lutte contre les discriminations, entre théorie et pratique, entre droit et politique*, op. cit., p. 48.

<sup>4</sup> 401 US 424, 431 (1971).

<sup>5</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, op. cit., p. 111.

<sup>6</sup> SUK J. C-H, « Antidiscrimination Law in the Administrative State », op. cit., pp. 424-425.

particulière de l'employeur constitue une discrimination indirecte. De plus, l'arrêt suggère que la relation manifeste avec les buts légitimes de l'employeur est suffisante pour justifier un impact disproportionné, rejetant le standard de nécessité. Il est aussi exigé dans cette affaire que le plaignant prouve que la pratique mise en cause ne correspond pas à une nécessité pour l'employeur au lieu de placer le fardeau de la preuve de la nécessité économique de la pratique sur le défendeur<sup>1</sup>. Mais la codification en 1991 de l'interdiction des mesures avec *disparate impact* dans le Civil Rights Act peut être regardée comme une tentative de favoriser le standard de la nécessité économique. Si le texte n'exige pas qu'on démontre une stricte nécessité économique, il demande à l'employeur davantage que la démonstration d'un simple lien avec l'emploi visé. Le plaignant peut montrer qu'il existe une pratique alternative qui n'aurait pas un tel impact disproportionné et le texte impose alors l'adoption d'une telle pratique alternative à l'employeur<sup>2</sup>.

Dans son fameux arrêt de 2007 dans lequel la grande chambre de la Cour EDH a retenu l'existence d'une discrimination indirecte, celle-ci a précisé qu'« *en cas de différence de traitement fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible* »<sup>3</sup>. Le juge communautaire n'a, quant à lui, jamais abordé de discrimination « raciale » indirecte, il a surtout traité de discriminations indirectes pénalisant les femmes.

À travers sa jurisprudence, la CJUE donne des indications au juge national sur la manière d'apprécier les justifications de la différence de traitement. La justification doit être objective, poursuivre un objectif légitime (vérifier les mobiles réels de l'employeur) et les moyens doivent être nécessaires et proportionnés au but poursuivi<sup>4</sup>. Evidemment, l'objectif poursuivi doit être sans relation avec la discrimination : il est impossible de s'appuyer précisément sur les faits qui causent l'impact disproportionné<sup>5</sup>. Le plus souvent, les justifications auxquelles le juge est confronté sont basées sur un objectif de politique sociale,

---

<sup>1</sup> 490 US 642, 659-660 [1989].

<sup>2</sup> CS, *Albermarle Paper Co v. Moody*, (422 US 405 [1975]). Pour exemple, le juge américain a accepté dans un arrêt de 1991 une telle mesure alternative. Etait mis en cause un test utilisé pour la promotion d'officiers de police qui affectait particulièrement les candidats noirs et latinos mais l'employeur démontra la fiabilité du test qui prédisait de manière pertinente les performances professionnelles. Le plaignant mit en évidence le fait que les écarts entre certaines notes étaient fiables et que les candidats pourraient être répartis en plusieurs groupes au sein desquels on choisirait les meilleurs, ce qui aurait un moindre impact discriminatoire tout en servant le but légitime de l'employeur et ce sans imposer de trop lourd fardeau à celui-ci (Court of Appeals for the Second Circuit, *Bridgeport Guardians v. City of Bridgeport*, 933 F 2d 1140, 1991).

<sup>3</sup> Cour EDH, gr. ch., 13 novembre 2007, *D. H. et autres c. République tchèque*, *op. cit.*, §196.

<sup>4</sup> CJCE, 9 février 1999, *Seymour-Smith*, aff. C 167/97.

<sup>5</sup> CJCE, 10 mars 2005, *Nikolouidi*, aff. C-196/02, §49.

de politique de l'emploi ou sur des impératifs de rentabilité du marché. L'appréciation du juge est alors, comme le souligne O. De Schutter, profondément politique, car soit il considère le marché comme neutre et accepte alors ce type d'argument, soit il fait peser sur les entreprises l'obligation de compenser les imperfections du marché et rejette ces arguments<sup>1</sup>. De la même manière, la justification d'une différence de traitement par un objectif d'intérêt général, dont la légitimité est reconnue par le Conseil d'Etat, laisse place à une certaine subjectivité dans l'appréciation du juge car « la notion d'intérêt général est plus politique que juridique »<sup>2</sup> : tout dépendra des impératifs sociaux que le juge privilégiera.

La justification de la mesure par les exigences de rentabilité a sa limite : on ne peut accepter qu'un employeur rémunère moins les femmes que les hommes pour un travail identique simplement parce qu'il se trouve des femmes pour accepter de travailler à faible salaire en raison de la faible demande de travail féminin. À l'instar de l'arrêt *Griggs*, il s'agissait de prohiber les pratiques « qui auraient pour effet de 'geler' le statu quo engendré par la discrimination antérieure »<sup>3</sup>. Les considérations générales d'ordre budgétaire pour l'Etat ou d'ordre financier pour un employeur ne constituent pas des justifications légitimes<sup>4</sup>, mais, dès que l'on fait la preuve de l'intérêt de l'entreprise, de sa compétitivité, la justification économique tend à être systématiquement acceptée par la CJUE<sup>5</sup>. Ainsi, dans l'arrêt *Bilka*, la mesure d'exclusion des travailleurs à temps partiel du régime de pensions de l'entreprise qui frappait davantage de femmes a été finalement autorisée au motif que l'art. 119 TCE (actuel art. 157 TFUE) « n'a pas pour effet d'obliger un employeur à organiser le régime de pensions d'entreprise qu'il prévoit pour ses employés de manière à tenir compte des difficultés particulières que rencontrent les employés ayant des charges de famille pour remplir les conditions donnant droit à une telle pension »<sup>6</sup>. L'employeur ne peut donc pas être rendu responsable des discriminations sociétales et les exigences de performances professionnelles sont légitimes. Dans l'affaire *Enderby*, la différence de rémunération contestée entre deux fonctions de valeur égale exercées l'une presque exclusivement par des

---

<sup>1</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail*, op. cit., p. 138-139.

<sup>2</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur le principe d'égalité*, EDCE n°48, Paris, La Documentation française, 1997, p. 44.

<sup>3</sup> C.S., *Griggs*, 401 US 424, 430-431.

<sup>4</sup> CJCE, 24 février 1994, *Roks*, op. cit. ; CJCE, 20 mars 2003, *Helga Kutz-Bauer*, aff. C187/00, point 60.

<sup>5</sup> MOREAU M-A, « Les justifications des discriminations », op. cit., p. 1115. L'auteur relève qu'en Grande-Bretagne, la trop facile admission des arguments économiques, « très liée à l'environnement économique libéral, voire ultra libéral, et la confiance qu'on les juges dans la régulation marchande des rapport de travail », est dénoncée.

<sup>6</sup> CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH*, 170/84, *Rec.*, p. 1607, point 43.

femmes (orthophonistes), l'autre principalement par des hommes (pharmaciens) était justifiée par la pénurie de candidats à l'une des fonctions et par la nécessité de les attirer par des salaires plus élevés. La CJUE estima que « *la situation du marché de l'emploi, qui peut conduire un employeur à majorer la rémunération d'un travail particulier pour attirer des candidats, peut constituer l'une des raisons économiques objectivement justifiées, au sens de la jurisprudence* »<sup>1</sup>.

## 2. *La proportionnalité et la nécessité de la mesure*

Le juge va ensuite vérifier le caractère nécessaire et proportionné des moyens mis en œuvre. Dans son contrôle téléologique de la mesure, le juge communautaire vérifie la nécessité de la mesure par rapport à sa finalité : une pratique peut donc être justifiée par un objectif légitime mais considérée comme discriminatoire si elle est identifiée comme non-proportionnée à un tel objectif<sup>2</sup>. La proportionnalité de la mesure au regard de la justification avancée permet de vérifier la réalité des justifications économiques et évite que des justifications qui reposent sur des modèles stéréotypés de comportement ne soient mis en œuvre. Dans l'arrêt *Enderby*, le juge communautaire admet que la pénurie de candidats puisse justifier le fait pour l'employeur de proposer une rémunération plus élevée aux pharmaciens mais il exige que celui-ci démontre « *dans quelle mesure ces objectifs justifient une différence de rémunération* » et quelle part de la différence est ainsi justifiée<sup>3</sup>. Le juge peut aussi rechercher si des mesures alternatives ne permettraient pas d'atteindre les objectifs de l'employeur sans effet discriminatoire<sup>4</sup> (contrôle de nécessité) car celui-ci doit s'efforcer de concilier ses intérêts économiques avec l'égalité de traitement. L'employeur ne peut donc pas selon la jurisprudence *Danfoss* récompenser une prétendue et vague flexibilité des hommes par de meilleures rémunérations mais il lui sera permis de récompenser « *l'adaptabilité du travailleur à des horaires et des lieux de travail variables* » pour autant que cette adaptabilité revête effectivement de l'importance « *pour l'exécution des tâches spécifiques qui sont*

---

<sup>1</sup> CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby*, C-127/92, point 26. Constitue également un objectif légitime étranger à toute discrimination fondée sur le sexe la contre valeur de la réduction du temps de travail pour les travailleurs qui acceptent un horaire effectué selon un système de roulement de trois équipes (CJCE, 30 mars 2000, *Jämställhetsombudsmannen*, aff. C-236/98, *Rec.* 2000 I p. 2189).

<sup>2</sup> De même, pour que le juge autorise le recours à une action positive, il faut que celle-ci réponde à l'exigence de proportionnalité pour respecter le principe d'égalité. Cf. CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et autres c/ Fogelqvist*, aff. C 407/98, *Rec.*, p. I-5539, point 55.

<sup>3</sup> CJCE, 1993, *Enderby*, *op. cit.* L'employeur peut donc légitimement différencier les rémunérations sur le fondement de la loi de l'offre et de la demande mais il ne peut exploiter et renforcer les discriminations systémiques qui aboutissent à sur-représentation des femmes parmi les orthophonistes et à leur sous-représentation parmi les pharmaciens pour moins rémunérer les premiers.

<sup>4</sup> CJCE, 1996, *Lewark*, aff. C 457/93, *Rec.* 1996, p. I-243. S'il existe une mesure alternative pour remplir le même but sans produire les effets discriminatoires, la justification est considérée comme non proportionnée.



*confiées au travailleur* » sans qu'il importe que ce critère joue au détriment des femmes et ce, même si la CJUE reconnaît qu'« *en raison de leurs tâches ménagères et familiales dont elles ont souvent la responsabilité, peuvent moins aisément que les travailleurs masculins, organiser leur temps de travail de façon souple* »<sup>1</sup>.

Dans la jurisprudence britannique, le juge met en balance l'effet discriminatoire de la mesure et le besoin raisonnable que peut avoir le défendeur de cette mesure (« *Hampson balancing test* »)<sup>2</sup> et dans une nécessaire convergence avec les règles communautaires, il exige aussi que la mesure soit « raisonnablement nécessaire »<sup>3</sup>. Les objectifs de sécurité peuvent donc être opposés aux revendications des minorités « ethniques » et religieuses relatives aux vêtements et à l'apparence. Ainsi, dans la jurisprudence *Singh v. British Rail Engineering Ltd*<sup>4</sup>, le juge a estimé justifiée l'obligation pour tous les employés, y compris les Sikhs, de porter des couvre-chefs de protection. De même, l'interdiction de porter la barbe dans les ateliers de confiserie pour éviter toute contamination est justifiée<sup>5</sup>.

Pour apprécier la proportionnalité de l'atteinte, le juge doit vérifier le caractère transparent de la mesure car de façon générale, l'employeur ne peut justifier la différence de traitement en se fondant sur les seules modalités d'exercice de son pouvoir de direction et d'appréciation, d'évaluation des salariés en raison du manque d'objectivité de

---

<sup>1</sup> CJCE, 17 octobre 1989 *Danfoss*, aff. 109/88, *Rec.*, p. 3199, points 19 à 22.

<sup>2</sup> C.A., *Hampson v. Department of Education*, ICR 179, 1989, H.L., *Webb v. EMO Air Cargo*, 4 All ER 929, 1992, p. 936d. La jurisprudence britannique n'a pas toujours été aussi exigeante. Ainsi, dans un arrêt de 1982, la nécessité de la mesure n'était pas requise et une justification sensée et tolérable pour les personnes saines d'esprit (« *acceptable to right-thinking people as sound and tolerable* ») était acceptée (C.A., *Ojutiku v. Manpower Service Commission*, ICR 661, 1982). In CONNOLLY M. *Townsend-Smith on Discrimination Law*, *op. cit.* p. 272.

<sup>3</sup> La jurisprudence britannique avait été en ce sens dans une affaire de discrimination indirecte fondée sur les origines nationales concernant la délivrance du diplôme du barreau : une obligation de suivre des cours de droits pendant un an était prévue pour ceux dotés d'un diplôme obtenu au Royaume-Uni mais cette obligation était portée à 21 mois pour ceux qui avaient obtenu leur diplôme en dehors du Royaume-Uni. Le but avancé par le défendeur était considéré comme un objectif légitime (les avocats doivent avoir une bonne connaissance des habitudes anglaises et la manière la plus facile d'identifier une telle expérience était d'exiger un diplôme britannique) mais les moyens pour y parvenir furent jugés non nécessaires (*Bohon-Mitchell v. Common Professional Examination Board*, IRLR 525, 1978). V. CONNOLLY M. *Townsend-Smith on Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, pp. 275-298.

Le juge canadien reprend cette exigence. Lorsqu'un plaignant a présenté une accusation de discrimination apparemment fondée, il appartient à l'employeur de justifier la norme contestée en établissant de façon prépondérante : (1) que l'employeur a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exercice de la fonction ; (2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant de toute bonne foi qu'elle était nécessaire pour l'accomplissement de cet objectif légitime lié au travail ; (3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour l'accomplissement de cet objectif légitime lié au travail (Cour suprême du Canada, *Colombie britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R 3, §50 à 54). V. VIZKELETY B., « La législation relative à la discrimination : une perspective canadienne », *op. cit.*, pp. 31-32.

<sup>4</sup> Employment Appeal Tribunal (E.A.T.), ICR 22, 1986.

<sup>5</sup> E.A.T., *Singh v. Rowntree Mackintosh Ltd*, ICE 554, 1979; E.A.T., *Panesar v. The Nestle Co Ltd*, IRLR 199, 1979.

l'argumentation. Ainsi, pour la CJUE, des critères objectif d'une disparité de traitement sont « des critères objectivement vérifiables, fixés de manière générale et à l'avance »<sup>1</sup>. Pour exemple, une politique opaque, non-transparente de l'employeur amène à considérer la situation comme discriminatoire<sup>2</sup>. Il en est de même pour les juges britannique et américain<sup>3</sup> sauf dans des cas très particuliers pour lesquels le recrutement est nécessairement subjectif et discrétionnaire<sup>4</sup>. Cette approche a un effet de rationalisation de la gestion des ressources humaines par les entreprises car toute décision doit être transparente et justifiée<sup>5</sup>. Le caractère nécessaire de la mesure permet donc d'écartier des justifications basées sur des modèles stéréotypés exprimés à travers des considérations commerciales.

Si le juge français adopte la démarche communautaire, soit il « examine la proportionnalité de la mesure par rapport à l'objectif de l'entreprise, soit il examine aussi la pertinence de l'objectif, soit enfin il considère que le droit fondamental doit être strictement respecté »<sup>6</sup>. Faute de contentieux<sup>7</sup>, les interrogations sur la discrimination indirecte, telle qu'elle sera appréhendée par le juge français, persistent tant sur les faits qui permettront de présumer une discrimination indirecte que sur les justifications qui permettront d'échapper à

---

<sup>1</sup> CJCE, 8 décembre 1991, *Posthumus c. Oosterwood*, aff. C-121/80, p. 5859.

<sup>2</sup> CJCE, 1989, *Danfoss*, *op. cit.*.

<sup>3</sup> Selon la jurisprudence britannique, la discrimination indirecte vise les procédures de recrutement qui manquent de formalisation, d'objectivation et de transparence (E.A.T., *Watches of Switzerland v. Savell*, IRLR 141, 1983). La jurisprudence américaine va dans le même sens : un postulant noir, qui se voit refuser une promotion à une position d'encadrement dans une banque alors que l'employeur n'a aucun critère formel de sélection mais s'appuie sur le jugement subjectif des responsables blancs, est victime de discrimination indirecte (C.S., *Watson v. Fort Worth Bank and trust*, 487 US 977 [1988]). Pour le juge O'Connor, la jurisprudence *Griggs* pourrait être sans effet si l'analyse de l'impact disproportionné ne s'appliquait qu'aux sélections et pratiques standardisées. D'autant, que dans le contexte de décisions subjectives ou discrétionnaires, il sera plus facile à l'employeur de produire *a posteriori* les preuves d'une justification objective (d'un lien entre sa procédure et l'emploi concerné) que dans le contexte de tests standardisés. In CONNOLLY M., *Townsend-Smith on Discrimination Law*, *op. cit.*, p. 251.

<sup>4</sup> C.A., *Coker v. Lord Chancellor*, ICR 321, 2002 (GB): recrutement par le ministre de la Justice de son conseiller spécial mis en cause car il impliquait que les candidats devaient connaître déjà le Ministre personnellement, or, dans son cercle de connaissances, on trouve une grande majorité d'hommes blancs. Mais l'E.A.T. puis la Cour d'Appel rejetèrent le recours. Cité In CONNOLLY M., *Townsend-Smith on Discrimination Law*, *op. cit.*, p. 261 et s.

<sup>5</sup> Néanmoins, le défaut de la définition de la discrimination indirecte retenue par les directives de 2000 est qu'elle ne tient pas compte du fait que dans la grande majorité des cas, l'évaluation des candidats à un emploi ou une promotion est aussi réalisée à partir de critères très informels (notamment dans le cadre des entretiens d'embauche) ou de critères très vagues tels que la personnalité, la présentation d'un candidat. Seule une évaluation statistique *a posteriori* de l'impact de tel critère ou tel processus permettra de dévoiler leur caractère discriminatoire (In *Thematic EU/International Legal Study on impact of the Race Equality Directive*, Fundamental Rights Agency, 30 avril 2009, p. 44).

<sup>6</sup> MINE M., « Approche juridique de la discrimination raciale au travail... », *op. cit.*, p. 102.

<sup>7</sup> Dans l'arrêt du 9 janvier 2007 par lequel la chambre sociale consacre la discrimination indirecte, le juge ne fait pas mention des possibilités de justification relatives au mode de calcul retenu par l'entreprise pour l'aménagement et la réduction du temps de travail. La cour de renvoi aura certainement à se prononcer sur ce point essentiel (Cass. soc., 9 janvier 2007, n° 05-43962, *op. cit.*).

cette qualification. Le rôle des syndicats, des associations et des organismes spécialisés sera fondamental pour faire émerger devant le juge ces discriminations indirectes étant donné la technicité de la notion. Les standards de référence issus de la jurisprudence communautaire en matière de discrimination sexuelle devront guider le juge national dans son appréciation des justifications. Pour Olivier De Schutter, la jurisprudence communautaire « se fonde sur une répartition des tâches entre le public et le privé dans la lutte contre les discriminations »<sup>1</sup> : il revient aux pouvoirs publics de modifier le contexte de l'activité économique. Mais, en interdisant la justification de certaines mesures aux effets discriminatoires par des considérations économiques, « l'État serait incité en retour à intervenir afin de soulager l'employeur d'une partie au moins de ce fardeau, à peine de placer les entreprises opérant sur son territoire dans une situation concurrentielle peu favorable »<sup>2</sup>.

Mais une vision statistique de la discrimination indirecte pourrait imposer l'objectif de représentativité du personnel<sup>3</sup> : la discrimination indirecte entendue de manière extensive (similarité très approximative des situations comparées, possibilités réduites de justification...) appellerait alors la recherche de la diversité comme preuve d'égalité. La logique quantitative aboutit ainsi à un glissement de la notion de discrimination indirecte vers la notion de discrimination systémique et rend alors inévitable la mise en œuvre de mesures préférentielles fondées sur des critères « ethno-raciaux » pour compenser l'impact disproportionné constaté, qu'il s'agisse d'une injonction accompagnant la sanction du juge ou d'une initiative de l'entreprise elle-même qui cherche ainsi à éviter une condamnation pour discrimination indirecte<sup>4</sup>. Une définition extensive de la discrimination indirecte permet d'exiger des entreprises qu'elles participent à la lutte contre les discriminations systémiques qu'elles participent à renforcer. Mais, en leur faisant porter la responsabilité de discriminations et d'inégalités qui interviennent en amont ou à côté de l'organisation, on favorise aussi une focalisation du combat antidiscriminatoire sur le seul domaine de l'emploi. Ainsi, « une conséquence potentiellement perverse de ce transfert est que les pouvoirs publics risquent de ne pas accorder l'attention requise, et de ne pas investir les ressources nécessaires,

---

<sup>1</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>2</sup> *Ibid*, p. 143.

<sup>3</sup> MINE M., « Approche juridique de la discrimination raciale au travail... », *op. cit.*, p. 102.

<sup>4</sup> Ainsi Sophie Latraverse précise au sujet de la discrimination indirecte que ce « dispositif entend offrir un outil permettant de détecter les effets induits de certaines règles, prévisibles ou non, en imposant leur remise en cause, la compensation de leurs effets et la mise en place de correctifs » (souligné par nous). In « Tradition française et politique européenne de lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 99.

à améliorer l'employabilité des personnes »<sup>1</sup>. La promotion de la diversité demandée aux organisations risque alors de devenir « le substitut d'une politique publique plus structurelle de promotion de l'égalité des chances, c'est-à-dire d'une politique dont l'objectif serait de transformer les conditions dans lesquelles les individus se préparent à rentrer sur le marché du travail ». Or, le recul des discriminations systémiques qui favorisent la construction des stéréotypes exige que les pouvoirs publics s'impliquent davantage dans l'élimination des discriminations « raciales » dans les secteurs de l'école ou du logement et dans la réduction des inégalités et des facteurs de reproduction sociale.

En outre, si la notion de discrimination indirecte, telle que dégagée par la jurisprudence communautaire, était réellement mise en œuvre, « le recours aux actions positives serait sans doute moins nécessaire »<sup>2</sup>. En effet, si la discrimination indirecte, dans sa définition juridique étroite, est combattue via notamment des politiques de promotion de l'égalité de traitement qui favorisent l'objectivation des processus de sélection, la représentation des personnes issues de l'immigration devrait notablement évoluer, surtout si, en amont, la collectivité assure une réelle égalité des chances.

## §2) L'aménagement de la preuve de la discrimination directe

En l'absence d'aménagement de la preuve, il est difficile de prouver que la différence de traitement constitue une inégalité fondée sur un critère illégitime, c'est-à-dire une discrimination directe, face à la liberté contractuelle dont dispose l'employeur : « le célèbre adage *idem est non esse et non probari*, selon lequel il y a équivalence entre l'absence de droit et l'absence de preuve, résume bien la situation dans laquelle se trouvent les victimes de discrimination »<sup>3</sup>. Ce réaménagement de la preuve devait permettre de sortir de l'impunité dont bénéficient les auteurs de discriminations et d'assurer un procès équitable au sens de l'article 6-1 de la Cour EDH aux victimes de discriminations<sup>4</sup>. Il permet en effet d'alléguer une situation discriminatoire sans avoir à apporter des éléments précis sur les causes - c'est-à-

---

<sup>1</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, op. cit., p. 112-113.

<sup>2</sup> LANQUETIN M-T, in *La lutte contre les discriminations : initiatives publiques et pratiques d'entreprises*, Actes du colloque de la DARES du 9 décembre 2004, Paris, p. 15.

<sup>3</sup> Intervention du député P. Vuilque (PS), A.N., session ordinaire de 2000-2001, 3<sup>ème</sup> séance du 3 avril 2001, Discussion de la proposition de loi n°256 relative à la lutte contre les discriminations, 2<sup>ème</sup> lecture, *J.O.A.N.*, (C.R.), n° 18 (3), 4 avril 2001, p. 1726.

<sup>4</sup> L'aménagement de la preuve pourrait ainsi correspondre à « l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause (y compris ses preuves) dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » (Cour EDH, 27 octobre 1993, *Dombo Deheer BV c/ Pays-Bas*, A.274, *JCP éd. G* 1994, p. I-3742, obs. F. Sudre).

dire des décisions (notation, refus de formation, de promotion...) qui constitueraient autant de discriminations directes et/ou indirectes - de cette inégalité de fait<sup>1</sup>. L'employeur peut alors, en s'appuyant notamment sur des notations médiocres, des sanctions disciplinaires du salarié qui ont fondé l'inégalité de traitement, justifier objectivement le retard de carrière, le différentiel salarial.

Le droit français a, en matière civile et administrative, intégré l'aménagement de la preuve prescrit par le droit communautaire (A). Sa mise en œuvre se réalise à travers les deux étapes de comparaison et de justification (B). Il ne s'applique pas aux juridictions pénales (C).

#### A) Un nouveau régime probatoire

Le juge communautaire, reprenant les solutions du droit anglo-saxon, a estimé que « *la charge de la preuve peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité (...)* »<sup>2</sup>. En France, les rares recours civils en matière de discrimination ne pouvaient qu'échouer « tant que l'on imposait aux salariés d'administrer la preuve de l'intention discriminatoire, c'est-à-dire de la volonté de l'employeur de prendre en compte un critère de distinction illicite »<sup>3</sup>. Constatant l'absence de contentieux et les exigences des juges nationaux, le législateur communautaire est intervenu en inscrivant l'obligation pour les Etats membres d'instituer ce régime probatoire dans la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve de la discrimination sexuelle. Cet aménagement de la preuve vaut non seulement pour la discrimination indirecte mais aussi pour la discrimination directe : « *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 de violation du principe d'égalité* »<sup>4</sup>. Le mécanisme probatoire du contrôle du respect de l'égalité de traitement comprend donc deux étapes.

---

<sup>1</sup> Cet aménagement de la preuve était aussi vivement recommandé par l'ECRI : si la victime établit « *des faits qui permettent de présumer qu'il y a eu discrimination indirecte ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu discrimination* ». In ECRI, Recommandation de politique générale n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale adoptée le 13 décembre 2002, *op. cit.*, p. 7.

<sup>2</sup> CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby*, aff. C-127/92.

<sup>3</sup> HENRY M., « Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations », *Droit ouvrier*, mai 2001, p. 194.

<sup>4</sup> Directive n° 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve en cas de discrimination fondée sur le sexe, art. 4, §1 (*J.O.C.E.*, n° L 14, 20 janvier 1998, p. 6). Souligné par nous

Les Directives « Race » et « Emploi » de 2000 reprennent le partage de la preuve mais le demandeur devra établir qu'un « *désavantage particulier* »<sup>1</sup> touche le ou les membres d'une catégorie protégée. Cela constitue un allègement supplémentaire de la charge de la preuve. Cet aménagement de la preuve découle de l'objectivation de la notion de discrimination directe : à partir du moment où le droit prend en compte la discrimination comme fait social et notamment comme un phénomène parfois inconscient en se focalisant sur les effets discriminatoires et non plus l'intention, on ne peut exiger de la victime qu'elle apporte d'autres preuves que des éléments sur le désavantage subi. Néanmoins, les directives entérinent un rééquilibrage et non un renversement de la charge de la preuve. Comme le souligne la Cour de Luxembourg, le fardeau de la preuve n'est que « *déplacé* » : le requérant doit en effet présenter « *des éléments de faits susceptibles de caractériser une atteinte au principe de l'égalité de traitement* »<sup>2</sup> puis le cas échéant, le défendeur pourra s'exonérer de la présomption de discrimination en présentant des justifications objectives de l'inégalité.

### 1. *L'aménagement de la preuve devant les juridictions civiles*

Le droit civil connaissait déjà des aménagements de la preuve en faveur du salarié dans les cas de licenciement et de sanctions disciplinaires<sup>3</sup> mais ce n'était guère le cas pour les discriminations. En la matière, la discrimination syndicale a servi d'aiguillon à la lutte contre les discriminations<sup>4</sup>. Il s'agit en effet du contentieux le plus ancien et le plus fréquent<sup>5</sup>. Néanmoins, les premières condamnations pour discrimination syndicale s'appuyaient directement sur l'intention discriminatoire manifeste de l'employeur. C'est seulement à partir des années 1980 que la Cour de cassation a déduit la preuve de l'intention discriminatoire de la concomitance d'un traitement défavorable envers le salarié et de sa désignation en tant que délégué syndical. Elle a ainsi facilité la preuve de la discrimination en s'affranchissant progressivement de l'exigence traditionnelle de preuve de l'intention discriminatoire et en décidant que la simple prise en considération de l'activité syndicale suffisait pour caractériser

---

<sup>1</sup> Article 2 § 2 b) de la directive 2000/43/CE.

<sup>2</sup> CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby c/ Frenchay Health Authority*, point 14.

<sup>3</sup> L'ex art. L. 122-14-3 du code du travail prévoyait que le juge en cas de recours contre un licenciement forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin par toutes les mesures d'instruction et si un doute subsiste, il profite au salarié. Il en était de même en cas de sanction disciplinaire (ex art. L. 122-43 CT).

<sup>4</sup> Avant même que le législateur n'érige le critère de l'affiliation syndicale en critère prohibé, la Cour de cassation, sur le fondement du Préambule de 1946, avait d'ores et déjà condamné de tels agissements. V. LYON-CAEN P., « La lutte contre les discriminations syndicales », in B. Lardy-Pélissier et J. Pélissier (dir.), *Le syndicalisme salarié*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2002, p. 31.

<sup>5</sup> Les pourvois portant sur des questions de discrimination syndicale constituent à eux seuls 30% des pourvois en matière antidiscriminatoire, in Rapport de la Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation*, 2008, p. 90.

la discrimination<sup>1</sup>. Enfin, l'aménagement de la preuve a été entériné à la fin des années 1990<sup>2</sup>. Sous l'influence du juge communautaire, la Cour de cassation a en effet anticipé les directives 97/80, 2000/43 et 2000/78 en aménageant les principes probatoires dans un sens plus favorable aux salariés en matière d'égalité entre hommes et femmes, de discrimination syndicale et d'égalité des rémunérations.

Plusieurs décisions de la chambre sociale de la Cour ont entériné les positions du juge communautaire marquant un « tournant »<sup>3</sup> dans le régime probatoire de la discrimination directe à la fin des années 1990. Dans son fameux arrêt *Seillier* de 1999, la Cour a livré un attendu de principe qui a été peu à peu systématisé dans les affaires de discrimination fondée sur le sexe : « *s'il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* »<sup>4</sup>.

Le 28 février 2000, l'arrêt *Fluchère*, qui reprend le même attendu, marque l'extension de l'aménagement de la preuve aux discriminations syndicales<sup>5</sup>. Il suffit dorénavant d'avancer la preuve d'un retard significatif de carrière, par rapport à d'autres salariés non mandatés ou non syndiqués et se trouvant dans une situation comparable, pour démontrer que l'appartenance syndicale a été prise en considération dans la politique salariale de l'employeur. Quelques mois plus tard, la Cour de cassation étend cette solution à tous les salariés. Elle rappelle qu'il incombe à l'employeur, contestant le caractère inégalitaire du traitement réservé au salarié qui

---

<sup>1</sup> Une telle approche apparaissait dès 1987 : Cass. soc. 19 mai 1987, *Droit ouvrier*, 1988, p. 452 (l'employeur a pris en considération, pour la répartition du travail, de l'absentéisme occasionné par la prise des heures de délégation).

<sup>2</sup> Pour une analyse plus détaillée de l'évolution de la jurisprudence en matière de discrimination syndicale, v. SWEENEY M., *L'égalité en droit social. Au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, op. cit., pp. 156-162.

<sup>3</sup> LANQUETIN M-T., « Un tournant en matière de preuve de discrimination », *Dr. soc.*, 2000, pp. 589-592

<sup>4</sup> Cass. soc. 23 novembre 1999, *Seillier c/ CEA*, n° 97-42940, *Bull.* 1999 V, n° 447, p. 329 ; *Droit ouvrier*, Mars 2003, n° 619, p. 97, Note M. Miné. De même, dans un arrêt de décembre 2000, la chambre sociale validait l'aménagement de la preuve pratiqué devant les prud'hommes en matière de discrimination salariale entre hommes et femmes (Conseil des Prud'hommes de Tarbes, 23 avril 1998, *Mme Odette Cassou c/ SA Pyrénées Labo Photo* ; Cass. Soc., 19 décembre 2000, *SA Pyrénées Labo Photo c/ Odette Cassou et autres*, n° 98-43331, *Droit Ouvrier*, mars 2001, pp. 116 et s., note M. Miné).

<sup>5</sup> Cass., soc., 28 mars 2000, *Guy Fluchère et autres c/ SNCF*, n° 97-45259, *Bull.* n° 126 : « *Attendu, cependant, qu'il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au syndicaliste, d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat* » (*Dr. Soc.*, 2000, n° 6, p. 593). Voir aussi Cass., soc., 4 juillet 2000, *M. Gisbert c/ Verdome*, n° 97-43285, *Dr. Soc.*, 2000, n° 9/10, p. 919.

a soumis au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de rémunération<sup>1</sup>, d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination<sup>2</sup>. La Cour a ainsi régulièrement confirmé ce nouveau régime probatoire contesté par les employeurs condamnés pour discrimination syndicale<sup>3</sup> et cette position a incité les organisations syndicales à multiplier les recours relatifs à ce motif discriminatoire.

En modifiant la terminologie utilisée, la Cour de cassation semble être allée plus loin dans l'allègement de la charge de la preuve que le juge communautaire : la cour française prévoit en effet que le salarié doit « soumettre » (et non « établir » comme l'indiquent la jurisprudence et les directives communautaires<sup>4</sup>) « des éléments de faits susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement » (et non des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination). La formulation de la Cour de cassation apparaît moins exigeante pour la victime, plus souple<sup>5</sup>. Cependant, contrairement aux affirmations de ses détracteurs, l'aménagement de la preuve n'équivaut pas à une inversion de la charge de la preuve et ce, malgré les difficultés pour le demandeur d'accéder aux éléments de preuve : une simple allégation du salarié ne saurait suffire pour exiger une justification de l'auteur de la décision. La Cour de cassation a ainsi rejeté le pourvoi d'une salariée contre l'arrêt de la Cour d'appel qui avait « constaté l'absence d'éléments susceptibles d'établir que la salariée avait été victime d'une discrimination » alors que la salariée faisait valoir « qu'elle n'était pas en mesure de rapporter la preuve d'exemples précis de comparaison puisqu'elle ne dispose, en sa qualité de salariée, d'aucune information concernant la classification et la rémunération de ses collègues masculins ou féminins cadres ou ingénieurs »<sup>6</sup>.

Ces évolutions ont été reprises par le législateur français dans le cadre de la transposition des directives. Ce nouveau processus probatoire s'applique en matière sociale à toutes les formes de discrimination directe à partir de la loi du 16 novembre 2001. Pour le

---

<sup>1</sup> La Cour de cassation a affirmé « le principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes était l'application du principe général 'à travail égal, salaire égal' » qui doit s'appliquer à tous les salariés qui se trouvent dans une situation identique (Cass. soc., 29 octobre 1996, *Ponsolle*, Bull. n° 359). Pour autant, ce principe d'égalité de rémunération ne se confond pas avec le principe de non-discrimination : ils ne se recoupent que lorsque l'inégalité de rémunération trouve son fondement dans l'un des critères spécifiquement prohibés à l'article L. 1132-1 CT (voir Cass. Soc., 5 juillet 2005, n° 03-44281, Bull. civ., n°231). Le principe autonome « à travail égal, salaire égal » et le principe de non-discrimination bénéficient d'un régime de la preuve identique.

<sup>2</sup> Cass. soc., 10 octobre 2000, *L'Oréal c/ M. Hanafi*, n° 98-41389, *RJS*, décembre 2000, n° 1253

<sup>3</sup> Cass. soc., 17 janvier 2001, *Le Salamandrier Continent c/ Maunier*, n° 98-46412 ; 28 février 2001, *Crédit agricole mutuel de Lorraine c/ M. Hicheri*, n° 98-45681.

<sup>4</sup> Art. 8 de la directive 2000/43 et art. 10 de la directive 2000/78.

<sup>5</sup> MINET C., « Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail », *JCP E*, 2003, p. 896.

<sup>6</sup> Cass. soc., 23 novembre 1999, *Mme Seillier c/ CEA*, n° 97-42940, *D.*, 2000, p. 46.



rapporteur de la proposition de loi, Philippe Vuilque (PS, Ardennes), il s'agit alors de « permettre de s'attaquer aux formes les plus visibles de la discrimination, mais aussi aux situation résultant de longues années de pratiques discrètes »<sup>1</sup>. La rédaction retenue par l'article 11 de la loi du 16 novembre 2001 reprend l'aménagement de la preuve tel qu'il a été dégagé par la jurisprudence française. En effet, selon l'article L. 122-45 al. 4 du code du travail (actuel art. L. 1134-1), le salarié doit dorénavant « *présente[r] des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* » à l'appui de sa plainte<sup>2</sup>. De nombreux députés de l'opposition considéraient que la loi constituait « un nouveau coup porté à la liberté d'entreprendre et à la liberté de l'employeur de choisir librement ses collaborateurs »<sup>3</sup> et instituait « le début d'inversion de la charge de la preuve »<sup>4</sup>. Ils estimaient qu'un tel aménagement de la preuve favoriserait les recours abusifs<sup>5</sup> et viendrait restreindre le nombre d'emplois ou de stages proposés par les employeurs. Un député estima que le texte traduisait « une attitude permanente de défiance envers les employeurs » et qu'« il pourrait ainsi favoriser les délocalisations »<sup>6</sup>. De façon plus générale, les opposants à la loi prédisaient un « engorgement des tribunaux » qu'on est loin d'avoir constaté à l'heure actuelle<sup>7</sup>. Revenant sur la formulation de la proposition de loi jugée trop extensive par rapport aux dispositions communautaires, le Sénat avait aussi tenté d'obliger le salarié à « *établir des faits* » tandis que le défendeur devait seulement prouver que sa décision « *n'est pas contraire*

---

<sup>1</sup> « La loi sur les discriminations au travail va être renforcée », *Le Monde*, 12 octobre 2000.

<sup>2</sup> Le code du travail instaure ce même aménagement de la preuve au bénéfice du salarié ayant relaté une discrimination devant la justice - en qualité de plaignant ou de témoin - et victime de ce fait de représailles dans le cadre de son entreprise.

<sup>3</sup> Intervention du député T. Mariani, A.N., session ordinaire de 2000-2001, 1<sup>ère</sup> séance du 12 octobre 2000, Discussion de la proposition de loi n°256 relative à la lutte contre les discriminations, 1<sup>ère</sup> lecture, *J.O., Débats parlementaires*, A.N. (C.R.), 13 octobre 2000, p.6770.

<sup>4</sup> Intervention du député Mariani, *Ibid.*, p. 9795.

<sup>5</sup> En ce sens, les députés Mariani (RPR) et Salles (UDF) déposèrent les amendements n°35 et 2 pour relever le montant des sanctions pécuniaires prévues par l'art. 32-1 du Code de procédure civile pour les actions en justice dilatoires et abusives. Leurs amendements furent rejetés (A.N., session ordinaire de 2000-2001, 1<sup>ère</sup> séance du 12 octobre 2000, Discussion de la proposition de loi n°256 relative à la lutte contre les discriminations, 1<sup>ère</sup> lecture, *J.O., Débats parlementaires*, A.N. (C.R.), 13 octobre 2000, p. 6793). Pour information, suite aux décrets n° 2001-373 et n° 2005-1678, l'amende civile prévue par l'art. 32-1 NCPC est de 3.000 € maximum.

<sup>6</sup> Intervention du député Jean Auclair, AN, (CR), 1<sup>ère</sup> séance du 6 novembre 2001, Discussion en lecture définitive d'une proposition de loi relative à la lutte contre les discriminations, *J.O.*, 2001, n°71, 7 novembre 2001, p. 7178.

<sup>7</sup> La Cour de cassation relève ainsi que le contentieux de la discrimination « semble être moins exponentiel qu'on avait pu le penser ». In Cour de cassation, *Rapport annuel 2008, op. cit.*, v. troisième partie : Etude : Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation, « Les discriminations dans le travail », point 1.1.1.2.

*aux dispositions énoncées* ». Ces divergences expliquent la longue procédure parlementaire<sup>8</sup> et l'adoption de la loi par l'Assemblée nationale seule.

Au-delà des relations professionnelles, l'aménagement de la preuve était introduit par la loi du 17 janvier 2002<sup>9</sup> pour les recours déposés au civil concernant des refus de louer discriminatoires<sup>10</sup>. Par la même loi, le code du travail a intégré à l'ex art. L. 122-52 ce même procédé de l'aménagement de la preuve pour les affaires de harcèlement moral et sexuel portées devant les juridictions civiles<sup>11</sup>. La loi du 16 novembre 2001 et la loi du 17 janvier 2002 avaient donc consacré un régime probatoire unifié en matière de discrimination (dans les relations professionnelles et l'accès au logement locatif).

Les dispositions relatives à l'aménagement de la preuve en matière de discrimination et de harcèlement différaient peu. Mais, le 3 janvier 2003, le Parlement a modifié l'ex art. L. 122-52 CT, relatif à l'aménagement de la preuve pour les victimes de harcèlement, en exigeant que le salarié qui se prétend victime de harcèlement sexuel ou moral « *établis*se les faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement »<sup>1</sup> (actuel art. L. 1154-1 CT). Cette formulation, qui reprend celle de la directive européenne, laisse entendre une modification de la méthodologie d'aménagement de la charge de la preuve qui exige une preuve plus spécifique du salarié avant d'exiger une justification de l'employeur. L'art. 4 de la loi du 27 mai 2008 de transposition des directives relatives à la discrimination, sans reprendre la rédaction communautaire, nuance l'aménagement de la preuve de discrimination directe tel que prévu par la loi du 16 novembre 2001 en indiquant que la victime « *présente* les faits qui permettent d'en présumer l'existence » mais sans modifier le libellé de l'art. L. 1134-1 CT. En cas de litige, faute de clarté, le juge pourrait hésiter sur le fondement textuel pertinent.

---

<sup>8</sup> A.N. : 1<sup>ère</sup> lecture le 12 octobre 2000, 2<sup>ème</sup> lecture le 3 avril 2001, nouvelle lecture le 11 octobre 2001, lecture définitive le 6 novembre 2001 ; Sénat : 1<sup>ère</sup> lecture le 9 janvier 2001, 2<sup>ème</sup> lecture le 25 juin 2001, nouvelle lecture le 18 octobre 2001. La réunion de la CMP avait eu lieu le 10 octobre 2001.

<sup>9</sup> Art. 158 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *J.O.*, 18 janvier 2002, p. 1008.

<sup>10</sup> Art. 1<sup>er</sup> al. 4 de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs : « *la personne s'étant vue refuser la location d'un logement présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* », et qu'« *au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée* ». A défaut, « *le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

<sup>11</sup> L'art. L. 122-52 CT prévoyait alors que « *le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* ».

<sup>1</sup> Art. 4 de la loi n°2003-6 portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique, *J.O.* du 4 janvier 2003, p. 255.

## 2. *L'aménagement de la preuve devant les juridictions administratives*

L'aménagement de la preuve n'a pas été étendu aux fonctionnaires par la loi du 16 novembre 2001. Il a fallu attendre quelques années pour que l'aménagement de la preuve soit généralisé pour les seules discriminations « raciales » devant l'ensemble des juges - à l'exception des juridictions pénales - par la loi du 30 décembre 2004 et donc implicitement étendu au contentieux administratif<sup>1</sup>.

Le juge administratif a été confronté, dans une affaire de discrimination syndicale intervenue avant la loi du 27 mai 2008, aux dispositions de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 qui prévoit l'aménagement de la preuve à son art. 10. Considérant que les dispositions n'étaient pas inconditionnelles, la juridiction refusa de reconnaître leur effet direct devant la juridiction administrative<sup>2</sup>. Dans un considérant de principe, le Conseil d'État indique que son contrôle, qui tient compte « *des difficultés propres à l'administration de la preuve* » dans le domaine des discriminations, s'exerce en trois temps : d'abord, il appartient au requérant « *de soumettre au juge des éléments de faits susceptibles de faire présumer* » une atteinte au principe de l'égalité de traitement ; ensuite, il « *incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* » ; enfin, la conviction du juge se détermine au vu des échanges contradictoires et, « *en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile* ». Ce régime probatoire, qui comporte une étape supplémentaire par rapport à l'aménagement de la preuve prévu en droit communautaire et en droit social, reproduit largement celui du célèbre arrêt *Barel*<sup>3</sup>.

Dans cet arrêt *Perreux*, le Conseil d'État constate que la requérante, membre du syndicat de la magistrature, avaient soumis des éléments « *qui peuvent ainsi faire présumer l'existence d'une telle discrimination* » dans le refus de nomination à l'école nationale de la magistrature (ENM), mais il considère que les éléments de comparaison produits en défense démontrent que la nomination « *repose sur des motifs tenant aux capacités, aptitudes et*

---

<sup>1</sup> Art. 19 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *J.O.* du 31 décembre 2004.

<sup>2</sup> La directive précise en effet que les États membres peuvent ne pas appliquer l'aménagement de la preuve aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente et que les dispositions précitées relatives à l'aménagement de la charge de la preuve n'affectent pas la compétence laissée aux États membres pour décider du régime applicable aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction.

<sup>3</sup> C.E., Ass., 28 mai 1954, *Barel*, *Rec.* p. 308, concl. Letourneur, *GAJA* n° 77.

*mérites respectifs des candidates* »<sup>1</sup>. Il ne relève pas ici la nécessité de mesures d'instruction supplémentaires. Il semble pourtant qu'un contrôle plus étroit des justifications aurait pu conduire à une autre conclusion. En effet, alors que la commission consultative avait donné son accord, la requérante avait auparavant postulé en vain à deux reprises et ce alors qu'aucun candidat alternatif n'avait été présenté. De plus, la candidate finalement retenue ne correspondait pas au choix émis par le directeur de l'école et ne semble l'avoir emporté, dans la comparaison des mérites mise en avant par le Garde des Sceaux, qu'en raison de sa meilleure connaissance de l'anglais. Si le juge n'a pas à s'immiscer dans l'appréciation souveraine des mérites, il pouvait néanmoins évaluer la pertinence objective des critères utilisés au vu du poste convoité (la connaissance de l'anglais était-elle en rapport avec la fonction convoitée ?)<sup>2</sup>.

La cour administrative de Versailles a appliqué ce même raisonnement en trois temps alors qu'elle refusait de reconnaître l'effet direct de l'art. 4 de la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les litiges relatifs à l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe. La requérante avait apporté suffisamment d'éléments pour « *faire présumer l'existence d'une telle discrimination* » tandis que le défendeur justifiait « *par une argumentation peu circonstanciée, que la discrimination alléguée ne ressortirait pas des pièces versées au dossier* ». En dépit de ces éléments convaincants, la Cour a estimé que la discrimination n'était pas établie. Elle a ordonné un supplément d'instruction permettant d'établir que les nominations litigieuses ont reposé sur des éléments étrangers à toute discrimination en détaillant avec précision quels pourraient être ces éléments<sup>3</sup>.

Pour des faits postérieurs à la loi du 27 mai 2008 qui n'écarte l'application de l'aménagement de la preuve que pour les juridictions pénales, le Conseil d'État a maintenu le régime probatoire dégagé dans l'arrêt *Perreux*. Cependant, il abouti, dans cet arrêt du 10 janvier 2011, à une solution favorable à la requérante en reconnaissant la discrimination syndicale commise par la Garde des Sceaux. La requérante, magistrate judiciaire, avait sollicité un détachement sur un poste à l'école nationale de la magistrature. Dans un premier temps, suite à l'avis positif de la commission de recrutement de l'école, le directeur de l'ENM avait proposé à la Garde des Sceaux de retenir sa candidature, et celle-ci avait alors émis un avis favorable au détachement sous réserve de l'avis du Conseil supérieur de la magistrature

---

<sup>1</sup> C.E., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298348, *Rec. Dalloz* 2010. Jur.351, note P. Chrestia.

<sup>2</sup> V. les délibérations en ce sens de la HALDE (délibérations n° 2008-186/187/188 du 15 septembre 2008).

<sup>3</sup> C.A.A. Versailles, 5<sup>e</sup> ch., 29 décembre 2009, *Mme D.*, n° 08VE00296. *Concl. S. Davesne, AJDA* 2010, p. 742.

(CSM) puis, dans l'urgence, l'avait autorisé à exercer ses nouvelles fonctions. Toutefois, sur le fondement de l'avis défavorable du CSM, elle refusa son détachement. La requérante, membre du syndicat de la magistrature, releva l'absence de motif invoqué par la ministre pour expliquer ce revirement de position et releva que le poste était resté vacant plusieurs mois. Le juge considère qu'il résulte des pièces du dossier que les « *éléments produits par le ministre de la justice en défense ne permettent d'établir que la décision d'écartier la candidature de [la requérante] (...) repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». En conséquence, la décision, entachée d'erreur de droit, est annulée<sup>1</sup>.

S'il semble parfois difficile de vaincre les réticences du juge administratif à reconnaître une discrimination, notamment quand celle-ci est masquée derrière des arguments de mérite, les recours exercés en matière de discrimination syndicale pourraient néanmoins servir de levier pour faire naître une réelle jurisprudence sur les discriminations et sur l'aménagement de la preuve devant les juridictions administratives.

## B) Les deux étapes du processus probatoire

Les directives communautaires précisent que « *l'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale (...) conformément au droit national* »<sup>2</sup>. Le degré d'exigence des juges sera décisif pour faire basculer la charge de la preuve de la non-discrimination vers le défendeur<sup>3</sup>. Les dispositions jurisprudentielles comme législatives ont donc en commun de placer le juge en position d'arbitre. Il ne doit pas rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)<sup>4</sup>. Avec l'aménagement de la preuve, le risque est « supporté par celle des parties qui a été

---

<sup>1</sup> C.E., 6<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> SSR, 10 janvier 2011, *Mme Karen Levêque*, n° 325268.

<sup>2</sup> Cons. 15 du préambule des directives 2000/43 et 2000/78.

<sup>3</sup> La Cour EDH n'applique pas l'aménagement de la preuve dans les litiges relatifs à l'application de l'art. 14. La grande chambre est ainsi revenue sur un arrêt du 26 février 2004 dans lequel la cour avait décidé de renverser la charge de la preuve pour la faire peser sur le gouvernement défendeur en raison du manquement des autorités à mener une enquête effective sur le mobile prétendument raciste de deux homicides (Cour EDH, 1<sup>ère</sup> sect., *Natchova et autres c. Bulgarie*, n° 43577/98 et 43579/98, 26 février 2004, §158 ; Cour EDH, gr. ch., 6 juillet 2005, §157). Néanmoins, dans un arrêt plus récent, le requérant ayant établi l'existence d'une différence de traitement fondée sur la nationalité, il incombe au gouvernement de démontrer que cette différence était justifiée (Cour EDH, gr. ch., 18 février 2009, n° 55707/00, *Andrejeva c/Lettonie*).

<sup>4</sup> CJCE, 10 juillet 2008, *Firma Feryn*, aff. C-54/07, conclusions de l'avocat général, M. M. Poiares Maduro, 12 mars 2008, §18.

incapable d'emporter la conviction du juge relativement aux faits qu'il avait la charge d'établir »<sup>1</sup>.

### 1. L'établissement d'une présomption de discrimination

En tout état de cause, selon la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, la victime devra « établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'elle présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décision prise à son égard constituerait une discrimination »<sup>2</sup>. La comparaison entre situations analogues est de fait implicite dans la définition communautaire reprise par la loi du 27 mai 2008. Néanmoins, la présomption de discrimination directe n'implique pas nécessairement d'opération de comparaison préalable contrairement aux atteintes au principe d'égalité<sup>3</sup>. La Cour de cassation l'a rappelé en 2009 dans un litige relatif à une discrimination dans la carrière fondée sur l'exercice du droit de grève<sup>4</sup>. En effet, la production d'éléments de comparaison n'est plus exigée dans les cas où une carrière normale subit, suite à un élément parfaitement identifiable, un blocage soudain : la rupture d'évolution dans la carrière suffit alors à caractériser « l'élément de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination » que le salarié doit établir (art. L. 1134-1 CT). Il est ainsi souvent possible de démontrer une modification du traitement du salarié après l'annonce de sa grossesse ou après qu'il ait rendu public sa syndicalisation : dans cette comparaison diachronique de l'évolution de la carrière d'un même individu, il existe souvent un avant et un après qui rend l'appréciation qualitative possible<sup>5</sup> - voire la déduction d'une intention discriminatoire. Mais cette solution est difficilement transposable aux discriminations qui se fondent sur des caractéristiques intrinsèques de l'individu telles que la discrimination « raciale ».

---

<sup>1</sup> HENRY M., « Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations », *op. cit.*, p. 197. En application du principe d'égalité de traitement, la chambre sociale considère que l'employeur, qui ne conteste pas l'existence d'une différence de traitement, est censé l'avoir admise et libère le salarié d'avoir à en apporter la preuve. Cf. Cass. soc., 28 septembre 2004, *Dr. Soc.* 2004, p. 1147, obs. C. Radé ; *R.J.S.* 2005, n° 55.

<sup>2</sup> C.C., décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 89.

<sup>3</sup> Cour de cassation, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, v. troisième partie : Etude : Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation, « Les discriminations dans le travail », point 1-1-1-1-2. Ainsi, l'unique salarié d'une entreprise, qui n'aurait donc pas d'autres collègues avec qui se comparer, peut être victime d'une discrimination en raison de son sexe ou de ses convictions religieuses ou politiques.

<sup>4</sup> Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 07-42849, *Semaine sociale Lamy*, n° 1422, p. 12. La Cour d'appel déboute la salariée qui n'a fourni aucun élément de comparaison avec d'autres collègues de statut identique pour établir la discrimination. La Cour de cassation censure l'arrêt en rappelant que « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés ».

<sup>5</sup> Cass. soc., 10 janvier 2006, n° 04-43070, *Liaisons sociales* n° 14582, 9 mars 2006 : la condamnation de l'employeur est confirmée par le juge de cassation car celle-ci « a constaté que le salarié, qui avait connu d'importantes promotions de 1977 à 1996, avait vu sa carrière brusquement stagner à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1996 et a relevé qu'il existait un lien entre cette stagnation, que la société ne justifiait par aucun élément objectif, et l'appartenance syndicale du salarié ; qu'elle a ainsi, sans encourir les griefs du moyen, légalement justifié sa décision ».

Néanmoins, certaines affaires de discriminations « raciales » explicites n'exigent pas de comparateur. Ainsi, dans l'affaire *Firma Feryn* dans laquelle un employeur avait publiquement annoncé qu'il refusait de recruter des salariés d'origine marocaine, la CJUE a indiqué que les déclarations de l'employeur suffisaient « à présumer, au sens de l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, l'existence d'une politique d'embauche directement discriminatoire ». Faute de justification objective, la Cour a estimé que la discrimination directe au sens de l'art. 2-2(a) de la directive « Race » était caractérisée car les propos publics de l'employeur sont de nature à « dissuader sérieusement certains candidats de déposer leur candidature et, partant, à faire obstacle à leur accès au marché de travail »<sup>1</sup>.

Face à des motifs inconscients ou cachés, la comparaison est néanmoins souvent nécessaire pour établir la présomption de discrimination. Cette exigence découle du libellé même des directives 2000/43 et 2000/78 selon lesquelles il y a discrimination directe si « une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable » en raison du critère prohibé. Le contrôle de l'égalité repose sur l'idée de comparaison, notamment par rapport à une « catégorie idéal-typique de référence qui se trouve être l'homme blanc, catholique, valide et hétérosexuel »<sup>2</sup>. La définition des directives couvre des situations comparables - et non nécessairement identiques - dans le passé, le présent et le futur. Les temps utilisés permettent de réaliser une comparaison *in concreto* qui vise des situations synchroniques comme une succession de personnes au même emploi<sup>3</sup>. Nous avons déjà vu que l'emploi du conditionnel dans la directive « Race » - traduit par un futur antérieur en droit interne - permet aussi une comparaison *in abstracto* avec un référent virtuel. Ces comparaisons entre situations réelles et situations hypothétiques sont utilisées quand la comparaison concrète est rendu impossible par exemple en raison d'une forte ségrégation professionnelle<sup>4</sup>. Ce référent virtuel peut notamment être « constitué » dans le cadre de tests de situation qui permettent de comparer le traitement reçu par une candidature réelle et des dossiers factices créés pour l'occasion<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> CJCE, 10 juillet 2008, *Firma Feryn*, aff. C-54/07.

<sup>2</sup> LOCHAK D., « Egalité et différences. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit », *op. cit.*, p. 58.

<sup>3</sup> La CJUE a admis qu'une discrimination fondée sur le sexe pouvait être constituée quand une femme est moins bien rémunérée qu'un homme exerçant les mêmes fonctions ne l'a été auparavant (CJCE, 27 mars 1980, *Macarthy's ltd c/ W. Smith*, aff. 129/79, *Rec.*, p 1275, point 13) si « un écart moins important mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période » (point 61).

<sup>4</sup> Ce type de comparaison hypothétique est déjà réalisé pour examiner la situation de femmes au regard de la maternité (CJCE, 4 octobre 2001, *Tele Danmark*, aff. C-109/00).

<sup>5</sup> V. *Infra.*, pp. 168 et s.

Lorsque la discrimination alléguée implique plus d'un individu, la comparaison sera réalisée à partir d'analyses statistiques entre groupes de situations similaires<sup>1</sup>. Etablir une présomption de discrimination directe n'exige alors pas de montrer que le critère employé divise les bénéficiaires et les « exclus » de l'avantage en deux groupes parfaitement homogènes vis-à-vis du critère discriminatoire. Si tel était le cas, pour qu'il y ait discrimination directe en raison du sexe, il faudrait que le groupe des personnes recevant une rémunération plus élevée soit exclusivement composé d'hommes et le groupe des défavorisés de femmes. En réalité, ce type de situations aussi caricaturales n'est guère fréquent dans la mesure où le bénéfice d'un avantage ou d'un bien rare n'est pas accordé de manière universelle et repose sur une sélection ardue. De plus, cela reviendrait à restreindre considérablement le concept de discrimination directe que de retenir de telles exigences de comparaison. La jurisprudence ne retient pas une telle interprétation : la discrimination directe peut être établie dès lors que l'un des deux groupes qui sert à la comparaison, celui des « exclus » ou celui des bénéficiaires, est homogène au regard du critère discriminatoire<sup>2</sup>.

La question de l'équivalence des fonctions comparées constitue une première difficulté pour la victime et pour le juge. Plus celui-ci sera exigeant sur leur similarité, voire leur identité, moins la démonstration de l'apparence de discrimination sera accessible à la victime qui doit prouver que sa situation peut être comparée au référent choisi<sup>3</sup>.

La Cour de cassation a longtemps exigé une stricte identité des situations comparées<sup>4</sup> mais sa position s'est assouplie puisqu'elle considère aujourd'hui que « *l'identité des tâches n'est pas un élément nécessaire pour caractériser l'identité de situation* » et indique que la comparaison doit se faire entre « *salariés de l'entreprise ayant notamment la même qualification au regard de la convention collective applicable et occupant un poste de même*

---

<sup>1</sup> La constitution des groupes de référence est un élément essentiel du processus comparatif (CJCE, 13 janvier 2004, *Allonby*, aff. C-256/01, *RJS*, 2004-4, n° 476, obs. K. Berthou).

<sup>2</sup> SWEENEY M., *L'égalité en droit social. Au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, op. cit., pp. 546-547.

<sup>3</sup> CJCE, 26 juin 2001, *S. Brunnhoffer c/ Bank der österreichischen Postsprarkasse AG*, aff. C 381/99, *Rec.*, p. I-4961) : « *Il appartient en conséquence à la requérante au principal de prouver par toute voie de droit qu'elle perçoit une rémunération inférieure à celle versée par la Banque à son collègue masculin de référence et qu'elle exerce en réalité un même travail ou un travail de valeur égale, comparable à celui effectué par ce dernier, de sorte qu'elle est ainsi, à première vue victime de discrimination qui ne s'explique que par la différence de sexe* » (Point 48). Le fait d'être classé dans la même catégorie ne suffit pas, la comparaison s'attache aux conditions de formations et de travail et à la nature des prestations effectivement exercées.

<sup>4</sup> Pour un exemple de la jurisprudence antérieure : la Cour de cassation rappela en 1976 qu'il appartenait aux requérantes, en l'espèce des salariées des Galeries Lafayette, de démontrer que leurs emplois étaient identiques à ceux occupés par les hommes qui percevaient une rémunération supérieure. La comparaison établie sur des salariés de même catégorie et au même échelon de la classification professionnelle ne suffisait pas dans la mesure où ce classement ne déterminait pas automatiquement l'emploi effectivement attribué par l'employeur (Cass. soc., 24 novembre 1976, *Galeries Lafayette*, n° 75-40551, *Bull.* V n° 619).



niveau et de même coefficient que celui de l'intéressé »<sup>1</sup>. La Cour fait primer le critère de qualification conventionnelle alors que l'employeur cantonnait la comparaison aux salariés du même atelier alors qu'aucun d'entre eux n'avaient le même coefficient et la même ancienneté en se fondant sur la nécessaire similitude des tâches accomplies<sup>2</sup>. L'appréciation de la discrimination sera réalisée via une comparaison dans l'espace (comparaison au sein d'une unité de travail) mais aussi dans le temps. Conformément aux directives, la comparaison peut ainsi être effectuée entre des salariés ayant occupé successivement un même poste<sup>3</sup>.

Pour autant, le contrôle de la similarité des situations comparées reste sévère notamment dans les allégations concernant les violations du principe « à travail égal, à salaire égal » qui bénéficie du même régime probatoire que les discriminations<sup>4</sup>. Enfin, la fragmentation des entreprises et des statuts, la précarisation de l'emploi constituent autant d'obstacles pour établir une comparaison de situations équivalentes et démontrer la discrimination directe. Comme le souligne Olivier De Schutter de manière plus globale, « les métamorphoses que connaît le contrat de travail et l'évolution des rapports que l'entreprise noue avec son environnement sont en effet peu favorables à l'engagement d'une lutte efficace contre les discriminations »<sup>5</sup>. De ce fait, la méthode statistique n'est pas toujours pertinente car il faut trouver « à la fois des groupes suffisants et comparables »<sup>6</sup>. Cette difficulté, déjà

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 18 juin 2002 *Hadouche c/ Sté Fleury*, n° 2069 F-ND et C.A. Versailles, 8 octobre 2003. V. Comm. de M-T. Lanquetin, *Droit social*, mars 2004, p. 309.

<sup>2</sup> Mais la Cour de cassation s'est récemment montrée moins souple : pour prouver la discrimination, il est nécessaire de comparer deux fonctions strictement identiques et non pas de niveau égal. Donc peu importe que la salariée fasse partie du comité exécutif et qu'elle soit la seule à ne pas avoir les mêmes avantages, la comparaison ne peut s'effectuer qu'entre fonctions strictement identiques et non pas seulement de niveau égal (Cass. soc., 26 juin 2008, n° 06-46204). Dans ces conditions, la seule possibilité pour cette salariée d'obtenir réparation pour discrimination aurait été de prouver que le précédent DRH homme avait une rémunération supérieure à la sienne et une voiture de fonction.

<sup>3</sup> C.A. Toulouse, 17 mars 1995, *SARL Kimono, RJS*, novembre 1995, n° 1132.

<sup>4</sup> Cass. soc., 2 mai 2006, n° 04-46498. La Cour considère « qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément admis que le coefficient 271 appliqué à M. Y... antérieurement au transfert était "supérieur à celui que prévoyait son grade" ; qu'en se fondant sur la seule allégation d'une identité de situation entre M. Y... et six autres salariés relevant du même coefficient, sans relever aucun élément objectif produit par le salarié qui attesterait concrètement l'identité entre ses fonctions et responsabilités et celles de ces salariés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1315 du Code civil et du principe "à travail égal, salaire égal" ».

Cass. soc., 11 juillet 2006, n° 04-44970. La Cour considère en l'espèce « que dès lors, le salarié qui prétend faire l'objet d'une discrimination salariale par rapport à d'autres salariés doit rapporter des éléments précis démontrant qu'il effectue le même travail que ces derniers ; qu'en l'espèce, M. X..., qui faisait état d'une discrimination entre lui et d'autres salariés bénéficiant d'une classification supérieure dont il demandait le bénéfice, se bornait à soutenir, conformément aux constatations de la cour d'appel, qu'il utilisait les mêmes outils de travail, sans rapporter aucun élément sur la nature de ses fonctions et responsabilités susceptibles de caractériser une inégalité de traitement ; qu'en reprochant toutefois à l'employeur de ne pas rapporter la preuve de l'absence de discrimination quand le salarié n'avait au préalable apporté aucun élément susceptible de caractériser l'existence d'une différence de traitement, la cour d'appel a violé l'article L. 123-1 du code du travail ». V. aussi cass. soc., 26 juin 2008, n° 06-46204, *Dr. social*, novembre 2008, p. 1129, obs. M-T Lanquetin : des fonctions différentes ne peuvent être considérées comme de valeur égale.

<sup>5</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, op. cit., p. 134-135.

<sup>6</sup> M-T LANQUETIN., « Le principe de non-discrimination », *Droit ouvrier*, mai 2001, p. 190.

aperçue en ce qui concerne la preuve de la discrimination indirecte, est identique pour les discriminations directes.

La méthode comparative a d'abord été appliquée par la Cour de cassation sur le terrain de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes<sup>1</sup>. Le recours à la méthode statistique mise en œuvre par la CJUE dans le cadre des discriminations de carrière entre hommes et femme a été plus tardif dans le contentieux français<sup>2</sup>. La majeure partie des décisions obtenues suite au recours à la méthode statistique concerne surtout les discriminations syndicales, longtemps vécues comme une fatalité, pour lesquelles le contentieux a récemment explosé. Ces arrêts de principe nous permettent d'entrevoir le cadre général et le temps de la comparaison lors des reconstitutions de carrière de salariés discriminés.

L'essentiel des comparaisons observées porte sur des situations actuelles, et non sur des situations se succédant dans le temps<sup>3</sup> ou des situations hypothétiques. Dans les contentieux relatifs aux reconstitutions de carrière, François Clerc, chargé des questions de discrimination à la CGT, a mis au point une méthode dite de « triangulation » qui permet de visualiser sous forme de tableaux et de graphiques les situations et de calculer le préjudice subi. Un panel de comparants, embauchés en « situation identique et présentant la même ancienneté, le même niveau de diplôme, et les mêmes niveaux de coefficient et de classification dans la filière professionnelle », est constitué grâce aux délégués du personnel et à l'inspection du travail par la consultation du registre du personnel et des listes électorales<sup>4</sup>. La situation du salarié peut alors être comparée à l'évolution de carrière du panel. La discrimination est établie quand la courbe du salarié cesse d'être parallèle à celle des autres

---

<sup>1</sup> Ce mouvement n'est pas nouveau (C.A. Riom, 16 janvier 1995, confirmé par Cass. soc., 12 février 1997, *Mme Douarre c/Usai Champignons* ; Cass. soc., 19 décembre 2000, *Mme Cassou et autres c/Pyrénées Labo Photo* ; Cass. soc., 28 novembre 2000, *Mme Harba c/FNMF* ; Cass. soc., 16 juillet 1998, *Mme Thibault c/Cnavts*) mais il s'est largement intensifié (C.A. Montpellier, 25 mars 2003, *Mme Périmentel c/Ibm* ; C.A. Paris, 6 novembre 2008, *Mme Bastien c/Sté Abi* ; C.A. Versailles, 8 janvier 2009, *SA Hispano-Suiza c/Mme Bouchon* ; Cass. soc. 16 décembre 2008, *Afpa c/Mme O.*).

<sup>2</sup> LANQUETIN M-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 55. V. C.A. Paris, 5 mai 2010, *BNP Paribas*, n° S08/08694-AC

<sup>3</sup> Un exemple ancien de ce type de comparaison a été relevé (C.A. Versailles, 15 avril 1985, *SA Paridoc c/ Mme Ott, Juri-social* 1985, F 60). Il est mis en œuvre depuis longtemps par la CJUE (pour exemple : CJCE, 27 mars 1980, *Macarthys Ltd c/ Wendy*, op. cit.).

<sup>4</sup> Il faut parfois obtenir une ordonnance du bureau de conciliation du Conseil des prud'hommes pour obtenir les informations permettant la comparaison de carrière conformément à l'art. R.516-18 du code du travail (CLERC F., *Droit ouvrier*, janvier 2009, p. 46). Le bureau de conciliation du Conseil de Paris a ainsi rappelé que l'employeur détenteur des documents doit collaborer loyalement à l'instruction et communiquer les pièces demandées sous astreinte (CPH Paris (Bureau de conciliation), 12 janvier 2007, *Droit ouvrier*, 2007, p. 475, note D. Joseph). La Cour de Cassation s'est elle aussi mobilisée en ce sens (Cass. soc., 5 décembre 2007, *Droit ouvrier*, 2008, p. 295).

salariés notamment au moment de sa désignation comme délégué du personnel par exemple<sup>1</sup>. Si la comparaison est nécessaire, reste le principe de l'individualisation des rémunérations tout au long de la carrière des salariés qui pourrait constituer une justification objective de l'employeur.

Concernant les preuves comparatives en matière de discrimination « raciale », se repose la question de la systématisation des statistiques « ethno-raciales » au sein des entreprises et même à l'échelon du recensement pour permettre des comparaisons à l'échelle du bassin d'emploi, de la branche, des diplômés disponibles... En effet, comment prouver, si ce n'est en utilisant des statistiques, que l'échec à un entretien d'embauche ne s'explique que par la prise en compte d'un critère interdit ? Les statistiques pourraient démontrer un pourcentage nettement plus faible de réussite aux entretiens des personnes relevant de telle ou telle caractéristique et établir ainsi la mise en œuvre de préjugés discriminatoires par les recruteurs<sup>2</sup>. Pour autant, même aux États-Unis où les statistiques « raciales » sont à tous les niveaux banalisées, les juges sont souvent septiques quant à la fiabilité des statistiques comme méthode de preuve de la discrimination et des études montrent que les cours américaines s'appuient moins fréquemment sur les statistiques qu'elles ne le faisaient dans les années 1980 et ce alors que les techniques statistiques se sont améliorées depuis<sup>3</sup>. Enfin, quand elles utilisent des statistiques, la plupart des cours se montrent très exigeantes et le résultat est souvent au détriment des plaignants<sup>4</sup>.

En France, en matière de discrimination « raciale », le recours aux statistiques semble plus sensible. Les directives de lutte contre les discriminations encouragent leur utilisation<sup>5</sup>. Pour autant, on peut constater *a posteriori* l'existence de groupes aléatoires en fonction de pratiques d'employeurs dans une entreprise, un bassin d'emploi, pratiques compatibles avec

---

<sup>1</sup> CLERC F., « Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT », *Semaine sociale Lamy*, n°1190, 15 novembre 2004, pp. 6-13.

<sup>2</sup> Pour exemple, le testing vise précisément à révéler cette discrimination.

<sup>3</sup> GOLDSTON James A, « Ethnic data as a tool in the fight against discrimination », European conference on Date to Promote Equality, Helsinki, Finlande, 9 décembre 2004, p.4. Voir la contribution sur [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/fundamental\\_rights/events/helsinki04\\_fr.htm](http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/events/helsinki04_fr.htm).

<sup>4</sup> Ainsi, dans une fameuse affaire de 1987, la Cour suprême américaine, qui a maintenu la peine de mort contre les attaques constitutionnelles, a affirmé la validité d'une étude montrant qu'il était bien plus probable qu'un Noir accusé du meurtre d'une personne blanche soit condamné à la peine de mort que dans toute autre configuration « raciale ». Mais ce n'était pas suffisant pour la Cour pour prouver la probabilité statistique plus forte des Noirs d'être exécutés que les Blancs. Selon les standards constitutionnels, le plaignant doit montrer que le juge, le jury ou le procureur ont voulu dans son affaire le discriminer sur le fondement de sa « race » (C.S., *Mc Cleskey v. Georgia*, 481 U.S. 279 [1987]). On retrouve ici les ambiguïtés de la jurisprudence américaine quant à l'objectivation des discriminations directes comme indirectes.

<sup>5</sup> Considérant 15 des directives 2000/43 et 2000/78 : « L'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte (...) peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques ».

le droit. La directive 95/43 rend en effet la collecte de données personnelles possible si ces informations sont destinées à faire valoir un droit de la personne concernée<sup>1</sup>. De même, la loi de 1978 qui interdit le recueil et le traitement de données personnelles sensibles (comme relative à l'origine) permet la constitution de telles statistiques pour les « *traitements nécessaires à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice* »<sup>2</sup> sans consentement des personnes ni autorisation préalable. En l'occurrence, il s'agit de construction ponctuelle - à l'image du testing accepté par les juges pénaux - et non d'une identification *a priori* des personnes. L'extension de la méthode de triangulation aux discriminations « raciales » dans la carrière peut donc être réalisée sans systématisation des statistiques « ethno-raciales ».

Pour effectuer ces comparaisons statistiques souvent nécessaires, le demandeur devra avoir eu accès à des données concernant d'autres salariés qui ne sont pas en sa possession. Même, si l'on ne peut exiger du demandeur « qu'il se livre à une analyse exhaustive des situations concernées par le cadre où doit s'opérer la comparaison en l'accompagnant d'éléments statistiques », il doit néanmoins « présenter à l'appui de ses dires quelques chiffres sur un échantillon significatif »<sup>3</sup>. Et, obstacle supplémentaire, contrairement au droit anglo-saxon, « l'accès aux preuves ne fait pas partie intégrante du débat en matière civile et la procédure civile offre peu de soutien à cet égard »<sup>4</sup>. Face à ces difficultés, la loi incite les juges à tenir un rôle actif dans la recherche des éléments constitutifs de la discrimination<sup>5</sup>. Toutefois, les avancées de la jurisprudence sur le terrain de l'accès aux preuves restent timides<sup>6</sup>.

À l'image de l'extension de la jurisprudence de la CJUE sur les discriminations indirectes née sur le terrain des discriminations sexuelles, la multiplication des interventions du juge constituera un atout pour préciser l'aménagement de la preuve : la commutativité des critères de discrimination au regard du droit peut constituer « un moteur important de la

---

<sup>1</sup> Art. 8 §2 e de la directive 95/43 du 24 octobre 95 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.* L 295 du 23 novembre 1995.

<sup>2</sup> Art. 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée.

<sup>3</sup> FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 39.

<sup>4</sup> LATRAVERSE S., « Tradition française et politique européenne de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, juillet 2005, n° 125, p. 125-126.

<sup>5</sup> Dernière phrase de l'al. 3 de l'art. L. 1134-1 CT faisant écho aux dispositions du CPC art. 10, 11 et 143 et s. : « *Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, le cas échéant, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

<sup>6</sup> La Cour de cassation affirme qu'« *il appartient au juge de vérifier, en présence d'une discrimination (...) invoquée, les conditions dans lesquelles la carrière des intéressés s'est déroulée* » (Cass.soc., 28 mars 2000, *op. cit.*, *Bull.*, n°126).

législation et de la jurisprudence en matière de lutte contre la discrimination raciale »<sup>1</sup>. Néanmoins, une fois les données réunies, la comparaison réalisée et l'inégalité de traitement établie, vient alors la seconde étape de l'aménagement de la preuve : le défendeur peut justifier par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination la disparité constatée.

## 2. *La justification objective de la différence de traitement*

La nécessité d'une justification fait peser sur l'auteur « une obligation positive essentielle : que l'autorité fournisse une argumentation visant à démontrer que le traitement est conforme à la légalité (au sens de conforme aux normes juridiques) et légitime (au sens de conforme aux valeurs de l'ordre juridique) »<sup>2</sup>. Selon la loi du 16 novembre 2001, l'employeur doit alors « prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »<sup>3</sup>, formulation plus exigeante que celle du droit communautaire (« prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement »)<sup>4</sup>. La justification n'est pas qu'une étape du processus probatoire, elle participe de la définition même de la discrimination, du périmètre de la notion. Ce périmètre dépend alors des justifications qui seront acceptées par le juge, « de l'équilibre qui sera trouvé entre principe de non-discrimination et exigences de l'emploi et plus largement du marché »<sup>5</sup>. L'analyse des justifications renvoie à la discussion sur les discriminations indirectes<sup>6</sup> : certaines justifications ont été acceptées par la CJUE pour échapper à la qualification de discrimination dans le domaine de l'égalité hommes/femmes. Il n'est en effet pas possible de justifier la discrimination directe<sup>7</sup>, seule la différence de traitement peut être justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination. Une fois que le demandeur a établi l'existence d'un

---

<sup>1</sup> FASSIN D., « L'invention française de la discrimination », *op. cit.*, p. 412.

<sup>2</sup> HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE*, *op. cit.*, p. 257

<sup>3</sup> L'art. 4 de la loi du 27 mai 2008 reprend une formulation similaire.

<sup>4</sup> CALVES G., « « Il n'y a pas de race ici ». Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, octobre 2002, n° 17, p. 176.

<sup>5</sup> LANQUETIN M-T., « Le principe de non-discrimination », *Droit ouvrier*, mai 2001, p. 191.

<sup>6</sup> Mais la discrimination indirecte n'aboutit pas au même résultat qu'une discrimination directe (CJCE, 21 septembre 2000, *Borawitz*, aff. C-124/99, *Rec.*, p. I-7293, point 25).

<sup>7</sup> La chambre des Lords du Royaume-Uni a infirmé la décision de la Cour d'appel et de la Haute Cour qui, convaincues que les Roms étaient plus susceptibles de demander asile, considéraient qu'il n'était pas discriminatoire pour les responsables de l'immigration d'exercer un contrôle beaucoup plus resserré à l'entrée de l'avion. La Chambre des Lords a rappelé qu'il n'est pas possible de justifier une discrimination directe même lorsque la supposition qui sous-tend le traitement moins favorable peut être vraie pour le groupe « racial » impliqué : chaque membre de ce groupe doit être traité comme une personne et ne pas être supposée être comme les autres membres de ce groupe (*R. c/ Responsable de l'immigration à l'aéroport de Prague*, 9 décembre 2004, UKHL55). In « Informations récentes des États-membres de l'UE », *Revue de la législation européenne relative à l'anti-discrimination*, n°1, avril 2005, pp. 78-79.

traitement défavorable fondé, pour renverser la présomption, le défendeur doit démontrer que le retard de carrière est justifié non par le motif illicite mais par des caractéristiques objectives du demandeur.

Les discriminations à l'embauche sont particulièrement difficiles à prouver et les statistiques sont plus difficilement mobilisables faute notamment de données sur les candidatures reçues et les entretiens d'embauche. Il existe certes des cas où la discrimination directe sera établie à travers des témoignages sur les propos tenus par le décideur mais, dans la plupart des affaires, les preuves sont plus circonstanciées. La jurisprudence britannique établit que le demandeur doit « *prouver sur la base de probabilité les faits qui permettront au tribunal de conclure, en l'absence d'une explication suffisante, que la partie défenderesse a commis un acte de discrimination* »<sup>1</sup>. Une Cour d'appel a ainsi pu estimer la discrimination « raciale » caractérisée dans une affaire où une postulante chinoise éduquée en Grande-Bretagne n'avait pas été retenue pour un poste dans une ONG favorisant les liens avec la Chine : la postulante parlait couramment le chinois et connaissait la Chine comme il était requis, la liste des candidats pressentis ne contenait que des « Blancs », l'ONG n'avait jamais employé de salarié d'origine chinoise et l'employeur n'avait pu démontrer qu'il n'avait pas défavorablement traité la postulante sur le fondement de sa « race »<sup>2</sup>.

Pour les salaires, quand, l'employeur tente de justifier les inégalités de traitement en invoquant l'individualisation des rémunérations et la spécificité de situation du demandeur, il est alors confronté à la jurisprudence *Danfoss* de la CJUE relative au principe de transparence des classifications professionnelles : le plaignant peut être exonéré de la charge de la preuve s'il lui est impossible de réunir les éléments de faits en raison du comportement même de la personne suspectée de discrimination<sup>3</sup>. De même, la Cour de cassation considère que l'employeur, qui refuse de produire les documents concernant les évolutions de carrière des salariés et qui se retrouve incapable de justifier les stagnations de carrière alléguées par des éléments étrangers à toute discrimination, ne répond pas aux exigences de l'aménagement de

---

<sup>1</sup> C.A., *Igen Ltd. & Others v. Wong, Chamberlin & Others v. Emokpae, Webster v. Brunel University* [18 février 2005] *EWCA Civ.* 142. Cité par F. PALMER, « Le rétablissement de l'équilibre des forces dans les cas de discrimination : le transfert de la charge de la preuve », *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, édition n° 4, novembre 2006, pp. 27-30.

<sup>2</sup> C.A., *King v. Great Britain-China Centre, IRLR 513*, 1997. V. aussi H.L., *Glasgow CC v. Zafar, IRLR 36*, 1998. In M. Connolly, *Townsend-Smith on Discrimination Law, op. cit.*, p. 191

<sup>3</sup> CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. 109/88, *Rec.*, p. 3199, point 13.

la preuve et ne peut plaider le défaut d'insuffisance de preuve du demandeur<sup>1</sup>. Dans une affaire ultérieure de 2003, la Cour d'appel d'Angers avait indiqué que lorsque l'employeur rapporte la preuve d'une gestion des carrières individualisée et qu'il n'est pas établi que les activités syndicales aient été prises en compte dans les fiches de notation du salarié en l'absence de preuve d'une consigne collective discriminatoire dans l'entreprise, la discrimination n'était pas établie<sup>2</sup>. Mais la Cour de cassation a cassé cette décision en rappelant, conformément à la jurisprudence de la CJUE, que si « *le salarié alléguait l'existence d'une différence de sa rémunération tenant au faible niveau de son compte points* », les juges devaient « *rechercher si l'employeur apportait la preuve qui lui incombait qu'elle était justifiée par des éléments objectifs étrangers à l'exercice du mandat syndical* »<sup>3</sup>. Enfin, dans un arrêt du 28 septembre 2004 concernant l'attribution d'une augmentation au mérite résultant de l'appréciation par l'employeur du travail du salarié, la chambre sociale indique qu'en présence d'une disparité de traitement, il appartient au juge de vérifier si l'employeur justifie sa décision par des éléments objectifs « *qui ne sauraient résulter du seul exercice d'un pouvoir discrétionnaire* »<sup>4</sup>. La gestion individualisée des carrières et des rémunérations doit donc reposer sur des critères objectifs et vérifiables.

Il est nécessaire que l'octroi d'avantages ne dépende pas de la seule volonté de l'employeur ou du supérieur hiérarchique du salarié. Le contentieux sur l'égalité de traitement en matière de rémunération a permis de préciser le cadre des justifications objectives admises : la différence de rémunération doit correspondre à « *une différence de travail fourni* »<sup>5</sup> à moins que le diplôme et l'expérience n'aient été « *déterminants lors de l'embauche* »<sup>6</sup>. La Cour de cassation confère aux juges du fond la mission de « *contrôler concrètement la réalité et la pertinence* » de la justification de la distinction<sup>7</sup>. Se profile ainsi, sous cette exigence de pertinence, « *un contrôle de proportionnalité de la disparité au regard des raisons invoquées* »<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> C.A. Montpellier 25 mars 2003, *Buscail c/ IBM*, n° 0200504. La demandeuse avait produit une comparaison des carrières des salariés hommes et femmes de niveau de compétence identique embauchés la même année et graphique révélant les écarts de rémunération de ces salariés ainsi que des témoignages concordants. Un expert avait été nommé par la Cour mais IBM avait refusé de transmettre des documents demandés.

<sup>2</sup> C.A. Angers, 26 juin 2005, *M Cerisier c/ Michelin, M. Prouveau c/ Michelin, M. Gripay c/ Michelin*.

<sup>3</sup> Cass. soc., 4 octobre 2005, n° 03-45688, n° 03-45689, n° 03-45690.

<sup>4</sup> Cas. Soc., 28 septembre 2004, *Sté Idex*, n° 03-42624, *Bull.* n°227.

<sup>5</sup> Cass. soc., 9 décembre 2003, n° 01-43039.

<sup>6</sup> Cass. soc., 18 juin 2008, n° 06-4606.

<sup>7</sup> Cass. soc., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 75.

<sup>8</sup> Cour de Cassation, *Rapport, Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation, op. cit.*, p. 88.

L'aménagement de la preuve en matière de discrimination directe a des incidences sur les obligations qui pèsent dorénavant sur les employeurs. La limite posée à la liberté contractuelle de l'employeur n'oblige pas ce dernier à traiter de manière identique tous ses salariés mais elle l'oblige à s'expliquer sur les différences de traitement. Il doit donc respecter une obligation de transparence. Même dans le cadre de politiques d'individualisation des carrières et des rémunérations, la jurisprudence de la Cour de cassation implique pour l'employeur de pouvoir justifier objectivement les différences de carrière ou de rémunération de deux salariés placés dans la même situation. Le principe d'égalité de traitement le force ainsi à s'expliquer sur la clé de répartition des avantages octroyés pour éviter l'arbitraire. Cette transparence sur des critères objectifs et matériellement vérifiables est en effet un préalable nécessaire au contrôle du pouvoir de l'employeur par les juges.

### C) Aménagement de la preuve et droit pénal

Le contentieux relatif à la discrimination « raciale » est faible devant les juridictions sociales. Ce type de discrimination a surtout été saisi au niveau de l'embauche, étape qui échappe le plus souvent à la juridiction sociale. De plus, dans les relations de travail, la discrimination « raciale » semble difficile à identifier, à démontrer et constitue encore un sujet délicat pour le juge. Pour exemple, la Cour d'appel de Paris avait condamné la RATP le 29 janvier 2002 pour une double discrimination à raison du sexe et de la « race » dans la rémunération et la carrière<sup>1</sup>, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de l'employeur mais en se fondant uniquement sur le principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes<sup>2</sup>. Force est de constater que les acteurs de la lutte contre les discriminations « raciales » se sont jusqu'ici surtout investis devant le juge pénal - sans doute aussi parce que les discriminations intentionnelles sont encore légion. Or, les directives ont exclu le champ pénal de l'aménagement de la preuve<sup>3</sup>. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 12 janvier 2002 a indiqué que les nouvelles règles de répartition de la charge de la preuve introduites par les lois du 16 novembre 2001 et du 17 janvier 2002 ne pouvaient s'appliquer au pénal et « *ne sauraient, en conséquence, avoir pour objet ou pour effet de porter atteinte au principe de*

---

<sup>1</sup> C.A. Paris, 29 janvier 2002, *Mme Akuesson c/ RATP*. La Cour condamne la RATP « *qui ne justifie d'aucun critère objectif, étranger à toute discrimination fondée sur le sexe ou l'appartenance à une race* ».

<sup>2</sup> Cass. soc., 29 septembre 2004, *RATP c/ Mme Akuesson*, n° 02-42427. Si dans le cadre de discriminations cumulées, la Cour doit déterminer le motif déterminant de discrimination, elle ne semble ici pas s'être attardée sur le facteur « racial » de la discrimination reconnue.

<sup>3</sup> Art. 8 §3 de la directive 2000/43 et 10 §3 de la directive 2000/78.



*présomption d'innocence* »<sup>1</sup>. Il semble donc impossible d'importer l'aménagement de la preuve civil car l'élément intentionnel constitue une condition essentielle de la caractérisation du délit. L'alternative est donc de recourir au réseau civil pour bénéficier de ce régime probatoire qui facilite la preuve de la discrimination. Néanmoins, étant donné la concentration des plaintes devant le juge pénal, il pourrait sembler « plus logique de procéder à une adaptation éventuelle de la preuve au sein du réseau pénal que de changer de réseau »<sup>2</sup>.

L'instauration d'une présomption de discrimination est-elle réellement contraire aux principes du droit pénal ? La Cour EDH a estimé que de telles présomptions légales n'étaient pas en soi incompatibles avec le principe d'innocence dès lors que « *les Etats les enserrent dans des limites raisonnables, prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense* »<sup>3</sup>. Pour autant, le renversement de la charge de la preuve, qui dispenserait l'accusation de devoir apporter la preuve de l'infraction, est considéré comme une violation de la présomption d'innocence<sup>4</sup>. Ainsi, pour assurer une protection efficace de l'art. 3 de la Convention relatif aux traitements inhumains et dégradants, la Cour européenne a seulement allégé le fardeau de la preuve pour la victime : une fois les mauvais traitements démontrés, l'origine des mauvais traitements est présumée pour les personnes privées de liberté<sup>5</sup>. La Cour de cassation, elle-même, a reconnu que la Conv. EDH « *ne met pas obstacle aux présomptions de faits ou de droit instituées en matière pénale dès lors qu'elles tiennent compte de la gravité de l'enjeu et préservent les droits de la défense* »<sup>6</sup>. De plus, l'allègement de la charge de la preuve de l'intention existe déjà en droit pénal du travail pour le délit d'entrave et le renversement de la charge de la preuve existe en matière de délit de presse, de contrefaçon et de délits de douane<sup>7</sup>. Ainsi, l'art. 41 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et l'art. 9-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle prévoient une présomption de responsabilité pénale pour les directeurs de publication<sup>8</sup>. De même une inversion de la charge de la preuve est prévue en matière pénale pour le trafic de stupéfiants, la traite des êtres humains ou le proxénétisme<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> C.C., décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *J.O* du 18 janvier 2002, p. 1053, cons. 84.

<sup>2</sup> MASSIAS F., « Faut-il pénaliser le racisme ? », *op. cit.*, p. 619.

<sup>3</sup> Cour EDH, 7 octobre 1998, *Salabakiu c/ France*, aff. n° 141-A. Voir aussi CJCE, 25 septembre 1992, *Pham Hong c. France*, aff. n° 243 et Cour EDH 4<sup>ème</sup> section, 5 juillet 2001, *Phillips c/ Royaume-Uni*, n° 41087/98.

<sup>4</sup> Cour EDH, 20 mars 2001, *Telfner c. Autriche*, n° 33501/96, §§ 15-16.

<sup>5</sup> Cour EDH, 27 août 1992, *Tomasi c/ France*, n° 12850/87, série A n° 241-A, p. 35.

<sup>6</sup> Cass. crim., 13 janvier 1993, n° 92-82515.

<sup>7</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>8</sup> Voir Cass. crim. 8 juillet 1986, *Madame C. c/ association « A... et L... »*, n°85-94458, *Bull.*, n° 233, p. 596.

<sup>9</sup> Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, au nom de la Commission de lois, A.N., n°1827, *op. cit.*, p. 35.

En ce sens, Florence Massias avançait la possibilité pour le délit de discrimination de créer une « obligation de vigilance pénalement sanctionnée » : la discrimination ne pourrait être incriminée que si elle était « le résultat d'une faute à caractériser au minimum par une imprudence »<sup>1</sup>. Le MRAP, association antiraciste, considère quant à lui que « la gravité d'un acte discriminatoire est telle qu'elle justifie (...) une exception au principe de présomption d'innocence »<sup>2</sup>. On pourrait ainsi admettre qu'il existe une forte présomption de discrimination « raciale » quand on établit qu'un traitement défavorable affecte un groupe « racial » particulier et qu'aucun autre fondement ne peut être identifié, l'auteur de la distinction étant évidemment libre de démontrer qu'un autre fondement motivait la distinction. Le GELD considère que cet aménagement de la preuve est envisageable voire opportun pour les discriminations. Il s'agirait de « faire de la discrimination un délit à l'égard duquel l'exigence de la preuve d'intention de la personne poursuivie est allégée, où l'établissement du mobile discriminatoire de l'acte se déduit de la preuve de l'acte posé volontairement, ce qui pourrait faciliter notamment la condamnation des personnes morales »<sup>3</sup>. En somme, une sorte de présomption pourrait être instaurée pour qu'une fois les indices de discrimination apportés, la personne poursuivie ne puisse se réfugier dans le silence.

Dans la pratique, les juridictions criminelles ont parfois tendance à objectiver le délit de discrimination et à adopter un raisonnement similaire à leurs homologues civils en raison de la nature de l'infraction de discrimination elle-même. La Chambre criminelle a ainsi pu esquisser, dans des affaires relatives à la discrimination syndicale, un aménagement de la charge de la preuve : face à certains faits laissant présumer une discrimination, le prévenu peut échapper aux poursuites en démontrant qu'il a agi exclusivement sur le fondement de motif non discriminatoire et légitime<sup>4</sup>. Comme le relève M-T Lanquetin, « la détermination de l'élément matériel de l'infraction de discrimination n'échappe pas totalement à l'évolution de la conception civile de la discrimination »<sup>5</sup> et « l'exigence de pleine justification des mesures prises par l'employeur, appliquée par la Chambre criminelle en matière de statut protecteur

---

<sup>1</sup> MASSIAS F., « Faut-il pénaliser le racisme ? », *op. cit.*, p. 618

<sup>2</sup> « Propositions du MRAP relatives à la lutte contre les discriminations », 20 octobre 2003, [www.mrap.asso.fr](http://www.mrap.asso.fr).

<sup>3</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>4</sup> Cass. crim., 4 avril 1995, *Bull.* n° 146 ; Cass. crim., 10 mai 1994, n° 93-82.603.

<sup>5</sup> LANQUETIN M-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 62.

des représentants du personnel suffit à modifier l'équilibre probatoire et permet ainsi une répression accrue de la discrimination »<sup>1</sup>.

Cette évolution de la jurisprudence pénale s'affirme notamment dans l'affaire *CFDT c/ Fort* qui a fait l'objet de deux arrêts de principe de la chambre criminelle<sup>2</sup>. Reprenant les formulations exactes du régime probatoire civil, la Cour d'appel de Nancy énonçait dans l'arrêt de renvoi du 29 mars 2001 qu'« *il appartient au syndicat qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire affectant l'un de ses adhérents de soumettre au juge des éléments de faits susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement, qu'il incombe de même à l'employeur s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au syndicaliste, d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat* ». Cette solution était contestée devant la Cour de cassation au nom du principe de la présomption d'innocence mais ce moyen fut rejeté<sup>3</sup>. Selon Jean Mouly, la chambre criminelle laisse ainsi aux juges une marge de manœuvre importante pour éliminer le doute et condamner l'employeur là où naguère il aurait été relaxé<sup>4</sup>. De même, dans une autre affaire pour laquelle un inspecteur du travail avait constaté que les représentants du personnel de la CGT subissaient une évolution de carrière défavorable par rapport aux autres salariés recrutés à la même période et dans la même catégorie professionnelle, la chambre criminelle de la Cour de cassation a annulé le jugement de la Cour d'appel, reprochant aux juges de ne pas avoir procédé à certaines recherches nécessaires. Elle a, en l'espèce, estimé qu'il ne fallait pas seulement comparer la dernière promotion du salarié par référence à la « moyenne » mais procéder à une « *étude comparative des salaires et coefficients des représentants du personnel et des autres salariés de l'entreprise, à diplôme équivalent et même ancienneté* » y compris lors de la période couverte par l'amnistie pour apprécier l'existence d'une discrimination<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>2</sup> Cass. crim., 14 juin 2000, n° 99-81108, *Bull. crim.*, 2000, n° 226, p. 669.

<sup>3</sup> Cass. crim., 3 avril 2002, n° 01-83857.

<sup>4</sup> V. Comm. de Jean MOULY sous Cass. crim., 14 juin 2000, *Droit social*, 2000, n° 11, p. 1035.

<sup>5</sup> Cass. Crim., 9 novembre 2004, n° 04-81397, *Bull.*, n° 226, p. 669. La corrélation précise entre l'appréciation du juge et les faits particuliers qui lui sont soumis est soulignée par la Cour de cassation qui exige ainsi, face à un cas allégué de discrimination syndicale affectant l'évolution des carrières, que les juges du fond procèdent à une étude comparative des salaires et coefficients des représentants du personnel et des autres salariés de l'entreprise, à diplôme équivalent et même ancienneté (cass. crim., 9 novembre 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 279, n° 04-81397). Ces éléments de comparaison ont été repris par la chambre sociale (cass. soc., 17 octobre 2007, n° 06-41053).

Le bénéfice du doute n'est possible que lorsque les juges « ont épuisé l'ensemble des éléments probatoires raisonnablement accessibles »<sup>1</sup> : la relaxe ne peut intervenir qu'après l'échec d'un effort probatoire réel. Si dans certaines affaires, l'aménagement de la preuve semble implicitement appliqué car « la vraisemblance de la culpabilité suffisait à fonder une condamnation »<sup>2</sup>, la condamnation de l'employeur relève avant tout de l'expression de l'intime conviction des juges qui ne prennent alors pas parti sur la question de la charge de la preuve<sup>3</sup>. Cependant, la Cour a rappelé en 2007 que la charge de la preuve n'incombe pas à l'employeur et qu'il n'est pas utile pour relaxer le prévenu d'avoir la certitude que son comportement n'est pas discriminatoire. Néanmoins, l'employeur doit participer à l'effort probatoire car, dans le cas contraire sinon il s'expose au risque d'une conviction défavorable des juges<sup>4</sup>. Toutefois, ces solutions relatives à la discrimination syndicale ne sont pas nécessairement transposables aux affaires de discriminations « raciales » : l'intentionnalité du traitement défavorable qui naît à partir d'une syndicalisation rendue publique est souvent évidente.

\*

Les nouveaux mécanismes procéduraux, introduits par le droit communautaire et repris par la jurisprudence et le législateur français, marquent le souci de répondre à la faible juridictionnalisation des discriminations en renforçant la position des victimes. L'aménagement de la preuve procède de la définition même de la discrimination indirecte. Ce régime probatoire a été étendu à la discrimination directe concernant les recours civils et administratifs ce qui tend à rapprocher voire à fusionner les deux notions<sup>5</sup>. Mais, lorsque la discrimination est indirecte, la victime doit établir, par exemple, qu'une proportion plus importante de femmes que d'hommes est affectée par la mesure indifférente au sexe et la justification ne peut se rapporter à une caractéristique de l'individu. Face à une discrimination directe, la victime cherchera à montrer que la prise en compte du critère du sexe pour fonder

---

<sup>1</sup> CESARO J-F, « Discrimination syndicale : charge de la preuve », *Semaine juridique social*, n° 26, 26 juin 2007, p. 25

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Cass. crim., 23 novembre 2004, n° 03-84389.

<sup>4</sup> Cass. crim., 3 avril 2007, n° 06-81784 : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction et déduits de son appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, la cour d'appel, qui n'a pas renversé la charge de la preuve s'appliquant aux délits prévus par les articles 225-2 du code pénal et L. 412-2 du code du travail, a justifié sa décision »

<sup>5</sup> A ce propos, « le juge communautaire n'est pas toujours irréprochable » (v. attribution préférentielle d'un stage aux élèves ayant effectué leur service national étudié comme une discrimination indirecte). In FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 37.

la différence de traitement est vraisemblable à défaut d'autres justifications apparentes. Le droit étant désormais focalisé sur les effets discriminatoires, cela implique souvent une analyse comparative qui peut nécessiter l'utilisation des statistiques.

L'allègement du fardeau de la preuve au bénéfice de la victime découle de, mais aussi participe, à l'objectivation de la discrimination directe. Il renforce les obligations qui pèsent sur les agents économiques quant au respect du droit à la non-discrimination. Le soutien des syndicats et des associations, l'aménagement de la preuve et le principe de transparence participent ainsi « à l'effectivité du droit au recours juridictionnel et plus largement à la problématique de l'effectivité du droit à la non-discrimination « raciale »<sup>1</sup>.

\*

Le droit de la non-discrimination a considérablement évolué ces dernières années. Les différentes innovations matérielles et procédurales de la jurisprudence et des directives communautaires ont été intégrées en droit français via une combinaison de dispositions spécifiques du code pénal, du code du travail et de la législation administrative. La France figure ainsi parmi les Etats dont on considère qu'ils ont généralement bien transposé les deux directives de 2000 dans leur législation nationale<sup>2</sup>. Néanmoins, la loi du 27 mai 2008 n'a simplifié ni le périmètre ni le contenu des champs d'application matériels des discriminations. Plusieurs définitions cohabitent et des champs d'application variables, notamment selon que le motif soit ou non couverts par le droit communautaire, ce qui sera source de difficultés notamment en cas de cumul des motifs de discriminations. Aujourd'hui, la législation antidiscriminatoire reste considérablement éparpillée, ce qui nuit à sa lisibilité et à son accessibilité.

La protection offerte par le droit français semble à bien des égards supérieure au droit communautaire, notamment parce qu'il applique les définitions des discriminations directes et indirectes et le nouveau régime probatoire aux différents critères discriminatoires, ce qui symbolise la tendance à l'universalisme du droit français de la non-discrimination. Néanmoins, le modèle commun connaît des variations selon les motifs qui ne bénéficient pas du même degré de protection juridique. Pour exemple, les différences de traitement fondées sur l'origine sont totalement proscrites si l'on excepte la dérogation étroite - qui demande à

---

<sup>1</sup> HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE*, op. cit., p. 166.

<sup>2</sup> Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe. Une comparaison entre les 25 Etats membres de l'Union*, op. cit., p. 14.

être encore précisée - relative à l'« exigence professionnelle déterminante ». La jurisprudence communautaire en matière d'égalité hommes/femmes relative à la discrimination indirecte et la jurisprudence française sur le terrain de la discrimination directe syndicale sont d'utiles références pour cerner l'évolution des exigences des juges. Cependant, la transposition de ces acquis au critère de l'origine n'a rien d'évident. L'aménagement de la preuve en matière civile et administrative constitue un tournant dans l'objectivation de la discrimination et devrait favoriser la juridictionnalisation des discriminations. Mais l'impact de ce nouveau mécanisme dépend de l'interprétation des juges. Reste à savoir comment ces nouvelles notions et le régime probatoire qui en découle seront mis en œuvre par les juges sur le terrain spécifique des discriminations « raciales ».

\*

## Titre II :

### La protection juridictionnelle du droit à la non-discrimination « raciale »

Selon le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention internationale pour l'élimination de la discrimination raciale, les États ont l'obligation d'assurer aux victimes de discrimination un droit au recours effectif<sup>1</sup>. Depuis la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972, l'interdiction et la sanction des discriminations « raciales » sont prévues par le droit pénal français, et l'accès au juge garanti. Mais le faible nombre de condamnations prononcées sur ce fondement<sup>2</sup> atteste la relative impunité dont bénéficient les auteurs de discriminations « raciales »<sup>3</sup>. Jusqu'au tournant des années 2000<sup>4</sup>, « tout se passe en effet comme si [les victimes de discriminations] n'étaient pas titulaires de droits fondamentaux à l'égalité de traitement, et la violation de leurs droits n'est pas reconnue »<sup>5</sup>. La loi pénale était même, pour reprendre l'expression de J. Carbonnier, « doublement ineffective » car « non seulement la transgression est restée dépourvue de sanction, mais la prohibition n'a pas su empêcher la transgression »<sup>6</sup>. Les obstacles à la mise en œuvre des législations trouvent notamment leur cause dans l'inertie et la tolérance des pouvoirs publics. Concernant les discriminations « raciales », la prise de conscience de l'ampleur du phénomène et la mise sur agenda de la lutte contre les discriminations « raciales » ne datent que de la fin des années 1990. Symboles de cette évolution des pouvoirs publics, de nouvelles dispositions ont été adoptées dans le sillage de la directive 2000/43, notamment en

---

<sup>1</sup> Art. 15 de la Directive « Race » ; art. 13 Conv. EDH ; art. 6 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Cf. position du CERD (opinion du CERD, n° 4/1991 du 16 mars 1993, *L.K. c/ Pays-Bas*, CERD/C/390, 2000, 24).

<sup>2</sup> Les statistiques sont difficiles à établir, celles-ci agglomérant généralement les délits de discrimination et d'incitation à la haine raciale, ces derniers ayant fait l'objet d'une jurisprudence plus abondante. À titre d'exemple, entre 1972 et 1989, la LICRA et le MRAP n'avaient relevé que 16 condamnations pénales pour discriminations « raciales ». *In Le racisme en justice ou le racisme dans la jurisprudence 1972-1989*, LICRA, MRAP, Paris, 1989.

<sup>3</sup> Comme le note J. Rivéro, « tant que le respect de la règle a pour ressort essentiel la peur - peur de la sanction pénale, peur de l'indemnisation qui compensera le dommage causé, peur de l'annulation par le juge administratif, celui que la règle entend contraindre » va peser ses « chances d'impunité ». *In « Sanction juridictionnelles et règle de droit », in Etudes juridiques offertes à Léon de La Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 458.

<sup>4</sup> L'ineffectivité de la loi pénale interdisant et sanctionnant les discriminations « raciales » était relevée dès 1977. Ainsi J-P Brill regrettait le faible nombre de poursuites exercées et concluait : « Force est de supposer que la faible ampleur du contentieux constitue un indice de l'inefficacité de l'article 416, ou du moins de ses difficultés de mise en œuvre » (*in « La lutte contre la discrimination raciale dans le cadre de l'art. 416 du code pénal », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, 1977, p. 39).

<sup>5</sup> Intervention du député P. Vuilque (rapporteur), A.N., session ordinaire de 2000-2001, 3<sup>ème</sup> séance du 3 avril 2001, Discussion de la proposition de loi n° 256 relative à la lutte contre les discriminations, 2<sup>ème</sup> lecture, *J.O., Débats parlementaires, A.N. (C.R.)*, n° 18 (3), 4 avril 2001, p. 1726.

<sup>6</sup> CARBONNIER J., « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'Année sociologique*, vol. 7, 1958, p. 7.

matière civile, pour élargir le périmètre du droit à la non-discrimination « raciale », alourdir les sanctions et faciliter l'accès au juge des victimes en offrant de nouvelles garanties procédurales.

Mais, si le dispositif répressif a été renforcé et aménagé pour favoriser la justiciabilité du droit à la non-discrimination, son effectivité - condition de sa légitimité<sup>1</sup> - restait à construire. Si, comme l'affirmait un député lors de l'adoption de la loi de 1972, « la magie des jugements n'a pas encore le pouvoir de changer les cœurs »<sup>2</sup>, la répression exemplaire constitue une exigence minimale, « faute de quoi on organise la 'non-répression', c'est-à-dire la délégitimation de la politique publique annoncée de lutte contre les discriminations »<sup>3</sup>. En outre, le contrôle de l'effet discriminatoire exigé par la directive implique notamment que les organisations anticipent les conséquences de leurs actes, et fait du juge « l'autorité cardinale du respect de la non-discrimination et de la mise en œuvre de l'égalité »<sup>4</sup>.

Il ne sera ici question de l'action du juge qu'en matière de discriminations strictement « raciales ». Une analyse spécifique des discriminations relatives aux pratiques religieuses serait, comme il l'a déjà été rappelé, nécessaire au regard des arguments juridiques particuliers développés tant par les demandeurs que par les défendeurs : la jurisprudence relative à la liberté religieuse notamment sur le lieu de travail doit concilier des questions juridiques multiples inconnues de la jurisprudence générale sur les discriminations « raciales » (liberté religieuse et exécution du contrat de travail<sup>5</sup>, discrimination religieuse et entreprise de tendance<sup>6</sup>, port des signes religieux au travail...). Pour autant, la discrimination, quand elle est fondée sur l'appartenance supposée à une religion, relève de la discrimination « raciale », notamment quand il s'agit de traiter défavorablement des personnes catégorisées

---

<sup>1</sup> La Conv. EDH indique que l'effectivité est une condition de la légitimité de tout ordre juridique (Préambule de la Conv EDH) ; Voir aussi Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, aff. n° 32, §24.

<sup>2</sup> Député Rivierez, *Débats parlementaires*, Assemblée Nationale, séance du 7 juin 1972, *J.O A.N.* n° 41, 8 juin 1972, p. 2290.

<sup>3</sup> VALENTIN-MARIE C., « Enjeux actuels de la lutte contre les discriminations en France », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, p. 134.

<sup>4</sup> HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE*, op. cit., p. 377.

<sup>5</sup> La liberté religieuse est de principe y compris dans l'entreprise. Mais les dispositions de l'article L.1132-1 du CT ne sont pas applicables lorsque le licenciement est prononcé à raison du trouble objectif causé par le comportement du salarié (Cass. soc., 14 novembre 2000, n° 98-41012, *Bull. civ.* n° 69, *Dr. soc.* 2001, p. 100, note Couturier). Une fois conclu, l'engagement contractuel d'exécuter une prestation l'emporte sur l'invocation de prescriptions religieuses. La chambre sociale de la Cour de cassation a, dès 1998, posé comme principe que « si l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à l'ordre public » (Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44738, *Bull.* 1998 V n° 171, p. 125, *RJS* 6/98 n° 701, *Droit social* 1998, p. 614 note J. Savatier, *Le droit ouvrier*, juin 1999, n° 610, p. 228, note M. Couffin-Kahn). En l'espèce, l'employé musulman, affecté au rayon boucherie d'un magasin d'alimentation depuis deux ans, ne pouvait légitimement refuser d'être en contact avec de la viande de porc, deux ans après son affectation à ce poste.

<sup>6</sup> V. *Infra.*, pp. 160-161.



comme « musulmanes » dans le cadre de préjugés « racialisants »<sup>1</sup>. De plus, l'ensemble des discriminations, quel que soit le motif sur lesquelles elles sont fondées, partagent comme nous l'avons vu un régime juridique similaire, et les évolutions de la jurisprudence peuvent souvent être transposés d'un motif à l'autre<sup>2</sup>.

Pour étudier la mise en œuvre de la notion objectivée de discrimination, il faut analyser le traitement juridictionnel des discriminations « raciales ». On constate d'emblée que la discrimination « raciale » indirecte, notamment dans sa dimension quantitative, n'a fait l'objet d'aucun contentieux. Concernant la discrimination directe, il sera principalement question du contrôle judiciaire dans la mesure où la juridiction administrative intervient extrêmement rarement dans ce contentieux. Il importe donc d'analyser comment les juges sollicités garantissent le droit à la non-discrimination « raciale ». Quels sont les éléments de preuve exigés et les sanctions appliquées sont-elles réellement dissuasives ? (chapitre 1). Ensuite, nous nous interrogerons sur le mouvement de juridictionnalisation, encouragé par les pouvoirs publics, mais qui présente des angles morts et des déséquilibres flagrants (chapitre 2).

---

<sup>1</sup> V. TGI Avesnes-Sur-Helpe, 12 mars 2003, *Saïfi et al. C/ Wilmotte*, n° 99005744 (condamnation pour discrimination « raciale » et religieuse d'une personne dépositaire de l'autorité publique du fait des consignes données par le Maire d'une commune de réserver le samedi à la célébration des mariages « chrétiens » et de réserver les mariages musulmans à d'autres jours).

<sup>2</sup> V. TGI Epinal, 8 octobre 2007, *H. Demiaty et al. c/ Yvette Truchelut*. Voir « Vosges : prison avec sursis pour avoir refusé le voile dans son gîte », *Libération*, 9 octobre 2007 (la propriétaire du gîte a été condamnée à 4 mois de prison avec sursis et 1.000 € d'amende et à verser 1.000 € à chacun des trois membres discriminés de la famille ainsi que 800 € à la LDH, à la LICRA et au MRAP qui s'étaient portés parties civiles).

## Chapitre I

### Les éléments du traitement juridictionnel des discriminations

La règle qui prescrit une conduite impérative énonce une prohibition sous peine de sanction, et cette menace de la sanction pèse sur les destinataires de la norme mais aussi sur autorités de poursuites qui sont appelées à la mettre en œuvre<sup>1</sup>. Le droit français interdit les discriminations et prévoit différentes sanctions en cas de discrimination avérée. Mais si le droit civil ou administratif reconnaît la notion de discrimination indirecte, aucun cas relevant de ce type de discrimination en matière « raciale » ne semble avoir été porté devant les tribunaux : le contentieux existant est polarisé sur les discriminations directes.

Le contentieux, tant pénal que civil, reste faible d'un point de vue quantitatif - même si des discriminations peuvent être traitées sous d'autres qualifications<sup>2</sup>. Si l'on peut relever, en matière pénale, un léger frémissement de la judiciarisation des discriminations « raciales »<sup>3</sup>, le contentieux des juridictions sociales demeure particulièrement maigre. En outre, le recensement des décisions s'avère problématique. Dans le domaine pénal, le contentieux relatif à la discrimination « raciale » existe mais disparaît relativement devant la Cour de cassation<sup>4</sup>. En matière prud'homale, la nomenclature ne permet pas d'isoler les affaires de discriminations et ces décisions sont rarement publiées. Enfin, le terme de « discrimination » peut figurer dans l'arrêt sans que cette question soit traitée de manière centrale. Ainsi, certains estiment utile, pour une évaluation plus fine du rôle de la justice en matière de lutte contre les discriminations, de mettre en place une centralisation réelle et précise de l'ensemble des décisions - y compris de première instance - auprès du ministère de la Justice qui rend chaque année un bilan sur la jurisprudence judiciaire publié dans le rapport

---

<sup>1</sup> DE BECHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 77.

<sup>2</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>3</sup> Le ministère de la Justice comptabilisait 23 condamnations pénales pour discrimination « raciale » en 2003 contre 30 en 2002, 21 en 2001, 17 en 1999, 19 en 98 et 6 en 1997. *In Dictionnaire permanent. Droit des étrangers*, « Discriminations », mise à jour n°33, décembre 2006, p. 645. Les rapports d'activité ultérieurs de la CNCDH dans lesquels figure chaque année une contribution du ministère de la Justice montrent qu'il n'y a pas d'évolution notable. Un récent rapport de la CNCDH indique 17 condamnations définitives enregistrées pour les « discriminations à raison de la race, de l'origine, de l'ethnie, de la nationalité et de la religion » (*in La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2009*, La Documentation française, 2010, p. 70).

<sup>4</sup> Sur les 26 décisions de la Chambre criminelle de la Cour de cassation étudiées par Mmes Lanquetin et Grévy, qui sont pour 16 d'entre elles des décisions de rejet, 21 mettent en cause l'appartenance syndicale. *In Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 29.

de la CNCDH<sup>1</sup>. Cela permettrait de mesurer la mobilisation des victimes et des associations mais aussi l'activité de la justice. Ainsi, si les juges répressifs prononcent une condamnation dans près de trois dossiers sur quatre<sup>2</sup>, c'est sans compter les nombreux non-lieux et classements sans suite décidés par les magistrats du parquet et les juges d'instruction qui apprécient l'opportunité des poursuites. Les affaires présentées ci-dessous, qui sont largement issues des archives des associations antiracistes auxquelles on a pu avoir accès, ne peuvent donc être tenues pour un bilan exhaustif de la jurisprudence en matière de discrimination « raciale »<sup>3</sup>.

Selon P. Lascoumes et E. Serverin, trois phases peuvent être distinguées dans le processus de « justiciabilité » de la discrimination « raciale » : la détection de la violation qui incombe à la victime et aux acteurs susceptibles de la soutenir<sup>4</sup> puis, le traitement de la violation et enfin la sanction<sup>5</sup>. La fréquence et la teneur des contrôles jouent un rôle préventif sur les comportements mais, pour que le contrôle ait lieu, encore faut-il que les violations des normes impératives de non-discrimination « raciale » soient repérées par les organes de contrôle que constituent les juridictions. Néanmoins, il ne suffit pas que l'instance de contrôle ait constaté l'infraction ou en ait été informée pour que le processus de sanction s'enclenche : il faut qu'elle la prenne en compte - ce qui n'a rien d'automatique - et caractérise la discrimination en tenant compte des preuves (section 1). Ensuite, de cette qualification de discrimination « raciale » découle la sanction. Le quantum des peines prononcées par le juge pénal ou les réparations prononcées par le juge civil devront alors être analysés à l'aune des sanctions prévues par les textes ainsi que de la nature des infractions constatées (section 2).

## Section 1- La preuve de la discrimination

Depuis quelques années, on constate une éclosion de la judiciarisation du droit à la non-discrimination « raciale ». En effet, le nombre de plaintes s'est élevé et connaissent de plus en

---

<sup>1</sup> CNCDH, *La lutte contre le racisme et la xénophobie – Rapport d'activité pour 2006*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 142.

<sup>2</sup> LANQUETIN M-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>3</sup> La jurisprudence analysée est principalement le fruit de démarches effectuées auprès des associations et des syndicats ayant porté et médiatisé les affaires abordées. SOS Racisme constitue le principal acteur de la judiciarisation des discriminations « raciales » et de ce fait, la principale source des décisions judiciaires. Ce travail s'est aussi appuyé sur le rapport de M-T Lanquetin et de M. Grévy qui établit un bilan général de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 et qui comporte sur le terrain de l'emploi une sélection significative de décisions jusqu'en novembre 2005 tant en droit civil qu'en droit pénal (*Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, 113 p.).

<sup>4</sup> Ces acteurs peuvent être des associations, des syndicats, l'inspection du travail mais aussi la HALDE. V. *Supra.*, pp. 92-104.

<sup>5</sup> LASCOURMES P. et SERVERIN E., « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 141.

plus souvent des issues positives pour les victimes. Cependant, cette évolution est avant tout le fruit de la mobilisation du droit par quelques associations antiracistes et reste encore circonscrite au juge pénal. La preuve constitue la « principale pierre d'achoppement des actions engagées en matière de discrimination »<sup>1</sup> car la discrimination « se dissout, soit dans la subjectivité du choix opéré (...), soit à l'inverse dans l'objectivité apparente d'une décision faisant intervenir une multiplicité de critères »<sup>2</sup>. Néanmoins, dans bien des cas, la caractérisation de la discrimination n'est pas insurmontable si les magistrats sortent de leur rôle passif et tirent toutes les conséquences des preuves qui leur sont soumises. L'effectivité du droit antidiscriminatoire est alors subordonnée à une « amélioration des moyens de poursuite et des moyens de preuve »<sup>3</sup>. Elle devrait être favorisée en matière civile ou administrative par l'aménagement de la preuve. Comme nous le verrons, les victimes et les associations qui les soutiennent ont accentué leurs efforts d'investigation et permis l'émergence de nouveaux moyens de preuves de la discrimination. Néanmoins, la recevabilité de ces preuves pose parfois problème (§1) et les jurisprudences relevées montrent une appréciation variable de leur force probante par les juges (§2).

### **§1) La recevabilité des preuves innovantes devant les juridictions civile et pénale**

Les juges examinent la recevabilité des preuves qui leur sont soumises à l'aune du principe de loyauté de la preuve, principe dégagé par la jurisprudence<sup>4</sup> qui conditionne la crédibilité de la justice. La loyauté est « une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits des individus et à la dignité de la justice »<sup>5</sup> et vient ainsi encadrer la recherche de la vérité. Néanmoins, en droit pénal, les infractions peuvent être établies par tout moyen de preuve<sup>6</sup> : le juge pénal forme sa conviction à partir de tous les éléments qui lui sont rapportés en vertu du principe de liberté de la preuve prévu à l'art. 427 du code de procédure pénale (CPP). Sous l'influence de la jurisprudence de la cour européenne, l'exigence d'un procès équitable tend à remplacer « la vieille idée de la déloyauté dans la recherche des preuves »<sup>7</sup>. Les preuves classiques (écrits, témoignages) permettent

---

<sup>1</sup> LOCHAK D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit Social*, Novembre 1987, n° 11, p. 788.

<sup>2</sup> LOCHAK D., « Loi du marché et discrimination », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, op. cit., p. 25.

<sup>3</sup> COHEN-JONATHAN G., « Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale », op. cit., p. 672.

<sup>4</sup> DEBOVE F., FALETTI F., *Précis de droit pénal*, PUF, coll. Major, 2001, p. 331.

<sup>5</sup> BOUZAT P., « La loyauté dans la recherche des preuves », *Mélanges Huguency*, Sirey, 1964, p. 172.

<sup>6</sup> DEBOVE F., FALETTI F., *Précis de droit pénal*, op. cit., p. 330

<sup>7</sup> M. DELMAS-MARTY, « La preuve pénale », *Droits*, 1996, n° 23, p 53 et s. Dans l'arrêt *Schenk c/ Suisse*, la Cour EDH admet qu'une preuve illégale peut être produite et utilisée en justice dès lors qu'elle a pu être discutée

parfois de démontrer un comportement discriminatoire voire un véritable système discriminatoire de même que l'existence de consignes discriminatoires. Néanmoins, ce type de preuves explicites étant rare, et destiné à le devenir encore davantage avec la prise de conscience de l'interdit discriminatoire, le juge français s'est vu soumettre deux types de preuves innovantes dont la recevabilité a été particulièrement discutée : l'enregistrement de conversation<sup>1</sup> et le testing réalisés tous deux à l'insu des personnes mises en cause.

#### A) Les enregistrements

Concernant l'enregistrement notamment de conversations téléphoniques<sup>2</sup>, le principe de loyauté est à géométrie variable<sup>3</sup>. Le juge distinguera les conditions de recevabilité d'un enregistrement selon qu'il a été obtenu par des officiers de police judiciaire ou des particuliers. Dans le premier cas, c'est au magistrat qui ordonne le procédé de faire respecter le principe de loyauté des preuves<sup>4</sup>. La jurisprudence *Tournet* du 9 octobre 1980, par laquelle la chambre criminelle de la Cour de cassation validait les écoutes téléphoniques, a posé des limites à leur recevabilité : l'existence d'un tel artifice devient déloyale quand il s'accompagne d'une provocation, d'une menace, d'un mensonge ou d'une promesse fallacieuse<sup>5</sup>. En outre, selon un arrêt du 23 novembre 1999, le juge d'instruction peut prescrire, pour constater des infractions, tous les actes utiles à la manifestation de la vérité, notamment la sonorisation d'un véhicule<sup>6</sup>. Le même raisonnement a présidé à la décision du 13 octobre 2004 concernant l'enregistrement des

---

dans le cadre d'un procès équitable (12 juillet 1998, *Schenk c/ Suisse*, série A, n° 140 : il s'agissait en l'espèce de l'enregistrement d'une conversation à l'insu de la personne mise en cause par celui-ci). Dans un arrêt *Texeira de Castro c/ Portugal*, la cour restreint les possibilités en s'assurant que le mode de présentation des preuves a revêtu un caractère équitable. (Cour EDH, 9 juin 1998, *Texeira de Castro C/ Portugal*, JCP, 1999, I, n° 38, p. 105, obs. F. Sudre : le requérant avait été condamné pour infraction à la législation des stupéfiants après avoir été l'objet d'une provocation policière et il n'avait aucun antécédent et n'était pas connu des services de police qui n'avaient pas retrouvé de drogue à son domicile). V. R. Legeais, « Le droit de la preuve à la cour européenne des droits de l'homme », in *La sanction du droit, Mélanges offerts à P. Couvrat*, PUF, 2001, p. 255.

<sup>1</sup> La sonorisation est en effet un moyen de preuve peu utilisé en France. In ACCOMANDO G. et GUERY C., « La sonorisation : un mode légal de preuve ? », *Rec. Dalloz*, 27 juin 2002, n° 25, p. 2001.

<sup>2</sup> La jurisprudence a établi qu'il y avait écoutes téléphoniques dans le fait d'accéder à des conversations privées non seulement en utilisant une dérivation mais aussi en employant tout procédé comme le simple fait d'approcher un radiocassette de l'écouteur. L'enregistrement sera qualifié d'interception s'il y a préméditation et dispositif technique mis en place en amont pour capter la conversation. Voir Cass. crim., Ass., 24 novembre 1989, *Baribeau*, D. 1990, p. 34, add. Chron. J. Pradel, D. 1990, p. 15.

<sup>3</sup> D'où le rejet dans la discussion parlementaire de la loi du 15 juin 2000, à l'occasion du débat sur l'article préliminaire du CPP, de l'idée d'introduire le principe de loyauté trop flou et relatif qui aurait neutralisé la jurisprudence. In PRADEL J., VARINARD A, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 2003, p. 199.

<sup>4</sup> Cass. crim., 27 février 1996, n° 95-81366.

<sup>5</sup> Cass. crim., 9 octobre 1980, *M. Tournet*, n° 80-93140, *Bull. crim.* n° 255 ; 19 janvier 1999, *Bull. crim.*, n° 9.

<sup>6</sup> Cass. crim., 23 novembre 1999, n° 99-82.658, *Bull. crim.* n° 269. Quelques mois plus tard, la chambre criminelle affirmait néanmoins : « est irrégulière la commission rogatoire par laquelle le magistrat instructeur prescrit à l'officier de police judiciaire de procéder, à l'occasion d'une perquisition, à la captation, la transmission et l'enregistrement de conversations dans un domicile privé » (Cass. crim., 15 février 2000, *Bull. crim.* n° 68, D. 2000, IR p. 143).

propos d'un préfet à son insu par un officier de gendarmerie<sup>1</sup> : la cassette pouvait figurer dans le dossier car une expertise avait permis d'identifier les propos tenus, elle avait été par la suite soumise à la libre discussion des parties et ne constituait que l'un des éléments probatoires laissés à l'appréciation des juges<sup>2</sup>. Quand l'interception est réalisée à l'initiative des autorités de poursuites, l'enregistrement est recevable s'il ne constitue pas la preuve unique de l'infraction.

La question de la loyauté dans la recherche des preuves est appréhendée différemment selon l'instigateur du procédé litigieux : cette exigence est souvent écartée lorsque la preuve est rapportée par un particulier<sup>3</sup>. En effet, l'enregistrement par un particulier « est un moyen de défense ; pour un policier, c'est un acte d'enquête ou d'instruction qui doit être réalisé en conformité avec la législation »<sup>4</sup>. La jurisprudence est constante à cet égard<sup>5</sup> : « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de manière illégale »<sup>6</sup>. Néanmoins, la valeur des preuves sera appréciée par le juge dans le cadre d'un débat contradictoire<sup>7</sup>. Ainsi, le juge a admis des enregistrements remis à la police que la direction d'un magasin avait obtenus en plaçant des caméras pour filmer des employés suspectés de vol : il n'y avait pas eu provocation, le rôle de la caméra étant purement passif et le lieu manifestement public<sup>8</sup>. Si l'art. 226-1 CPP érige en infraction le fait de porter atteinte à l'intimité de la vie privée par le fait d'enregistrer les paroles d'une personne prononcées à titre privé sans son consentement, seul le contenu des paroles importe<sup>9</sup>. Le juge « fait implicitement dépendre la recevabilité d'une preuve de l'impact qu'elle exerce sur la manifestation de la vérité »<sup>10</sup> plutôt que sur la loyauté et la légalité des moyens déployés pour l'obtenir. En outre, ces preuves récoltées « à chaud » ne peuvent encourir l'annulation car elles constituent des pièces à conviction et non des actes de procédures<sup>11</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. crim., 13 octobre 2004, *Bull. crim.* n° 243. L'officier de gendarmerie avait été convoqué et cherchait par ce moyen à se dédouaner d'une éventuelle mise en cause dans l'affaire de l'incendie de la paillote « Chez Francis ».

<sup>2</sup> LEMOINE P., « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », in Cour de cassation, *La vérité- Rapport annuel 2004*, Paris, La Documentation française, 2005, p. 174.

<sup>3</sup> PERROCHEAU V., « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves », *Les Petites Affiches*, 17 mai 2002, n°99, p. 11.

<sup>4</sup> ACCOMANDO G. et GUERY C., « La sonorisation : un mode légal de preuve ? », *op. cit.*, p. 2002.

<sup>5</sup> Cass. crim., 28 avril 1987, n° 86-96621, *Bull. crim.* n° 173, p. 462 ; Cass. crim., 30 mars 1999 (*D.* 2000, p. 391, note T. Garé) ; Cass. crim., 12 septembre 2000, n° 99-87251.

<sup>6</sup> Cass. crim., 15 juin 1993, *Bull. crim.* n° 210, *D.* 1994, p.623, note C. Mascala ; Cass. crim., 6 avril 1994, *Bull. crim.* n° 136, GP 1994.II.489, note J-P Doucet.

<sup>7</sup> PRADEL J., VARINARD A., *Les grands arrêts de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 186 et s.

<sup>8</sup> Cass. crim., 23 juillet 1992, *Melle X et autres*, n° 92-82721, *Bull. crim.* 1992 n° 274, p. 744. Dans une affaire très similaire, la chambre sociale considéra, quant à elle, qu'un tel enregistrement était illicite en vertu de sa clandestinité (Cass. soc., 20 novembre 1991, *D.* 1992, p. II-73, concl. Y. Chauvy).

<sup>9</sup> Cass. crim., 19 mai 1981, *D.* 1981, p. II-541, note D. Mayer.

<sup>10</sup> MOLINA E., « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *op. cit.*, p. 276.

<sup>11</sup> Cass. crim., 28 avril 1987, *op. cit.*

Il semble donc que certaines preuves rapportées par les victimes elles-mêmes ou les associations qui les soutiennent ne soient pas aussi facilement accessibles aux policiers. De fait, pour les particuliers, le juge pénal se montre pragmatique et peut « sacrifier la loyauté sur l'autel de l'efficacité des procédures en considérant implicitement que les parties privées à la recherche de preuve ont le pouvoir de remédier à la carence ou à la difficulté d'agir des pouvoirs publics en se substituant à eux quand il est nécessaire d'apporter une preuve qui fait défaut »<sup>1</sup>. Cette configuration correspond éminemment au contexte de la répression des discriminations « raciales ». Tout d'abord, le juge pénal a estimé, dans une affaire de discrimination à l'embauche, que « *le simple fait d'écouter, au moyen d'un haut parleur, une conversation téléphonique, ne peut en aucun cas être qualifié d'interception de correspondance* »<sup>2</sup>. Ensuite, la Cour d'appel de Toulouse a reconnu en octobre 2004 la validité de l'enregistrement d'une conversation téléphonique effectué à l'insu de son interlocuteur. En l'espèce, la responsable d'une agence immobilière jointe par téléphone admettait, en se fondant sur les consignes du propriétaire de l'appartement, « *ne pas pouvoir louer à des gens de couleur* »<sup>3</sup>. Le procédé de l'enregistrement a été dénoncé comme déloyal et a constitué en vain l'un des moyens du pourvoi en cassation exercé par la responsable et la salariée de l'agence<sup>4</sup>. De même, le juge a condamné pour délit de discrimination « raciale » la propriétaire d'un pavillon qui, dans une conversation téléphonique enregistrée dont les extraits ont été lus à l'audience, souhaitait « *vendre à un chrétien* »<sup>5</sup>.

Dans les matières non pénales, la jurisprudence est beaucoup plus sévère car l'ordre public - dont la protection confère à la manifestation de la vérité un intérêt supérieur en droit pénal - ne prime pas sur le respect du principe de loyauté de la preuve. Ainsi, la chambre civile de la Cour de cassation a censuré en 2004 l'arrêt d'une cour d'appel qui avait admis que soit produit à titre de

---

<sup>1</sup> MOLINA E., « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *op. cit.*, p. 275.

<sup>2</sup> TGI Grenoble, 20 mars 2000, *Boumaza c/Lafay*, n° 1112 MP 342, C.A. Grenoble, 18 avril 2001, n° 00/00657 : dans le cadre d'une offre d'emploi, un conseiller de mission locale présente un candidat satisfaisant aux exigences présentées et, suite au refus du candidat, prit l'initiative de téléphoner à l'employeur en mettant le haut parleur. Le juge valide ce témoignage car les propos tenus lors de l'entretien téléphonique n'avaient aucun caractère confidentiel ni privé puisqu'ils s'inscrivaient dans le cadre de relations professionnelles et qu'il n'est ainsi pas problématique que le principal intéressé, le candidat refusé, ait entendu cette conversation. Il estime aussi que le conseiller ne l'a pas fait « *dans le dessein de le provoquer à la discrimination, mais uniquement pour s'enquérir des raisons exactes du refus d'embaucher M. Bouamaza afin de mieux orienter ce dernier dans ses démarches professionnelles le cas échéant ; qu'il n'y a donc pas eu provocation* ». Ce témoignage suffira à emporter la conviction des juges sans qu'il soit nécessaire d'examiner le testing de SOS racisme confirmant la discrimination « raciale ».

<sup>3</sup> C.A. Toulouse 3<sup>ème</sup> chambre, 5 octobre 2004, n° 03/00593. Voir aussi « Discrimination : oui aux écoutes de SOS Racisme », *Libération*, 6 octobre 2004.

<sup>4</sup> Cass. crim., 7 juin 2005, n° 04-87354, rejet.

<sup>5</sup> TGI Bobigny, 14<sup>ème</sup> ch., 24 novembre 2005, C.A. Paris, 11<sup>ème</sup> ch., section A, 6 juin 2006, n° 06/01411 ; « Mme D'Esquelle de la Palme n'est « pas raciste » mais préfère vendre sa maison « à un chrétien » », *Le Monde*, 1<sup>er</sup> octobre 2005.

preuve l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos<sup>1</sup>. Plus globalement, la chambre sociale rejette les preuves obtenues par des moyens illicites, c'est-à-dire obtenues à l'insu de celui contre lequel la preuve est administrée (enregistrement d'images et/ou de paroles à l'insu des salariés<sup>2</sup>, surveillance d'une personne<sup>3</sup>). Néanmoins, sur la question de la recevabilité de documents appartenant à l'entreprise et copiés à son insu par le salarié pour sa défense, les positions des juridictions pénale et sociale sont similaires depuis 2004 : si les documents ont été communiqués au salarié dans le cadre de ses fonctions et sont nécessaires à sa défense, les éléments sont jugés recevables ; par contre, le salarié ne pourra, sous peine de poursuite, reproduire des documents de l'entreprise qu'il ne détiendrait pas légitimement<sup>4</sup>. Pour autant, les juridictions pénales à qui ont été présentés des documents internes d'entreprise révélant une discrimination « raciale » n'ont, à ce jour, pas contesté la recevabilité de telles preuves. La discussion a surtout porté sur un nouveau procédé de preuve de la discrimination « raciale », le testing ou test de situation, souvent combiné au procédé de l'enregistrement dont les conditions de recevabilité viennent d'être étudiées.

#### B) Le testing ou test de situation

Outre les analyses statistiques comparatives, qui ont constitué des éléments de preuve de discrimination syndicale dans le déroulement de carrière devant les juges pénal comme civil<sup>5</sup>, existe le testing<sup>6</sup>, autre procédé comparatif. Le test de situation constitue une épreuve statistique *in vivo* qui permet de révéler les discriminations « raciales » directes masquées, « soit inavouées, soit dissimulées derrière des arguments neutres qui ne sont alors que des prétextes - qu'on suppose donc *conscientes* dans le chef de l'auteur »<sup>7</sup>. Le testing est pertinent pour détecter les discriminations fondées sur le sexe, la couleur de peau, l'origine, le patronyme, le handicap et

---

<sup>1</sup> Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 7 octobre 2004, *D.*, 2004, p. 122.

<sup>2</sup> Cass. soc. 20 novembre 1991, *op. cit.*

<sup>3</sup> Cass. soc., 26 novembre 2002, *Bull.* n°352.

<sup>4</sup> Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-80254 et Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-41771. Voir R. MARIE, « Produire en justice des documents de l'employeur n'est plus un vol », *Droit ouvrier*, n°677, décembre 2004, pp. 558-562.

<sup>5</sup> Cass. crim. 14 juin 2000, *op. cit.* ; cass. crim., 9 novembre 2004, n° 04-81397, *Bull.*, n° 226, p. 669.

<sup>6</sup> Selon la recommandation de la Commission générale de terminologie et de néologie approuvée par l'Académie française, il conviendrait de substituer au terme « testing » le terme général de « testage » ou le terme plus précis de « test de discrimination », défini comme l'opération qui vise à déceler des comportements discriminatoires en effectuant successivement des démarches analogues au nom de personnes différentes par l'origine ou l'appartenance. In Circulaire du garde des Sceaux relative à la présentation des dispositions de la loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances relatives à la lutte contre les discriminations et du décret n°2006-641 du 1<sup>er</sup> juin 2006 relatives aux transactions proposées par la HALDE, 26 juin 2006, CRIM 2006-16, *B.O du ministère de la Justice*, n° 102, av-juin 2006, note de bas de page au point 2. Nous utiliserons cependant comme des équivalents tantôt le terme de « testing » tantôt celui de « test de discrimination » ou « test de situation ».

<sup>7</sup> DE SCHUTTER O., « Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination », *op. cit.*, p. 34.



l'âge dans les procédures d'attribution simple d'embauche et de fourniture de biens et de service telles que la location d'un bien ou l'entrée d'une discothèque.

Lors d'un testing, qui peut être réalisé par téléphone, par courrier ou encore sur le terrain, on compare les réponses apportées d'abord à un individu ou un groupe susceptible d'être discriminé en raison de son origine réelle ou supposée puis à un individu ou un groupe de référence - les deux groupes étant dans une situation similaire eu égard au bien visé. Cette épreuve expérimentale permet de s'assurer que celui qui est soumis au test ne pourra exercer de sélection entre les candidats qu'en mobilisant le motif prohibé pour les départager<sup>1</sup>. Le critère d'identification des groupes de personnes discriminées est défini de manière *ad hoc* devant le juge à l'occasion de chaque affaire judiciaire. La construction des groupes n'implique pas d'identification *a priori* des personnes<sup>2</sup>. Si ce procédé a été essentiellement développé dans les pays-anglo-saxons<sup>3</sup>, il a néanmoins une origine française : ce sont des étudiants parisiens, scandalisés par le refus d'un cafetier de servir des clients noirs, qui furent les premiers à pratiquer en 1939 ce type d'action<sup>4</sup>. Mais il faut attendre la fin des années 1990 pour qu'une association française, SOS Racisme, popularise le testing à finalité judiciaire en France<sup>5</sup>. C'est alors que la question de la recevabilité d'un tel mode de preuve fut posée devant les juridictions pénales.

Si la liberté de la preuve est un principe du droit pénal, la chambre criminelle de la Cour de cassation a néanmoins affirmé, dans l'arrêt *Schuller* de 1996, le principe selon lequel n'était pas admissible une preuve procédant d'une « *machination de nature à déterminer [l]es agissements délictueux* »<sup>6</sup>. La question principale est donc de savoir « dans quelle mesure une participation active de l'enquêteur est compatible avec leur constatation et leur imputation à

---

<sup>1</sup> SIMON P et STAVO-DEBAUGE J., « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004-1, p. 63.

<sup>2</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, op. cit., p. 15

<sup>3</sup> Sur l'utilisation du testing aux États-Unis, v. RORIVE I., *Proving Discrimination Cases. The Role of situation Testing*, Centre For Equal Rights, Migration Policy Group, 2009, pp. 43-46. La Cour suprême reconnaît la recevabilité des plaintes fondées sur des preuves issues des testings (C.S., *Havens Realty Corporation v. Coleman*, 455 US 363 [1982]).

<sup>4</sup> « Testing, la preuve par l'exemple », *Acteurs publics*, n°6, septembre 2004

<sup>5</sup> Néanmoins, il faut relever qu'une sorte de testing improvisé avait permis dès 1974 d'obtenir la condamnation pour discrimination « raciale » d'un gérant d'immeuble et d'un propriétaire qui avaient refusé de louer un bien à deux Africains. Ceux-ci s'étaient fait précéder par un ami qui avait sollicité la location pour ses deux amis en laissant ignorer leur origine africaine. Cette personne a par la suite servi de témoin lors du procès (C.A. Paris, 12 novembre 1974). La Cour estima le procédé légal considérant que l'intervention de l'ami n'avait en rien provoqué les agissements délictueux et avait seulement eu pour effet de permettre la répression de l'infraction. Cet arrêt est cité par J-P. Brill qui conseillait dès 1977 une extension de ce procédé : « lorsqu'une personne est victime d'un refus de louer à caractère raciste et que le motif allégué est que l'appartement vient d'être loué, on peut songer à un autre procédé. En effet, dans bien des cas, il suffira à cette personne de demander à un ami d'origine européenne de s'assurer le lendemain de la fausseté du motif » (*in* « La lutte contre la discrimination raciale dans le cadre de l'art. 416 du code pénal », op. cit., p. 55).

<sup>6</sup> Cass. crim., 27 février 1996, *Bull. crim.*, n° 93 : « par ce stratagème, qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité, il a été porté atteinte au principe de la loyauté des preuves ».

l'auteur sans pour autant le provoquer à commettre l'infraction »<sup>1</sup>. Le contentieux des opérations de surveillance et de livraison de stupéfiants a permis à la chambre criminelle d'affirmer sa doctrine en distinguant provocation au délit et provocation à la preuve. La provocation à la preuve, parfaitement légale, consiste pour les policiers à demeurer passifs dans le processus infractionnel : dissimulés, ils se contenteront de constater l'infraction ou, se faisant passer pour des clients, ils entreront en contact avec un revendeur, connu comme tel par les services, et attendront la commission de l'infraction<sup>2</sup>. Dans le cadre d'une provocation à l'infraction, qui entraînera un vice de procédure, les policiers interviennent activement : sans la pression exercée par les policiers sous couverture, le délinquant ne serait pas passé à l'action<sup>3</sup>.

Les tests de discrimination, initiés sur la base de signalements, pourraient être légalement réalisés par des policiers ou des magistrats eux-mêmes<sup>4</sup>. Mais les testings soumis aux juges étant jusqu'ici réalisés par des particuliers et des associations antiracistes, la question est de « savoir si les preuves produites par une partie, prévenu ou partie civile, doivent ou non être soumises aux mêmes exigences que celles émanant des autorités publiques de poursuite »<sup>5</sup>. Si certaines juridictions ont pu estimer que la mise en situation de groupes de testeurs à l'entrée d'une discothèque « *n'est pas, en elle-même, une manœuvre déloyale, l'agent de sécurité et la direction de l'établissement ayant eu toute latitude pour les accueillir* »<sup>6</sup>, d'autres avaient refusé la recevabilité du testing. S'inscrivant dans le droit fil de sa jurisprudence relative à la liberté de la

---

<sup>1</sup> LEMOINE P., « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », *op. cit.*, p.172.

<sup>2</sup> Cass. crim., 24 février 1999, *Dalloz*, 1999, p. 560 (un officier de police judiciaire s'était fait passer pour l'ami d'une personne décédée par overdose et déclarait vouloir acquérir de la drogue auprès d'un tiers soupçonné d'avoir fourni la dose fatale. La Chambre considéra que l'action policière ne constituait pas un stratagème ni des manœuvres déloyales). V. aussi Cass. crim., 23 novembre 1999, *Bull. crim.* n° 269 (la cour permet qu'un policier, en accord avec sa hiérarchie, ait prétendu accepter une proposition de corruption et rencontré les malfaiteurs à cette fin à plusieurs reprises sans jamais provoquer les contacts) ; Cass. crim., 25 octobre 2000, *Bull. crim.* n° 317 (La chambre criminelle a aussi admis que, dans le cadre d'une enquête pour proxénétisme, un officier de police judiciaire dissimule son identité pour se connecter à un service de messagerie télématique et constater la commission d'une infraction).

<sup>3</sup> Cass. crim., 5 mai 1999, *Bull. crim.*, n°87. De même, dans des situations où il était question du recours à des agents infiltrés dans certains milieux criminels, la Cour EDH a considéré que ne constitue pas une ingérence dans la vie privée le fait d'introduire auprès d'un individu une personne ayant une identité fictive, dans le seul but de surprendre l'illégalité (15 juin 1992, *Lüdi c/ Suisse*, série A 238).

<sup>4</sup> Voir notamment l'arrêt Cass. crim., 1<sup>er</sup> octobre 2003, *Bull. crim.* n° 176. Dans le cadre notamment d'une enquête de flagrance, une opération de testing pourrait être réalisée par des policiers sur la base d'une dénonciation de la victime ou d'un tiers. Mais la connaissance des faits délictueux ne saurait suffire à légitimer une telle opération, l'exigence d'une forte probabilité de commission d'une infraction « milite pour une information fiable, ou, au moins, vérifiable ». In « Flagrance, apparence et provocation ou la souplesse des règles de preuve », M. SANCHEZ, *Rec. Dalloz* 2004, Jurisprudence p. 1485. V. « L'Alégra paie le prix fort pour ses discriminations raciales », *L'Union*, 11 novembre 2010 : le tribunal correctionnel de Chalons a condamné le gérant d'une discothèque pour discrimination « raciale » suite à un testing qui était organisé avec la LICRA par le pôle antidiscriminatoire du parquet de Chalons.

<sup>5</sup> LEMOINE P., « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », *op. cit.*, p. 175.

<sup>6</sup> « *et ce d'autant qu'il a été indiqué que le portier, sensibilisé par la presse, avait pressenti une provocation de SOS Racisme* ». TGI Toulouse, 21 décembre 2000 et C.A. Toulouse, 4 avril 2002, n° 01/00133 (Juris-Data n° 175143).

preuve, la chambre criminelle a reconnu en 2000 le testing - alors constaté par un huissier - comme moyen de preuve pénale<sup>1</sup>. Pour autant, moins d'un an après, la cour d'appel de Montpellier persistait à rejeter le procédé du testing : il constituait une preuve déloyale et non transparente car il ne pouvait être corroboré par aucune preuve objective en dehors des témoignages des testeurs (absence d'huissier), et une preuve « *illicite* » car portant « *atteinte aux droits de la défense ainsi qu'au droit à un procès équitable* »<sup>2</sup>. La Cour de cassation cassa l'arrêt en invoquant l'indifférence de l'origine illicite ou déloyale de la preuve et en rappelant qu'il appartient au juge d'en apprécier la valeur probante après débat contradictoire.

La Cour de cassation confirmait ainsi la validité du test de situation comme moyen de preuve quand bien même il n'aurait pas été réalisé en présence d'un officier de police judiciaire ou d'un huissier de justice<sup>3</sup>. Le juge a fait ici application d'une sorte de « principe de légitime défense probatoire »<sup>4</sup> au bénéfice des victimes au vu de la difficulté pour ces dernières d'avoir accès aux preuves de la discrimination subie. De plus, étant donné que les participants de l'opération n'avaient eu recours à aucun artifice ou stratagème - ils étaient habillés correctement et s'étaient présentés devant l'établissement sans agressivité aucune - et que l'association pratique ses testings sur la base des signalements qu'elle reçoit, le testing s'apparente « à une provocation à la preuve et comme tel ne peut être considéré par principe et *in abstracto* comme déloyal »<sup>5</sup>. Conformément à ce raisonnement, la Cour de cassation rejetait en 2005 le pourvoi d'un propriétaire et d'une gérante d'agence immobilière condamnés pour discrimination « raciale » qui contestaient la recevabilité de l'enregistrement sonore du testing téléphonique produit à l'audience<sup>6</sup>. Si le ce dernier est donc reconnu comme un mode de preuve par le juge pénal, sa recevabilité devant les juridictions civiles, qui exigent comme nous l'avons vu loyauté et transparence de la preuve, est sujette à caution et reste à vérifier.

Certains auteurs ont néanmoins contesté ce procédé<sup>7</sup> et estiment que la recevabilité du testing devrait être conditionnée à des garanties<sup>1</sup>. Il faut noter que les exigences méthodologiques

---

<sup>1</sup> Cass. crim., 12 septembre 2000, n° 99-87251, rejet.

<sup>2</sup> C.A. de Montpellier, 3<sup>ème</sup> ch. corr., 5 juin 2001, n° 869, n° 870

<sup>3</sup> Cass. crim., 11 juin 2002, *SOS racisme c/ Dhaisne et autres*, n° 01-85559, *Bull. crim.*, n° 131, p. 482, *LPA*, 6 janvier 2003, n° 4, Note F. Ringel, p. 15. L'originalité de l'arrêt réside dans le fait que « la preuve n'est plus administrée par un particulier invoquant un préjudice direct et personnel, comme c'est souvent le cas, mais par une association défendant un intérêt collectif, une valeur générale, celle de la non-discrimination » (*in* PRADEL J., VARINARD A, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 198).

<sup>4</sup> MOLINA E., « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *op. cit.*, p. 264.

<sup>5</sup> COLLET-ASTRI L., « Testing or not testing ?, la chambre criminelle de la Cour de cassation valide le mode de preuve, serait-il déloyal... », *Rec. Dalloz*, 2003, p. 1314.

<sup>6</sup> C.A. Toulouse, 10 mai 2004, Cass. crim., 7 juin 2005, n° 04-87354.

<sup>7</sup> P. Lemoine se demande si en ce faisant, la Cour « n'a pas enfoncé un coin dans la rigueur dont elle faisait jusqu'alors preuve pour refuser d'admettre la provocation à commettre l'infraction ». *In* « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », *op. cit.*, p. 178.

sont nécessairement plus importantes pour les tests de terrain que pour les tests épistolaires ou téléphoniques. Plus la méthodologie exigée est rigoureuse, plus elle s'avère lourde et coûteuse et donc difficile à mettre en œuvre. Pour Olivier De Schutter, il serait préférable qu'une personne présentant certaines garanties d'indépendance et de crédibilité - comme un huissier de justice - puisse certifier les conditions dans lesquelles la preuve a été recueillie<sup>2</sup>. Cette personne aurait pour double mission de s'assurer du bon déroulement du testing et de l'absence de toute provocation à l'infraction, et d'en garantir la rigueur méthodologique, en particulier en vérifiant la comparabilité des personnes du groupe qui présentait une caractéristique exposant à la discrimination avec celles relevant du groupe « de contrôle ».

Mais le juge n'a pas posé de cadre délimitant les conditions de recevabilité du test de discrimination. Pour autant, si SOS Racisme a commencé par organiser ses testings avec huissier<sup>3</sup>, elle a rapidement fait le choix de s'en passer en raison du coût financier entraîné pour l'association elle-même et de sa volonté de démocratiser l'accès à cette méthode de preuve. De plus, l'accès à des instruments technologiques tels que l'enregistreur MP3 et la caméra miniature constituent des moyens alternatifs qui permettent au juge de s'assurer de la rigueur méthodologique du test. La médiatisation des affaires victorieuses mettant en scène des tests de situation a permis d'en populariser l'utilisation : des particuliers ont aujourd'hui spontanément recours au procédé du test de situation pour démontrer la discrimination « raciale » dont ils pensent avoir été victime, le test étant alors organisé avec<sup>4</sup> ou sans huissier<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> La Commission Fauroux se montrait « très réservée sur le procédé de « *naming et shaming* » qui a pour objet de désigner à la vindicte publique une entreprise ou une organisation apparue fautive à la suite d'un testing ». Elle estime que le testing devrait être utilisé sans nécessairement viser de suite pénale avec certaines garanties (information préalable d'un possible testing, méthodologie certifiée, non dévoilement public des résultats) qui viendraient en réalité sérieusement paralyser ce nouvel instrument. In FAUROUX R., *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, Paris, ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, 2005, p. 16.

<sup>2</sup> DE SCHUTTER O., « Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination », *op. cit.*, p. 35.

<sup>3</sup> Précisons que ces huissiers peuvent intervenir dans des lieux ouverts aux publics. Or, dans le cas des boîtes de nuit, les parkings sont le plus souvent des lieux ouverts au public à partir desquels l'huissier peut valablement constater les refus de prestation. Si l'huissier questionne le portier sur les motivations du refus, le portier n'est pas tenu de lui apporter des réponses, mais, s'il le fait, l'huissier peut valablement en rapporter la teneur.

<sup>4</sup> Dans une affaire de discrimination à la vente d'un logement en juin 1999, la victime, doutant de la légitimité du refus qui lui avait été opposé, a sollicité l'intervention de l'une de ses amies. Celle-ci s'est rendue à un rendez-vous avec l'agence immobilière accompagnée discrètement d'un huissier et s'est vu expliquer que les propriétaires refusaient bel et bien de vendre à des personnes d'origine étrangère (TGI Lille, 21 novembre 2001, *Meddahi c/ Heyndrickx*, n° 7898-01).

<sup>5</sup> Dans une affaire de discrimination au logement privé, le candidat de nationalité marocaine, qui avait appris lors de la visite de l'appartement que celui-ci était déjà loué, a réalisé un testing téléphonique avec l'aide d'un ami qui a contacté par la suite la propriétaire. Celle-ci a alors répondu qu'elle pouvait lui louer l'appartement car il était bien français (« Une propriétaire condamnée à une amende de 3.000 € pour discrimination », Communiqué du MRAP, 17 novembre 2006). Voir aussi TGI Strasbourg, 21 novembre 2001, n° 01/4098.

La loi pour l'égalité des chances<sup>1</sup> a consacré en 2006 cette jurisprudence avec l'insertion d'un nouvel article 225-3-1 dans le code pénal. Lors de la discussion du texte, le Sénat a supprimé la mention qui prévoyait que seuls des officiers de police judiciaire, des huissiers ou des agents assermentés de la HALDE pouvaient conduire des testings afin qu'il reste accessible à tous<sup>2</sup>. La circulaire du 26 juin 2006 du Garde des Sceaux a précisé qu'« *il ne faut pas considérer que l'article 225-3-1 consacre en droit pénal une forme de test de discrimination de nature 'générale et statistique' qui permet par exemple d'adresser une série de demandes fictives, comme des demandes d'emploi ne différant que sur des éléments susceptibles de donner lieu à des discriminations prohibées, tels que l'origine, le sexe ou le handicap, afin de constater, notamment au plan statistique, le rejet de certaines demandes* »<sup>3</sup>. Ne seraient donc recevables que des tests impliquant des personnes réelles qui ne sauraient avoir menti sur leur identité ou leurs qualités, même si les personnes peuvent n'être que des victimes potentielles (dans un testing à l'emploi, il n'est pas nécessaire qu'elle soit effectivement à la recherche d'un emploi). Selon la circulaire, la discrimination peut être prouvée par un test ponctuel : il s'agit de démontrer un comportement discriminatoire et non une politique discriminatoire voire ségrégative. Le législateur français n'a donc pas posé de cadre étroit à la recevabilité du procédé du testing.

L'admission d'une telle preuve relève d'une dimension corrective mais aussi préventive de la lutte contre les discriminations car l'État, qui admet que la discrimination peut être prouvée par le recours à des tests de situation, « impose aux opérateurs économiques de son territoire des contraintes d'ordre administratif, liées à la nécessité de fournir une motivation suffisamment détaillée de chaque refus d'embauche et de conserver une trace de ces motivations »<sup>4</sup>. La Belgique a aussi intégré le testing comme l'un des éléments permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe<sup>5</sup>. Mais il est alors exigé une « récurrence de traitements défavorables », qui

---

<sup>1</sup> Art. 45 de la loi n° 2006-396 pour l'égalité des chances du 31 mars 2006 (*J.O.* du 2 avril 2006, p. 4950) insérant un nouvel article 225-3-1 : « *les délits prévus par la présente section sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie* ». Bien que la « légalisation » du testing par le biais de cette législation ne modifie pas réellement la situation, l'annonce de cette légalisation a rencontré l'hostilité des propriétaires de logement par la voix de l'Union nationale de la propriété immobilière qui ont souligné le caractère « *inopportun* » du testing dans un contexte de pénurie locative et rappelle son attachement au droit de choisir son locataire. Voir « *Polémiques sur la discrimination au logement* », *Le Figaro*, 8 décembre 2005.

<sup>2</sup> BURNIER F., PESQUIE B., « Test de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques*, n°5, juillet 2007, p. 67.

<sup>3</sup> Circulaire du garde des Sceaux relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances relatives à la lutte contre les discriminations et du décret n° 2006-641 du 1<sup>er</sup> juin 2006 relatives aux transactions proposées par la HALDE, 26 juin 2006, *op. cit.*, point 2.

<sup>4</sup> DE SCHUTTER O., *Discrimination et marché du travail...*, *op. cit.*, note de bas de page p. 88.

<sup>5</sup> La loi belge du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination (*M.B.*, 17 mars 2003) se référait explicitement au testing (art. 19 § 3 et 4) dont les modalités devaient être précisées par un arrêté royal qui n'a jamais vu le jour (cette carence a donné lieu à une condamnation de l'Etat belge par le Tribunal de première instance de Bruxelles le 25 septembre 2007). Le procédé était vivement contesté (Voir « *Un plan pour limiter la discrimination à l'embauche suscite la polémique en Belgique* », *Le Monde*, 12 avril 2005). C'est finalement la

pourrait être établie par le biais de testing répétés ou par plusieurs signalements auprès du Centre pour l'égalité ou d'autres groupements, venant confirmer les résultats d'un éventuel test de situation<sup>1</sup>. Ici, la récurrence des tests viendrait compenser l'éventuel déficit méthodologique. Aux États-Unis, le testing judiciaire a joué un rôle important dans les procès civils en discrimination dans le domaine du logement. Pour la discrimination dans l'emploi, ce procédé n'a été utilisé que dans quelques affaires. Le juge américain ne semble exiger ni récurrence, ni présence d'un tiers qualifié pour caractériser la discrimination « raciale » sur le fondement du testing<sup>2</sup>.

En France, la méthodologie du testing, d'abord utilisée pour prouver la discrimination à l'entrée des discothèques puis étendue à d'autres biens et services, est employée par les associations et les particuliers. Le test de situation, tout comme l'enregistrement avec lequel il est souvent combiné, constituent donc de nouveaux instruments de preuve parfaitement recevables par les juridictions pénales. Néanmoins, l'appréciation de la force probante de ces procédés revient souverainement aux juges du fond. En l'occurrence, si la palette des preuves disponibles s'est élargie, « sur le fond, il serait bien optimiste de croire que la situation de la victime s'est considérablement améliorée. Tout dépend en réalité des exigences des juges »<sup>3</sup>.

## **§2) L'appréciation de la preuve par les juridictions civiles**

Au civil, le demandeur est certes lié par le principe de loyauté de la preuve, mais il bénéficie de l'aménagement de la preuve dans le cadre d'une définition objectivée de la discrimination. Les preuves explicites de discrimination « raciale » étant rarement accessibles, les plaignants sont contraints de procéder à des recherches poussées. Les principes généraux de la procédure civile, et notamment le droit aux mesures d'instruction utiles<sup>4</sup>, n'ont pourtant

---

loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (*M.B.*, 30 mai 2007) qui est venu valider et encadrer le procédé.

<sup>1</sup> VAN DER PLANCKE, « Les tribulations du testing en Belgique ; quels enseignements ? », *Horizons stratégiques*, n°5, juillet 2007, p. 49.

<sup>2</sup> Dans un litige civil de 1990, les plaignants étaient deux étudiants afro-américains utilisés comme testeurs et l'ONG qui les employait. Le défendeur était l'agence locale d'une entreprise nationale de travail intérimaire. L'agence n'avait en effet réussi qu'à placer les deux étudiants testeurs d'origine européenne. L'agence mise en cause a dû payer des dommages et intérêts conséquents à l'ONG et promettre de cesser ses pratiques discriminatoires (District of Columbia, fair employment Council v. BMC marketing). In BENDICK. M. Jr., « Situation Testing for Employment Discrimination in the United States », *Horizons stratégiques*, n° 5, juillet 2007, pp. 30-31.

<sup>3</sup> FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 49.

<sup>4</sup> Le droit aux mesures d'instructions utiles est prévu à l'art. 143 du Nouveau Code de procédure civile (NCPC). De plus, l'art 145 NCPC indique que toute personne peut demander une mesure d'instruction par requête ou référé avant tout procès afin de préserver la preuve et l'art. L1134-1 du code du travail prévoit que « le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utile ».

jamais permis d'obtenir des mesures d'instruction conséquentes qui relèvent du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond. Très peu de dossiers ont semble-t-il fait l'objet de mesures d'instruction avec une mission de conseiller-rapporteur ou une expertise<sup>1</sup> et le juge n'est pas tenu de motiver spécialement son refus - non susceptible de recours - d'ordonner l'expertise<sup>2</sup> ou d'accéder à la demande de documents sollicités<sup>3</sup>. Au civil, le procès reste la chose des parties, mais se pose alors le problème de l'égalité des armes. Il est donc essentiel que les victimes puissent obtenir la transmission et la production au dossier de tout document pertinent aux faits mis en cause par le litige<sup>4</sup>.

Les recours devant les juridictions civiles sont encore peu nombreux mais quelques condamnations ont été prononcées. On peut relever une condamnation pour une « discrimination indirecte » fondée sur la nationalité dans l'accès au logement par une juridiction civile<sup>5</sup> mais la plupart des procès concernant les discriminations sont relatifs au monde du travail et impliquent les juridictions sociales. La chambre sociale a principalement eu à connaître des discriminations dans la carrière (retard d'avancement, refus de promotion, diminution de notation) liées à l'appartenance syndicale<sup>6</sup> mais la lutte contre les discriminations « raciales » commence à bénéficier de ces nouveaux acquis grâce à la mobilisation de la preuve comparative (A) et des autres types de preuve plus classiques (B).

#### A) La preuve comparative

Avant même l'aménagement de la preuve, une preuve comparative permettait d'emporter la conviction des juges dans l'affaire *Schlumberger c/ Celik* concernant une discrimination « raciale » dans la rémunération. Les juges de première instance avaient relevé

---

<sup>1</sup> Selon M-T Lanquetin et M. Grévy, sur les 111 décisions rendues par les conseils des prud'hommes en matière de discrimination, seules 4 jugements ont été rendus après une mission de conseiller-rapporteur et aucune expertise n'avait été menée. *In Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, op. cit.*, p. 33.

<sup>2</sup> Il faut aussi relever que les frais d'une expertise, mesure à systématiser dans les affaires de discrimination, restent à la charge des parties et sont élevés. Cf. C.P.H Boulogne-Billancourt, 12 décembre 2005, *M. Mouloud Beldi et al c. SAS Renault* (n° RG F03/00492, p. 17) : 10.841,10 € à la charge de Renault et 1.806,17€ pour chacun des 6 salariés demandeurs, ce qui représente un total de 21.678,12€.

<sup>3</sup> Cass. civ., 14 mai 1985, *Bull.* n°153. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour de cassation limite l'appréciation de l'opportunité des mesures d'instruction. Cf. Cass. civ., 15 juin 1976, *Bull.* n°262 : « *il en est autrement lorsque les faits articulés, si leur existence était établie, auraient légalement pour conséquence inéluctable de justifier la demande* ».

<sup>4</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve, op. cit.*, p. 40

<sup>5</sup> T.I. Montpellier, 3 avril 2008, *Martin Drucker c/ Galerie Grégoire Immobilier-SAS Solly Azar Assurances*, n° 11-07-001540 : l'assureur du bailleur exigeait la production d'une pièce d'identité établie par l'administration française. Le requérant allemand avait bénéficié du soutien de la HALDE (délibération du 6 juillet 2007).

<sup>6</sup> « L'égalité des salariés en droit du travail », in Cour de cassation, *Rapport 2003, L'égalité*, La Documentation française, 2004, p. 76.

que le requérant ne bénéficiait pas d'un classement au même coefficient, et donc du même salaire, que les trois autres ouvriers travaillant dans le même atelier alors qu'ils exerçaient tous des fonctions identiques. Le conseil des prud'hommes conclut à la discrimination et la Cour de cassation valida ce jugement<sup>1</sup>. Le nouveau régime probatoire dont bénéficie la victime vient renouveler la question de la preuve des discriminations. Pour répondre à son obligation de présenter des « *éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe* » (art. L. 1134-1 CT), le demandeur peut comparer sa situation à celle d'autres salariés et pour ce faire appliquer la méthode utilisée avec succès devant la Cour de cassation en matière syndicale. Elle constitue aujourd'hui « une véritable méthodologie de l'élaboration de la preuve et des indices recevables qui offre une base de travail sur les autres champs »<sup>2</sup>.

La Cour d'appel de Paris a ainsi confirmé en 2000 une condamnation pour discrimination dans le déroulement de carrière et l'accès à la formation sur le fondement de l'origine et du sexe. Pour évaluer la discrimination alléguée, des comparaisons avec les carrières des cinq salariés entrés en même temps que la demandeuse dans l'entreprise ont été réalisées. Il est apparu qu'elle avait connu une évolution de carrière plus lente<sup>3</sup> et que le positionnement de son poste excluait toute possibilité d'avancement important, ce qui limitait l'évolution future de sa carrière et le montant de ses primes de résultat. Les juges ont estimé que cette disparité de situation était « *susceptible de caractériser une discrimination* ». Il faut aussi préciser ici que des attestations indiquaient que la salariée avait été victime, dès son arrivée dans le service, d'un véritable harcèlement raciste que la hiérarchie n'avait pas découragé. Pour justifier le retard de carrière de la plaignante et le positionnement de son poste par des motifs objectifs étrangers à toute discrimination, l'employeur a mis en avant son refus de la polyvalence et son incompétence. Les juges n'ont pas reconnu ces motifs comme légitimes dans la mesure où ils n'avaient pas été démontrés. Enfin, les juges n'ont pas

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 10 décembre 1987, n° 84-44977, *Bull. crim.*, n° 720, p. 456.

<sup>2</sup> VALENTIN-MARIE C., « Enjeux actuels de la lutte contre les discriminations en France », *op. cit.*, p. 137. Si en matière syndicale, on peut montrer une évolution dans le traitement du salarié après que son engagement syndical a été porté à la connaissance de l'employeur, ce n'est pas le cas des discriminations fondées sur des caractéristiques intrinsèques des salariés. Contrairement aux victimes de discrimination « raciale », les salariées victimes de discrimination fondée sur le sexe peuvent quant à elles s'appuyer sur le rapport annuel de situation comparée hommes-femmes obligatoire pour les entreprises de plus de 300 salariés remis au Comité d'entreprise ou aux délégués du personnel (art. L. 2323-57 CT), mais ce rapport ne permet pas de collecter les données précises exigées pour une comparaison probante.

<sup>3</sup> Il est démontré que les postes de tous les salariés entrés en même temps sont positionnés sur un segment supérieur ; de plus, tous les postes d'agents de maîtrise du service de la salariée, dont certains n'ont pourtant accédé que récemment à la maîtrise, sont aussi positionnés sur un niveau supérieur alors même que le niveau de compétences requis et le niveau de responsabilité et des enjeux liés au poste (critères présidant au positionnement des postes) sont identiques.



considéré que le fait que trois autres salariés « *de couleur* » attestaient ne pas subir de discrimination permettait d'exclure toute discrimination à l'encontre de la plaignante<sup>1</sup>.

Dans une autre affaire, l'intervention de la Cour de cassation a été nécessaire. Un salarié, qui s'était plaint de discrimination « raciale » dans la rémunération, avait été débouté en appel au motif qu'il n'occupait pas le même emploi et n'avait pas le même niveau de qualification que les salariés du panel, ce qui rendait impossible toute comparaison opérante. De plus, elle estimait que la comparaison sur neuf mois était insuffisante pour présumer d'une discrimination. La Cour de cassation a néanmoins relevé que le salarié faisait valoir qu'il ne percevait plus depuis 1998 la prime d'incommodité attribuée à tous les autres salariés et qu'il ne bénéficiait qu'irrégulièrement et pour des montants variables des primes de productivité et de qualité sans cause connue, ce qui laissait « *présumer l'existence d'une discrimination* ». Pour ces raisons, la chambre sociale a cassé l'arrêt de la cour d'appel<sup>2</sup>.

Dans un dossier mettant en cause l'entreprise Renault, six ouvriers soutenus par le MRAP et la CGT avaient saisi le conseil des prud'hommes car ils estimaient avoir subi un déroulement de carrière défavorable du fait de leur origine « ethnique ». Une expertise a été ordonnée par le juge pour reconstituer la carrière des demandeurs, décision suffisamment rare pour être mentionnée. Relevant que les « *faits doivent être appréciés dans le contexte de l'époque* » et que les « *méthodes de gestion du personnel appliquées dès 1954* » démontrent que cette organisation avait « *essentiellement pour but d'aider les salariés d'origine étrangère* », le conseil des prud'hommes « *ne constate pas (...) la moindre organisation ou le moindre fait visant à écarter un salarié en raison de ses origines* ». La stagnation des requérants serait davantage liée aux « *nombreuses réorganisations dues à l'évolution des techniques et technologiques (...) que certains salariés n'ont pas voulu suivre (...)* ». Il est pourtant étrange que l'employeur n'ait pas eu à justifier précisément les « *différences de salaires, de coefficients, de déroulement de carrière* » constatées par le rapport de l'expert et les pièces annexes. De plus, l'avocate du MRAP avait cité une note interne de Renault datée de 1972 qui précisait les différentes qualités professionnelles reconnues aux travailleurs selon leur origine : selon ce document, « *les meilleurs sont espagnols* », « *les moins bons* » étant « *incontestablement les Africains noirs et les Maghrébins* »<sup>3</sup>. Heureusement, la Cour d'appel,

---

<sup>1</sup> C.P.H. Paris, 7 septembre 2000, C.A. de Paris, 18<sup>ème</sup> ch., section D, *A. Akuesson c/ RATP*, 29 janvier 2002, RG n° 2001/32582, Cass. soc., 29 septembre 2004, n° 02-42427, rejet (pourvoi de la RATP).

<sup>2</sup> Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 08-41249.

<sup>3</sup> C.P.H. Boulogne Billancourt, 21 juillet 2005, n° 03/01041. Les travaux de Laure Pitti, s'ils avaient été versés au dossier, auraient permis de restituer la réalité sociologique des phénomènes discriminatoires chez Renault. V. « *Catégorisations ethniques au travail. Un instrument de gestion différenciée de la main d'œuvre* », *Histoires et mesures*, 2005, vol. XX, n°3/4, pp. 69-101. Selon ces recherches basées sur quelque 1.000 dossiers individuels

sur la base de l'étude comparative, releva l'absence d'évolution de carrière et constata une discrimination « raciale » à l'encontre de Renault qui n'avait pas satisfait à l'obligation de justification objective de la différence de traitement<sup>1</sup>.

La méthode comparative a été utilisée avec succès dans une autre affaire mettant en cause l'équipementier automobile Bosch. Des salariés appuyés par la CGT ont saisi les prud'hommes d'un recours pour discrimination « raciale » et sexuelle. La hiérarchie avait été préalablement interpellée sur les retards de carrières subis par les salariés issus du Maghreb ou des DOM-TOM, mais aussi par les femmes, et négocié une forme de rattrapage. Des salariés, encouragés par la CFDT, avaient accepté les arrangements à l'amiable. Mais la CGT, considérant que ces sommes ne couvraient pas les préjudices subis, a entamé une action en justice. L'avocat, reproduisant les méthodes ayant fait leur preuve en matière de discrimination syndicale, a comparé la situation de ses clients au panel de salariés embauchés la même année qu'eux avec le même niveau de formation et pu montrer ainsi l'absence d'évolution de leur carrière. Les requérants ont aussi produit des documents attestant les indemnités reçues par d'autres salariés discriminés ainsi qu'une interview du chef d'établissement dans lequel celui-ci reconnaissait que « certains avaient été défavorisés en raison de leurs origines »<sup>2</sup>. Dans le cadre du nouveau régime probatoire, l'entreprise n'a pas su justifier les retards de carrière et a été condamnée pour discrimination « raciale » à l'encontre de six salariés<sup>3</sup>.

La preuve comparative a aussi été décisive dans le dossier mettant en cause la Compagnie des Wagons-lits. Le requérant a ainsi montré que sa carrière avait anormalement stagné malgré l'obtention de ses diplômes et ses demandes répétées d'évolution. Le défendeur n'a pu justifier par aucun élément objectif l'avancement de collègues moins diplômés et la disparité de traitement constatée. En conséquence, le conseil des prud'hommes a jugé la discrimination « raciale » caractérisée. Il faut relever que dans ce dossier, SOS Racisme avait

---

d'ouvriers algériens embauchés à Billancourt entre 1950 et 1963, les « *embauches et les carrières portent la marque d'une gestion différenciée* » (p. 84). Elle constate une homogénéité des trajectoires des ouvriers de l'échantillon : « *stagnation ou faiblesse de la progression professionnelle est (...) la première caractéristique de ces carrières* », la sortie de la condition ouvrière restant très marginale (p. 90). Les mécanismes traditionnels de promotion que sont la durée de l'emploi dans l'entreprise et la mobilité sectorielle n'ont pas joué pour les ouvriers algériens, ce qui les différencie des profils de carrière des ouvriers italiens et espagnols. L'absence de formation mise en relation avec le problème de l'analphabétisme dans le cadre des réorganisations de l'entreprise dues à l'évolution des techniques et technologies est le principal argument évoqué devant les prud'hommes par la direction du personnel de Renault pour expliquer la stagnation professionnelle des plaignants : il est battu en brèche par Laure Pitti pour qui « *la formation ne constitue pas un critère retenu comme pertinent dans la gestion de la main-d'œuvre étrangère* » (p. 94).

<sup>1</sup> C.A. Versailles, 17<sup>ème</sup> ch., 15 avril 2010, *Bouabakar Soumare c/ SAS Renault*, n° 09/01590.

<sup>2</sup> « Chez Bosch, les 'basanés' cantonnés aux postes d'ouvriers », *Libération*, 13 février 2006, « Bosch accusé de discriminer femmes et étrangers », *Libération*, 5 décembre 2007.

<sup>3</sup> C.P.H. Lyon, 20 juin 2008, *Rabah Ziraoui c/ SAS Bosch France*, n° F04/01754.

discrimination « raciale » caractérisée. Il faut relever que dans ce dossier, SOS Racisme avait pointé l'ethnisation des tâches - les manutentionnaires, contrairement aux commerciaux, étaient tous issus de l'immigration- et l'existence d'une discrimination indirecte dans la procédure de promotion des cadres – seuls les commerciaux y avaient accès - mais le tribunal n'a pas répondu sur ces points<sup>1</sup>.

Un dernier arrêt a marqué les esprits car il vise une célèbre entreprise française pour la discrimination à l'embauche d'un intérimaire d'origine maghrébine. Ce dernier avait été sollicité par l'entreprise Airbus à plusieurs reprises pour un total de 28 mois sans jamais être recruté dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée alors que d'autres intérimaires qu'il avait lui-même formés avaient été depuis lors embauchés. Le requérant présenta des éléments laissant supposer une discrimination en comparant sa situation avec un candidat qui lui avait été préféré et qui était pourtant doté d'une ancienneté et de capacités professionnelles moindres. La HALDE apporta aussi les résultats d'une étude dans laquelle elle avait comparé les embauches réalisées par Airbus entre 2000 et 2006 (288) et pour l'année 2005-2006 (43) avec les candidats présentant les qualifications requises pour accéder au poste recherché sur le bassin d'emploi de Toulouse (représenté par l'ANPE auprès de laquelle Airbus recrute ses ouvriers et par les élèves inscrits au lycée professionnel avec lequel la société avait un partenariat). L'étude faisait apparaître que, sur le site visé, seules deux embauches sur 288 au cours de la période 2000-2006 et aucune parmi les 43 embauches d'agents de qualification réalisées en 2006 avait concerné une personne dont le patronyme était d'origine maghrébine. Même si la question n'a pas été débattue, la Cour d'appel semble avoir considéré le panel comme pertinent et l'employeur n'a soulevé aucune objection sur la sélection des terrains ou des groupes référents de l'analyse comparative. De plus, le juge considéra que l'employeur n'apportait aucune justification objective à la différence de traitement établie et releva un manque de transparence dans la procédure de recrutement, ce qui permettait à l'employeur, faute d'une définition préalable des niveaux de formation et d'expérience exigés pour le poste, de concevoir *a posteriori* ses justifications<sup>2</sup>. En conséquence, Airbus fut condamné par

---

<sup>1</sup> C.P.H. Lyon, 9 mars 2010, *X c/ SA Cie internationale des Wagons lits et du tourisme*, n° F06/03979.

<sup>2</sup> Dans une affaire de discrimination « raciale » ou « ethnique » à l'embauche portée par un intérimaire, la Cour d'appel releva que la procédure de sélection contestée était préalablement définie et encadrée et comportait plusieurs évaluations (ce qui réduisait le caractère subjectif de l'évaluation et le risque d'arbitraire), notamment un test objectif de logique auquel la requérante avait échoué. De plus, l'employeur produisit le registre du personnel, des statistiques d'emploi de l'entreprise et le procès verbal du comité d'entreprise qui montraient une « *politique de recrutement assurant une réelle diversité du personnel* ». L'appelante fut, comme en première instance, déboutée de sa demande (C.A. Paris, 18<sup>e</sup> ch. A, 30 janvier 2007, *Procter et Gamble Pharmaceuticals*, n° 05/04740).

la Cour d'appel<sup>1</sup>. Mais, en matière civile, les preuves rapportées pour établir la discrimination ne sont pas systématiquement comparatives.

## B) Les autres types de preuve

Parfois, les preuves rapportées par le requérant ne relèvent pas de la comparaison. Les écrits et les témoignages, quand ils existent, sont très utiles. C'est notamment le cas pour des affaires de licenciement discriminatoire. L'arrêt *Boufagher* de 1992 concernait l'ordre des licenciements fondé sur le critère de la charge d'une famille nombreuse qui était différemment apprécié selon l'origine européenne d'une part et maghrébine et turque d'autre part. La chambre sociale de la Cour de cassation a conclu à la discrimination directe en se fondant sur l'art. L. 122-45 du code du Travail et sur le Préambule de la Constitution de 1958<sup>2</sup>. En 2001, la Cour de cassation était confrontée au pourvoi d'une salariée licenciée par l'administration supérieure de Wallis et Futuna à la suite des pressions des employés qui refusaient que soit engagée « *une personne qui ne soit pas d'ethnie wallisienne* » et à l'impossibilité de lui trouver une autre affectation<sup>3</sup>. D'autres condamnations sont intervenues plus récemment. La cour d'appel de Versailles a ainsi confirmé la condamnation pour discrimination « raciale » d'une société d'huissiers et la nullité du licenciement qui en avait été l'aboutissement. Un témoignage venait attester l'hostilité « *à connotation raciste* » à l'encontre du requérant qui, bien qu'ayant réussi son examen de fin d'études, était resté confiné à des tâches ingrates<sup>4</sup>.

Un autre dossier conclu en 2008 devant les juridictions de Montpellier s'est appuyé sur la seule situation du requérant. Celui-ci avait été engagé dans le cadre d'un contrat de qualification en vue de l'obtention d'un BTS. Il demandait la requalification de son contrat car il n'avait été affecté qu'à des tâches de manutention et de nettoyage sans cohérence avec la formation qu'il suivait et la société ne produisait aucun élément susceptible d'établir qu'elle avait respecté son obligation de formation. Le Conseil des prud'hommes puis la Cour

---

<sup>1</sup> C.P.H. Toulouse, 11 décembre 2008, n° 07/02811 (requérant débouté) ; C.A. Toulouse, 4<sup>ème</sup> ch. section 2, 19 février 2010, n° 140/2010. V. BERTHOU K., « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010 », *Revue de droit du travail*, n° 11, novembre 2010, pp. 635-641.

<sup>2</sup> Cass. soc., 8 avril 1992, *Boufagher c/ Groupement de Penly*, n° 90-41276, *Bull.*, n° 256, p. 157. Voir aussi Cass. soc., 10 février 1998, *M. Mohamed Mamri c/ Sté Simaf*, n° 65-42315, *Bull.*, n° 78, p. 57.

<sup>3</sup> Cass. soc., 23 mai 2001, *Querlier c/ administration de Wallis et Futuna*, n° 99-42540, rejet. L'arrêt attaqué du président du TGI de Mata'Utu, statuant en tant que juridiction d'appel du tribunal de travail, avait confirmé la discrimination « raciale » de l'administration mais n'avait prévu aucune réparation du préjudice moral faute pour la victime d'en avoir démontré l'existence. La Cour de cassation rejeta son pourvoi.

<sup>4</sup> C.P.H. Chartres, 30 avril 2008, n° 06/00170, C.A. Versailles, 17<sup>ème</sup> ch., 2 décembre 2008, *SCP Jacques Jouart c/ Abdel Illah Mansory*, n° 08/0219.

d'appel décidèrent en conséquence de requalifier le contrat en contrat de travail de droit commun. La discrimination « raciale » fut reconnue sur le fondement du cantonnement du requérant à des tâches de manutention sans explication de l'employeur, ainsi que des propos racistes attestés<sup>1</sup>. La Cour n'a parfois besoin d'aucun élément de preuve quand elle constate une discrimination évidente. Ce fut par exemple le cas quand, en 2009, la Cour de cassation, saisie de la requête d'un salarié, Mohammed, à qui son employeur avait demandé de changer son prénom en « Laurent », a estimé que la demande de changement de prénom était « *de nature* » à constituer une discrimination en raison de l'origine et rappelé que « *la recherche de l'existence d'une discrimination directe ou indirecte n'implique pas nécessairement de procéder à une comparaison avec la situation d'autres salariés* »<sup>2</sup>.

Les victimes bénéficient dorénavant de l'aménagement de la preuve issu de la jurisprudence et inscrit dans le code du travail depuis la loi du 16 novembre 2001, mais, comme le soulignait le GELD, « on aurait tort de penser que ces textes suppriment pour la victime toute difficulté de preuve de la discrimination »<sup>3</sup>. L'intime conviction des juges, qui se cantonnent souvent à un rôle passif de réception des preuves alors que les victimes de discrimination souffrent d'un déséquilibre flagrant dans l'accès aux preuves, semble encore difficile à emporter. De plus, comme le relève François Clerc, chargé des discriminations à la CGT, alors que la discrimination syndicale relève d'un combat politique entre syndicat et employeur, la discrimination « raciale » vise « quelque chose de plus humain et intime, que la victime n'a pas choisi. La condamnation morale de l'employeur est donc beaucoup plus forte », ce qui explique sans doute les réticences des juges<sup>4</sup>.

Certaines affaires sont ainsi parfois requalifiées en harcèlement au vu des agressions verbales attestées<sup>5</sup> et d'autres recours ont connu des fins moins heureuses pour les plaignants

---

<sup>1</sup> C.P.H. Montpellier, 20 novembre 2007, n° 06/01201, CA Montpellier, 4<sup>ème</sup> ch. sociale, 21 mai 2008, *SNC Génédis c/ Sofien Rajab*, n° 1009.

<sup>2</sup> Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 08-42286, *Dr. soc. 2010. 112, obs. Radé* ; Chron. Droit du travail, *D. 2010*, p. 672.

<sup>3</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations...*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>4</sup> « Bosch : le combat des 'discriminés' », *L'Humanité*, 27 décembre 2005.

<sup>5</sup> C.P.H. Nancy, 16 décembre 2004, *N. Bénaméra c/ Association AEIM*, RG n° F03/01091 : le C.P.H. s'est prononcé sur une plainte pour discrimination raciale et syndicale concernant un retard dans l'évolution de carrière et des agressions verbales à caractère raciste. Les juges ont estimé que la discrimination syndicale à l'encontre du plaignant, délégué du personnel, n'était pas démontrée et que la discrimination « raciale » au sens strict n'était pas caractérisée. Par contre, les agressions verbales ont été attestées par plusieurs salariés. Ce harcèlement relève, comme le note l'arrêt, d'une discrimination selon la directive 2000/43/CE. Il a ensuite été démontré que la direction n'avait pas mis en œuvre les moyens nécessaires pour prévenir de tels agissements ou les faire cesser en sanctionnant les deux auteurs désignés, se contentant d'une médiation infructueuse.

notamment parce que le juge estime que le requérant ne présente pas les éléments de faits suffisants pour présumer d'une discrimination « raciale »<sup>1</sup>. Pour exemple, le Conseil des prud'hommes de Paris avait condamné en 2005 un employeur à des dommages et intérêts importants sur le seul fondement de l'inexécution déloyale du contrat de travail, le requérant n'ayant pu « *développer une carrière normale* »<sup>2</sup>. Alors que les juges relevaient que le plaignant avait fait l'objet d'un traitement défavorable dans sa carrière, ils ont estimé, sans demander à l'employeur de se justifier<sup>3</sup>, que « *rien ne permet de qualifier le comportement de l'employeur comme étant constitutif d'une discrimination raciale* »<sup>4</sup> car « *aucun élément concret, aucun fait objectif, aucun document ne vient étayer l'accusation très grave selon laquelle la couleur de peau de Monsieur Gabaroum aurait motivé l'attitude de son employeur* »<sup>5</sup>. Puis, la Cour d'appel a considéré que le salarié avait suivi une carrière correcte<sup>6</sup>. Loin d'une objectivation de la discrimination et de l'esprit de l'aménagement de la preuve, les juridictions sociales, à l'instar du juge pénal, semblent parfois exiger du demandeur la preuve de l'intentionnalité. De même dans un dossier mettant en cause la Compagnie des transports strasbourgeois pour un licenciement discriminatoire et malgré l'appui de la HALDE, le conseil des prud'hommes de Strasbourg a considéré que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse alors même que l'étude des sanctions disciplinaires dans l'entreprise montrait que jamais les faits reprochés n'avaient été sanctionnés aussi durement<sup>7</sup>. On est ici sans doute loin d'une analyse fondée sur une définition objectivée de la discrimination, la preuve de l'intention discriminatoire semblant toujours nécessaire.

La juridiction sociale a aussi eu à traiter d'une affaire de licenciement qui constituait une mesure de représailles à l'égard de quatre salariés qui avaient dénoncé la discrimination « raciale » dont avait été victime l'un d'entre eux. M. Badjek, d'origine camerounaise, avait postulé pour un poste de cadre mais cette promotion lui avait été refusée au motif qu'il était Noir - comme l'attestait un collègue qui avait interrogé sa hiérarchie sur ce refus. Les trois collègues de M. Badjek, révoltés par cette décision, avaient saisi les syndicats et l'inspection

---

L'employeur a donc été condamné sur le fondement de l'art. L. 1152-4 CT à verser des dommages et intérêts relativement légers de 2000 € à la victime.

<sup>1</sup> Cass. soc., 12 février 2008, n° 06-43826 ; C.A. Paris, Pôle 6 ch. 11, 19 mars 2010, *Manguli c/ Association de gestion du groupe Médéric*.

<sup>2</sup> Cité par *L'humanité*, 15 septembre 2005.

<sup>3</sup> L'employeur s'est contenté de montrer que d'autres cadres noirs réussissaient bien au sein de l'entreprise et que des cadres blancs avaient eux des carrières moins rapides que le plaignant

<sup>4</sup> Le MRAP n'a donc pas été admis comme intervenant volontaire

<sup>5</sup> C.P.H. Paris, 11 janvier 2005, *Gabaroum c/ SAS Renault*, RG n° F03/03588.

<sup>6</sup> C.A. Paris, ch. soc., 22<sup>ème</sup> ch., 12 septembre 2006.

<sup>7</sup> C.P.H. Strasbourg, 16 septembre 2010, *Jamel Rouchdi c/ Compagnie des transports strasbourgeois*.

du travail et interpellé leur hiérarchie en vain. Suite à leurs interventions, les quatre salariés étaient mutés dans des services distincts. Face à cette situation, le conseil des prud'hommes était saisi et les salariés firent usage de leur droit de retrait, ce qui entraîna leur licenciement. Dans sa décision, la cour d'appel de Paris indique que « *la raison manifeste pour l'employeur de procéder à la rupture des contrats de travail ne pouvait résider que dans la procédure judiciaire en cours du fait d'une discrimination* » et prononce la nullité des licenciements<sup>1</sup>.

### §3) L'appréciation de la preuve par les juridictions pénales

La judiciarisation des discriminations « raciales » s'incarne surtout dans un mouvement de pénalisation de ces discriminations. Face à l'inertie des parquets (A), les associations antiracistes jouent un rôle primordial pour débusquer des discriminations, assister les victimes et apporter la preuve de l'intention discriminatoire (B). Imputer la responsabilité de la discrimination aux donneurs d'ordre et à la personne morale reste cependant difficile (C).

#### A) Un obstacle majeur : l'inertie des parquets

Au pénal, la victime bénéficie dans la recherche et le rassemblement des preuves des enquêtes de police et de l'instruction préparatoire. Mais les déclarations de la victime « ne suffisent pas à déclencher une enquête et ne font pas l'objet d'une prise en compte réelle » par la justice<sup>2</sup> et les classements sans suite, sans enquête préalable, sont nombreux. L'audition des victimes, des prévenus et des témoins éventuels n'est pas systématique avant un classement sans suite, elle s'avère pourtant souvent décisive. Pour contrer l'inertie des parquets, les associations et les victimes qu'elles soutiennent privilégient la plainte avec constitution de partie civile et la citation directe<sup>3</sup>. L'action civile met en effet en mouvement l'action

---

<sup>1</sup> C.A. Paris, 18<sup>ème</sup> ch., réf., 5 juillet 2007, *M. Badjeck c/ Aéroports de Paris*, n° 2007/00805.

<sup>2</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations...*, *op. cit.*, p. 47.

<sup>3</sup> On peut en effet obtenir le déclenchement des poursuites pénales selon plusieurs modalités. D'abord, la plainte simple auprès des services de police ou de gendarmerie ou adressée directement au procureur de la République pour susciter une enquête préliminaire sous l'égide du parquet. Le ministère public détient alors l'opportunité des poursuites sans être tenu de motiver ses décisions de classements sans suite (art. 40 CPP) et, en pratique, la plainte a peu de chance d'aboutir. Ensuite, la plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction du TGI pour provoquer l'ouverture d'une information judiciaire (art. 2 CPP) qui implique la mise en mouvement automatique de l'action publique. Le juge d'instruction dispose de moyens d'investigation et de contrainte pour mettre en évidence la preuve, la victime sera alors entendue et le droit à des dommages et intérêts est ouvert à la partie civile. Enfin, la citation directe devant le tribunal correctionnel permet à la victime de citer directement l'auteur de la discrimination devant la juridiction par acte d'huissier (art. 389 à 392-1 CPP).

publique (art. 1 CPP) : même si le procureur estime qu'il n'est pas opportun de poursuivre l'infraction, le juge est tenu de statuer. Dans le cadre d'une citation directe, telle association ou syndicat « peut décider, en fait, de l'opportunité des poursuites pénales » et cette action civile collective constitue le contre-pouvoir de l'appréciation discrétionnaire du parquet et permet, faute de « *class-action* », de s'intéresser à des préjudices qu'un individu isolé aurait du mal à faire valoir<sup>1</sup>. Pour exemple, c'est à la suite d'une citation directe que le TGI de Bobigny puis la Cour d'appel de Paris ont réaffirmé le caractère probant de l'enregistrement de conversations téléphoniques dans le cadre d'une affaire de discrimination au logement<sup>2</sup>. De même, SOS Racisme, alerté par des employés saisonniers, avait transmis au procureur une liste établie par un office du tourisme en date du 3 septembre 2000 intitulée « *pas de noms à consonance maghrébine* » comportant un tableau récapitulant les conditions de location d'appartements des 22 agences immobilières locales et comprenant une colonne « *famille nom à consonance M* ». Sur le fondement de ce tableau, certains appartements n'étaient ainsi pas proposés aux familles d'origine maghrébine. La complicité de discrimination au logement avait été confirmée lors d'une journée de testing. Pourtant, après une plainte simple classée sans suite, l'association dût opter pour la citation directe afin d'obtenir un procès<sup>3</sup>. Une accumulation de preuves semble ainsi souvent nécessaire pour déclencher un procès. Pour exemple, malgré le témoignage, obtenu sur convocation, d'un agent ANPE sur les motifs racistes ayant gouverné le refus d'embauche - motifs admis lors d'une conversation téléphonique que le patron niait - le parquet s'orientait vers un classement sans suite. Ce n'est qu'après la production par la victime d'un relevé détaillé des appels téléphoniques que l'employeur a été finalement renvoyé devant le tribunal correctionnel<sup>4</sup>.

Il faut également souligner la réticence des parquets à engager des poursuites dans les affaires de discrimination mettant en cause des exigences d'habilitation « secret défense »

---

<sup>1</sup> DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2004 [1986], p. 89.

<sup>2</sup> C.A. Paris, 11<sup>ème</sup> ch., section A, 6 juin 2006, n° 06/01411. Par contre, la citation directe qui visait également l'ancien maire de Montfermeil, Pierre Bernard, pour complicité de discrimination, a échoué sur ce point. Le procureur avait pourtant demandé sa condamnation mais les juges ont estimé que si M. Bernard avait bien été en relation avec la prévenue principale et qu'il présentait un lourd passif en matière de discrimination « raciale », aucun élément ne démontrait qu'il avait été l'instigateur du refus de la prévenue. M. Pierre Bernard, maire de Montfermeil de 1983 à 2002 et animateur de l'association d'extrême droite « France Debout », était en effet bien connu des tribunaux qui l'ont condamné à plusieurs reprises pour discrimination « raciale », notamment en 1988 pour avoir refusé la scolarisation d'enfants étrangers et en 2002 pour diffamation raciste.

<sup>3</sup> TGI Béziers, 14 avril 2006, n° 963-06.

<sup>4</sup> TGI Châteauroux 14 juin 2000, *Mme G.*, n° 832/00



pour des fonctions touchant à la sécurité nationale<sup>1</sup>. Alors que le parquet avait été saisi d'un signalement dès février 2001 concernant une offre d'emploi subordonnée à une condition de nationalité et d'ascendance française par Cégétel<sup>2</sup>, il n'a entamé de réelle instruction qu'après un premier classement sans suite et sur l'insistance de SOS Racisme. Pourtant, il disposait déjà du texte de l'annonce diffusée sur l'Intranet de l'entreprise saisie par l'inspection du travail qui en avait identifié l'auteur. Un second classement sans suite a pourtant été prononcé après plusieurs auditions légitimant ainsi ces pratiques<sup>3</sup>. À nouveau, l'association plaignante relançait le procureur en démontrant l'interprétation abusive des documents relatifs aux critères d'habilitation « secret-défense » ou « confidentiel-défense » mais un nouveau classement sans suite intervenait en 2006<sup>4</sup>. C'est finalement par le biais d'une citation directe que la condamnation pour subordination d'une offre d'emploi à une condition discriminatoire a été obtenue près de 10 ans après la parution de l'annonce litigieuse<sup>5</sup>. De même, la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Versailles a confirmé une décision de non-lieu dans une affaire de discrimination à l'embauche similaire. Au nom de la même procédure d'habilitation « secret-défense », le candidat, français, avait été questionné lors de l'entretien sur le lieu de naissance de ses parents. Un rapport de l'inspection du travail établissait des pratiques de préfiltrage des candidatures pour écarter les candidats risquant, selon la société, de se voir refuser l'habilitation en raison de leurs origines familiales et nationales et de leurs liens supposés avec des pays dits « sensibles » ou « à risque ». Le juge d'instruction a pourtant estimé qu'il n'y avait là aucune discrimination car le candidat avait été retenu pour l'entretien et des arguments objectifs justifiaient l'embauche d'une autre candidate<sup>6</sup>. Ces pratiques

---

<sup>1</sup> Le décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 transposé dans l'instruction générale interministérielle (IGI) 1300 (arrêté du 25 août 2003 relatif à la protection du secret de la défense nationale) définit les critères d'habilitation « secret défense » et prévoit qu'un étranger peut obtenir cette habilitation s'il est ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou de tout État lié à la France par un accord de sécurité nationale. Aucun Français ne peut être écarté du simple fait de sa nationalité d'origine, de celle de ses parents ou de son conjoint : c'est à l'enquête des RG ou de la DST de déterminer si le candidat à l'habilitation représente un risque. En date du 14 janvier 2005, le ministre de la Défense, répondant à une question écrite du sénateur Dreyfus-Schmidt, indiquait : « *En tout état de cause, il n'existe pas de critères a priori, normés et permanents, permettant d'écarter un candidat sans enquête. Ainsi, aucun individu ne peut se voir refuser un poste nécessitant une habilitation « secret-défense » en raison de ses origines ou de sa religion* » (Question écrite n° 14465 de M. Michel Dreyfus-Schmidt (Territoire de Belfort - SOC), *J.O. Sénat* du 4 novembre 2004, p. 2507 ; Réponse du Ministère de la défense, *J.O. Sénat* du 16 décembre 2004, p. 2890).

<sup>2</sup> La société Cégétel recherchait, par le biais d'une offre d'emploi interne, un ingénieur électronique-réseau « *français, né de parent français* » au prétexte que la maîtrise du cryptage imposait un personnel habilité secret défense.

<sup>3</sup> « Secret-défense, défense de travailler », *Le Nouvel Observateur*, 9-15 décembre 2004, p. 94.

<sup>4</sup> TGI Nanterre, Avis de classement du 17 juillet 2006, n° 0104445829. Lire « A l'embauche, on discrimine, au tribunal, on ferme les yeux », Sonya FAURE, *Libération*, 4 septembre 2006.

<sup>5</sup> TGI Nanterre, 17<sup>ème</sup> ch., 16 février 2009, *Cégétel-SFR*, n°0804445010.

<sup>6</sup> TGI Nanterre, ch. d'instruction, 28 janvier 2002, C.A. Versailles, ch. d'instruction, 10<sup>ème</sup> ch., section A, 18 juin 2003.

discriminatoires et la réticence des juridictions à les sanctionner<sup>1</sup> sont encouragées par les retraits d'accréditation décidés par les préfetures qui ont concerné des salariés de confession musulmane depuis le 11 septembre 2001<sup>2</sup> : dans l'optique de voir les candidats sélectionnés accrédités, les entreprises procèdent à une présélection sur des critères d'origine<sup>3</sup>.

La réticence des parquets et juges d'instructions à engager des poursuites se traduit par des délais de traitement anormalement longs<sup>4</sup>. Nombre d'affaires n'aboutissent ainsi qu'après des instructions interminables. Ces délais d'instruction exceptionnels sont également la règle dans des affaires mettant en cause les organismes HLM, l'entreprise Adecco<sup>5</sup> ou l'ANPE<sup>6</sup>.

### B) La preuve de l'intention discriminatoire

Une difficulté réside dans les exigences inhérentes au droit pénal : des preuves concernant tant l'élément intentionnel que l'élément matériel doivent être rapportées, le doute profitant au défendeur<sup>7</sup>. Pour établir l'élément matériel, « il appartient à la partie poursuivante d'établir l'existence d'un critère discriminatoire et le lien de causalité entre ce critère et la mesure prise »<sup>8</sup>. En effet, conformément aux règles traditionnelles du droit pénal<sup>9</sup>, l'infraction

---

<sup>1</sup> TGI Créteil, 8 mars 2007, *MP c/ Sté Arès*, n°0304400888 : il s'agissait d'une offre d'emploi subordonnée à la condition de posséder une carte d'électeur. L'auteur de l'offre a expliqué sa mention « maladroite » comme une exigence de casier judiciaire vierge nécessaire pour l'accréditation dans des zones sécurisées et le juge a considéré la discrimination à l'embauche non caractérisée. La Cour d'appel est intervenue pour condamner la société et son gérant pour subordination d'une offre d'emploi à une condition discriminatoire (C.A. Paris, 11<sup>ème</sup> ch. sect. A, 6 mai 2008, *Sté Arès*, n°07/05704).

<sup>2</sup> « Ordre moral à l'aéroport » et « Les bagagistes demandent justice », *Libération*, 10 novembre 2006.

<sup>3</sup> THOMAS S., *Rapport d'analyse des affaires récentes de discriminations à l'embauche poursuivies par SOS Racisme*, 21 mars 2005, pp. 11-12.

<sup>4</sup> Voir les exigences de diligence et de rapidité prévues par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD, Pays-Bas : communication n°4/1991 du 16 mars 1993, C/42/D/4/1991, point 6.3 et s.).

<sup>5</sup> SOS Racisme dénonçait des faits de discrimination « raciale » au sein d'Adecco en 2001 (« SOS Racisme dénonce des cas de discrimination à l'embauche dans une agence d'intérim », *Le Monde*, 6 février 2001). La plainte n'aboutit à un procès devant le TGI de Paris qu'en 2006 (TGI Paris, 31<sup>ème</sup> ch. corr., 1<sup>er</sup> juin 2006, *MP c/ Delsaut SAS Adecco et al.*, n° 0204390250) puis en appel l'année suivante (CA Paris, 11<sup>ème</sup> ch., section A, 6 juillet 2007, n° 06/07900).

<sup>6</sup> T.C. Toulon, 7 décembre 2006, *Naji Tabouri c/ ANPE de la Seyne* : en 1995, le plaignant s'était porté candidat pour un poste proposé par l'ANPE qui lui avait alors répondu par courrier « que les conditions de recrutement définies par l'employeur ne nous permettent pas de recruter des personnes ayant un nom à consonance étrangère ». Malgré cette preuve écrite, la victime a dû attendre 11 ans pour voir l'ANPE condamnée à 2.000 € d'amende et 3.700 € de dommages et intérêts (V. « Un long combat pour la justice », *L'Humanité*, 19 septembre 2006). Concernant l'action civile, la Cour de cassation a indiqué en 2008 que seul le juge administratif était compétent pour réparer les conséquences dommageables d'une faute engageant la responsabilité d'une personne morale de droit public à l'occasion d'un service public administratif (Cass. crim., 30 septembre 2008, n° 07-87734, *Bull. crim.* n° 199).

<sup>7</sup> ALLIX D., « La preuve en matière pénale à l'épreuve du procès équitable », *Justices*, n°10, avril /juin 1998, pp. 35-51.

<sup>8</sup> SOULARD C., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence de la chambre criminelle », *op. cit.*, p. 166.

<sup>9</sup> Art. 121-3 CP.

ne peut être caractérisée qu'en présence d'un dol spécial, en l'espèce une volonté de discriminer<sup>1</sup>. Or, la plupart du temps, le geste discriminatoire ne laisse pas « de trace suffisante pour qu'il soit sanctionné »<sup>2</sup> : l'intention, élément subjectif par excellence, semble souvent difficile à établir faute de pouvoir rapporter des propos explicites de l'auteur. Pourtant, des éléments classiques de preuve peuvent être parfois réunis et les associations se sont montrées inventives en pratiquant le testing.

### 1. Des preuves classiques de l'intention discriminatoire

Des écrits et des témoignages peuvent être rassemblés et constituer des preuves convaincantes de discrimination. Ainsi, des écrits renseignent parfois sur les éléments matériel et intentionnel<sup>3</sup> : la matérialité des faits trahit parfois clairement l'état d'esprit de leur auteur. On parle alors de « faits univoques »<sup>4</sup>. C'est ainsi une preuve écrite qui a permis la condamnation du propriétaire d'un camping pour discrimination « raciale ». Celui-ci avait indiqué subordonner l'accès de son camping à la condition que le groupe de jeunes à accueillir ne soit pas composé de « plus de 50% d'enfants de couleur »<sup>5</sup>. Dans une affaire de discrimination à l'embauche, les gérantes de deux salons de coiffure avaient réitéré leur intention discriminatoire devant des témoins<sup>6</sup>. Des offres d'emplois subordonnées à des

---

<sup>1</sup> « Il appartient au plaignant et au ministère public de rechercher ou de démontrer que le refus d'embauche a été inspiré par une intention discriminatoire » dans la mesure où « le délit de discrimination est une infraction intentionnelle supposant l'existence d'un dol spécial » (C.A. Paris, 8 mai 1989, Cass. crim., 1<sup>er</sup> décembre 1992, n°89-82689). Toutefois cette intention existe indépendamment du mobile (qui peut être la réticence du personnel, le goût de l'employeur...) et qui est indifférent en droit pénal.

<sup>2</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, op. cit., p. 20.

<sup>3</sup> Cass.crim., 14 octobre 1986, n° 85-96369 (employeur procédant à la délivrance d'un certificat mentionnant qu'un travailleur n'a pu être recruté définitivement parce qu'étant de nationalité marocaine, il n'a pas été accepté par le personnel) ; C.A. Paris, 21 janvier 1988 et Cass.crim., 14 novembre 1989, Bull. n°416 (note de service concernant le recrutement d'aide ménagères et comportant la mention « éviter le personnel de couleur ») ; TGI Evreux, 18 janvier 1994, *Gomis c/ Bideault*, n° 1908/93 (un candidat à l'embauche avait été adressé à un employeur par l'ANPE et dans le courrier à retourner à l'ANPE qui avait été remis à la victime, l'employeur avait précisé « personnes de couleur impossible ») ; TGI Cambrai, 23 février 1999, *Chakib c/ M. Vantine* (un pharmacien, qui avait refusé d'embaucher un assistant au bout d'une période d'essai de 2 heures, avait indiqué dans son courrier : « ma clientèle ne semble guère apprécier vos origines étrangères ») ; TGI Versailles, 5 avril 2001, *SOS racisme c/ M. Tissandier*, n° 0023780056 (un gérant d'une agence immobilière avait justifié par courrier auprès de SOS Racisme son refus de louer à une personne d'origine maghrébine en précisant qu'il avait précédemment rencontré des difficultés avec un locataire tunisien et que le candidat refusé faisait ainsi « les frais de la malhonnêteté de son congénère »).

<sup>4</sup> « Les discriminations sur les lieux de travail et à l'embauche », in CNCDH, *Rapport annuel 1997*, La Documentation française, 1998, p. 92. Les faits sont particulièrement univoques quand une offre d'emploi subordonnée à une condition illicite est diffusée (TGI Toulouse, 14 mars 2000, *MRAP c/ Mme Talieu*, n° 445/2000 : condamnation de la préposée d'une chambre de commerce qui a diffusé une telle offre ; TGI Vannes, 29 juin 2000 *MP c/ Pouget et Monneraye*, n° 1250/2000 : condamnation de l'auteur et de son complice qui l'avait diffusée).

<sup>5</sup> TGI de Saintes, 24 janvier 2002, *SOS Racisme c/ Collin*, n° 01/001347.

<sup>6</sup> C.A. Rennes, 31 mai 2007, *Dupuits et Hasles c/ Mme Alp*, n°06/02405.

critères illicites sont aussi diffusées<sup>1</sup>. Ainsi, dans une affaire mettant en cause la société Ikéa, la discrimination à l'embauche était expressément prescrite dans un message électronique interne adressé à l'ensemble des DRH locaux en vue du recrutement des contrôleurs chargés de s'assurer de l'efficacité de la distribution du catalogue. Si l'inspection du travail n'a pu vérifier si ce mail avait bel et bien donné lieu à un recrutement discriminatoire, le TGI de Versailles a condamné l'auteur du mail pour délit de discrimination en rappelant dans son jugement du 2 avril 2001 que « *le délit de discrimination n'implique pas en effet que des personnes aient été écartées des offres d'emploi en raison de leur origine, de leur appartenance à une ethnologie, une race ou une religion déterminée, puisqu'il vise aussi bien le refus d'embaucher que la subordination de l'offre d'embauche à ces conditions* »<sup>2</sup>.

Les propos et les écrits aussi explicitement discriminatoires devraient se raréfier en raison des condamnations. Néanmoins, il reste souvent nécessaire aux donneurs d'ordre de communiquer leurs consignes discriminatoires à leurs employés ou aux intermédiaires qu'ils emploient. Ainsi le procès mettant en cause les groupes Adecco et l'Oréal reposait principalement sur un fax interne prescrivant un recrutement « BBR » (pour « bleu, blanc, rouge ») pour les hôtesse d'accueil même si des témoignages sont venus renforcer l'accusation<sup>3</sup>. Les témoignages, preuves classiques par excellence, peuvent provenir de simples particuliers et viennent bien souvent attester le caractère intentionnel de la discrimination<sup>4</sup>. Dans l'affaire « *Physiomins* » de décembre 2003, la gérante a ainsi été condamnée pour discrimination « raciale » suite aux attestations d'un témoin : la candidate à l'embauche, ayant essuyé un refus pour un motif explicitement discriminatoire, est revenue, sur les conseils d'une association, réitérer sa demande accompagnée discrètement d'un faux client arpentant les rayons pour entendre les propos discriminatoires de la gérante<sup>5</sup>. Pour les

---

<sup>1</sup> C.A. Paris, 11<sup>ème</sup> ch. sect. A, 6 mai 2008, *Sté Arès*, *op. cit.* ; TGI Nanterre, 17<sup>ème</sup> ch., 16 février 2009, *Cégétel-SFR*, *op. cit.*

<sup>2</sup> TGI Versailles, 2 avril 2001, *SOS Racisme c/ Malmquist et Ikéa France*, n° 99/1280244.

<sup>3</sup> TGI Paris, 1<sup>er</sup> juin 2006, *op. cit.*, C.A. Paris, , 6 juillet 2007, *op. cit.*

<sup>4</sup> TGI Strasbourg, 21 novembre 2001, n° 01/4098 (deux victimes, refusées à l'entrée d'une boîte de nuit, au motif que l'établissement était plein, ont sollicité et obtenu le témoignage d'un client qui pénétrait après eux. Ce dernier, vertement critiqué pour son geste par la gérante, a pu aussi rendre compte de ses propos discriminatoires et le juge a alors considéré l'infraction constituée) ; TGI Compiègne, 1<sup>er</sup> février 2000, n° 108/2000EC (les témoignages des voisins ont permis de démontrer la motivation discriminatoire des propriétaires qui ont été finalement condamnés pour discrimination « raciale » à la location et violation de domicile : alors que le bail avait été conclu et que le déménagement des locataires, un couple mixte, avait été en partie réalisé, les propriétaires avaient pénétré dans l'appartement et changé les serrures. De plus, alors qu'une ordonnance de novembre 1999 du président du TGI leur ordonnait de remettre les nouvelles clés, il s'avérait qu'ils avaient déjà loué l'appartement à un tiers dès le mois d'août)

<sup>5</sup> TGI Paris, 17<sup>ème</sup> ch., 19 décembre 2003, *MP c/ Dossot*, n° 0306208588, C.A. Paris, 7 juin 2004. La gérante du magasin de produits de beauté a, suite à ce témoignage, reconnu la discrimination et tenté de la justifier en arguant de la spécificité de ses produits destinés à « *des peaux blanches* » et de la nécessité pour sa clientèle de

tiers, la réquisition de témoin est possible lorsqu'il est convoqué par la police judiciaire (art. 62 CPP) ou le juge d'instruction et aux fins de l'audience devant le tribunal correctionnel (art. 439 CPP). Le refus de témoigner sera ainsi théoriquement sanctionné (art. 434-12 CP, art 109 CPP, art 438 CPP). De plus, nous avons vu que le témoignage d'intermédiaires ou de salariés<sup>1</sup> sur les consignes discriminatoires qu'ils ont reçues peut être précieux pour identifier et mettre en cause la responsabilité du donneur d'ordre.

On constate donc que les moyens de preuve classiques peuvent être mobilisés efficacement. Mais leur force probante est l'objet d'une appréciation variable - voire frileuse - selon les juridictions et l'appréciation souveraine des juges du fond ne saurait être modifiée par la Cour de cassation. En 1997, la CNCDH estimait qu'« à l'égard des prévenus, les juges se montrent plutôt bienveillants »<sup>2</sup>. En 2000, l'association Villermé, association nationale des inspecteurs du travail, se disait découragée par « l'obstacle de la preuve de l'intention discriminante que les juges du pénal exigent dans cette matière avec une rigueur extrême et inégalée en droit pénal du travail ». Elle soulignait « les coïncidences troublantes et répétées, les paroles de dénigrement de l'action syndicale, les situations défavorables uniques, l'approche statistique caractérisée, les faux motifs de justification d'une situation discriminante etc., se sont révélés inopérants même si ces éléments se trouvent tous associés »<sup>3</sup>.

Aujourd'hui, la situation apparaît plus nuancée pour les discriminations « raciales » : des éléments suffisent ici à caractériser l'intention discriminatoire et à emporter la conviction des juges tandis qu'ils sont jugés insuffisants ailleurs. Ainsi, le TGI de Montpellier relaxe en 2006 le gérant d'une société immobilière du chef de discrimination « raciale » au logement alors que celle-ci avait refusé de louer un appartement à un homme disposant de ressources suffisantes, au motif que son cautionnaire, un Algérien, n'était pas de nationalité française,

---

s'identifier au personnel. Si les juges n'ont pas retenu ses arguments, on voit là se profiler toutes les justifications de la discrimination dans le cadre d'un commerce dit « ethnique ».

<sup>1</sup> C'est le témoignage d'une ancienne salariée d'une agence immobilière Mil'Im qui a déclenché l'enquête de SOS Racisme dans toute la France. Son témoignage ainsi que ceux de six anciens employés entendus lors de l'enquête ont permis la condamnation de la gérante des agences de Vienne, Lyon et Villeurbanne pour subordination d'une offre locative à des critères discriminatoires (TGI Vienne, 9 janvier 2007, *Ministère public c/ M. Blondelet*, n° 3/20007).

<sup>2</sup> CNCDH, *La lutte contre le racisme et la xénophobie – Rapport d'activité pour 1997*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 92.

<sup>3</sup> Note de l'Association Villermé relative au rôle des Inspecteurs du travail dans la lutte contre les discriminations, in GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, annexe 1, pp. 64-65.

contredisant ainsi la législation en vigueur<sup>1</sup>. À l'audience, le gérant avait expliqué qu'il s'agissait là d'une maladresse et qu'il fallait en réalité comprendre que le cautionnaire devait disposer de revenus sur un compte en France et non être obligatoirement de nationalité française (et ce alors même que le cautionnaire proposé résidait en France depuis 15 ans et disposait de comptes bancaires en France) et qu'il devait justifier de revenus confortables sur un compte en France (ce que les documents transmis par le cautionnaire démontraient pourtant)<sup>2</sup>. Peu convaincu par ces nouvelles justifications, contredites en partie par une employée, le procureur avait requis la condamnation. Les juges de Montpellier ont néanmoins relaxé le patron de l'agence immobilière<sup>3</sup>. La preuve du délit est évidemment plus facile à rapporter quand le fondement discriminatoire du traitement défavorable est explicite<sup>4</sup>. Parfois, même la preuve d'une intention discriminatoire évidente ne suffit pas seule à emporter la conviction des juges. Pour exemple, le TGI de Paris a condamné en septembre 2006 la directrice administrative d'un grand cabinet d'avocats, auteur d'une offre d'emploi portant une condition illégale de nationalité française et a reconnu la responsabilité civile du cabinet suite à deux annonces parues dans la Gazette du Palais, en estimant l'intention caractérisée parce que la prévenue, « *alertée des risques encourus après la publication de ces textes* », « *n'a pas demandée que soit publiée une nouvelle annonce rectificative* »<sup>5</sup>.

Au fur et à mesure, la mobilisation des associations a donné lieu à une évolution significative de la jurisprudence pénale. Elle a permis de construire une « approche contournant l'absence de trace matérielle et de témoin, absences qui sont caractéristiques d'un délit qui se niche dans le rapport à l'autre, le non dit et l'appréciation interpersonnelle »<sup>6</sup>. Il s'agit d'apporter des preuves permettant d'objectiver un constat de traitement inégal duquel

---

<sup>1</sup> Art. 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 telle que modifiée par l'art. 161 de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 : « *Lorsqu'un cautionnement pour les sommes dont le locataire serait débiteur dans le cadre d'un contrat de location conclu en application du présent titre est exigé par le bailleur, celui-ci ne peut refuser la caution présentée au motif qu'elle ne possède pas la nationalité française* ».

<sup>2</sup> Un arrêt de 1997 de la Cour de cassation condamne les pratiques consistant à demander des garanties supérieures à certaines personnes en raison de leur origine, religion, état de santé (...) dans le but d'empêcher la conclusion du contrat (Cass. crim., 25 novembre 1997, n° 96-85670 : malade du Sida)

<sup>3</sup> TGI Montpellier, 12 septembre 2006, n° 06/2857. Lire aussi « Discrimination au logement : une société relaxée », *Libération*, 13 septembre 2006.

<sup>4</sup> Le délit est aussi constitué quand s'exprime non une condition de l'offre mais une préférence discriminatoire. Voir C.A. Paris, 21 janvier 1988 ; Cass. crim., 14 novembre 1989 pour une assistante sociale ayant rédigé une note de service sur le recrutement d'aides ménagères recommandant « *d'éviter le personnel de couleur* ».

<sup>5</sup> TGI Paris, 21 septembre 2006, *SOS Racisme c/ Portéhaut et cabinet Ngo, Miguères et associés*, n° 0403723071. « Discrimination à l'embauche : l'employée d'un cabinet d'avocats condamnée », *Dépêche AFP*, 21 septembre 2005.

<sup>6</sup> LATRAVERSE S., « L'ouverture de la jurisprudence en matière d'accès à la preuve : le défi de la mise en œuvre du droit de la discrimination en France », Documentation pour le séminaire « Lutte contre les discriminations dans la pratique », E.R.A. (Académie du droit européen), Trèves, 8-9 mai 2006, p. 4.

l'intention discriminatoire sera déduite, telles que le testing ou l'enregistrement, et plus largement en recourant à un faisceau d'indices pour établir des présomptions. Pour les discriminations dans l'emploi, les rapports de l'inspection du travail peuvent constituer des points d'appui précieux<sup>1</sup> mais l'inspecteur du travail compétent n'est pas toujours sollicité. En tout état de cause, c'est la technique du testing, dont on a déjà étudié la recevabilité devant les seules juridictions pénales, qui a considérablement renouvelé la judiciarisation des discriminations « raciales ».

## 2. Le caractère probant du testing

L'efficacité du testing judiciaire dépend surtout de l'appréciation souveraine des juges. Le bilan des rapports des procureurs généraux concernant la pratique du « testing » en matière de discrimination « raciale », réalisé au début de la bataille judiciaire entamée par SOS Racisme sur le front des discothèques, révèle que « *la pratique dite du testing a été admise comme moyen de preuve devant les juridictions répressives, en particulier lorsque le constat du fait discriminatoire est effectué par des tiers par rapport aux plaignants, mais est apparue insuffisante pour emporter la conviction des juges, et doit donc être corroborée par une enquête approfondie de police judiciaire conduite sous l'autorité et la direction des procureurs de la République* ». La direction des affaires criminelles conclut son rapport transmis à l'ensemble des parquets le 25 octobre 2001 que si « *la pratique du testing semble (...), sous ces importantes réserves, de nature à contribuer à l'administration de la preuve d'une discrimination* », elle « *ne saurait en aucune manière suppléer l'enquête de police judiciaire* »<sup>2</sup>, qui se résume bien souvent à entendre les témoins et prévenus.

Certaines juridictions<sup>3</sup>, à l'image de la Cour d'appel de Grenoble en 2001<sup>4</sup>, avaient précisé que lorsque les participants étaient membres de l'association qui l'organisait, la neutralité de l'opération et la fiabilité de ses résultats étaient insuffisantes au regard des

---

<sup>1</sup> TGI Lyon, 6 juin 2003, *SOS Racisme c/ Joseph X* : la mère d'un jeune à qui un stage avait été refusé en raison de sa couleur de peau contacte l'inspection du travail. Celle-ci, avec l'accord de la mère, rencontre le responsable de l'établissement qui assume les faits. Le P.V. est adressé au parquet le 10 septembre 2002. SOS Racisme, la CFDT et la CGT se sont constitués parties civiles. L'employeur concerné a été condamné. Voir aussi TGI, 31<sup>ème</sup> ch., 22 novembre 2002, n° 0111790455, C.A. Paris, 17 octobre 2003, *Moulin Rouge* ; TGI Nantes 11 juillet 2006, *Valton c/ Noël*, n° 2006056 (discrimination à l'embauche dans un salon de coiffure).

<sup>2</sup> « Bilan des rapports des procureurs généraux concernant la pratique du « testing » en matière de discrimination raciale », in Direction des affaires criminelles et des grâces, *Les dispositions pénales en matière de lutte contre le racisme, l'antisémitisme et les discriminations*, avril 2004, annexes, pp. 23-27 et in *Rapport annuel 2001* de la CNCDH, La Documentation française, 2002, p. 51 et s.

<sup>3</sup> TGI Strasbourg, 17 décembre 2001, n° BB014519.

<sup>4</sup> C.A. Grenoble, 18 avril 2001, n° 00/00657.

exigences de probité de la preuve pénale. Malgré la légalisation du procédé du testing, l'appréciation souveraine de la force probante de chaque test est restée entre les mains des juges du fond<sup>1</sup>. Si la reconnaissance de la force probante du seul test par courrier - se résumant à des dépôts de C.V pour détecter la discrimination à l'embauche - n'a pas encore été obtenue<sup>2</sup>, les juridictions ont posé des exigences plus ou moins importantes concernant l'appréciation de la force probante du test de terrain. Certaines ont insisté sur la nécessité d'une stricte comparabilité des groupes de testeurs<sup>3</sup>, mais ce point a rarement fait problème car les associations ont rapidement veillé à respecter cette exigence. Les testings constatés par un huissier<sup>4</sup>, un journaliste<sup>5</sup>, un conseiller municipal<sup>6</sup> voire par des agents de police<sup>7</sup>, pouvaient sembler emporter plus facilement la conviction des juges. Ainsi, la cour d'appel de Douai considère le 25 mars 2004 que l'opération de testing n'eût été valable et probante qu'en présence d'un huissier<sup>8</sup> alors que la Cour d'appel de Paris en 2002 avait refusé d'admettre la force probante d'un testing réalisé avec huissier<sup>9</sup>. Aujourd'hui, l'ambivalence de la

---

<sup>1</sup> L'appréciation des éléments de preuve, relevant des juges du fond, échappe à la Cour de cassation (Cass. crim., 11 janvier 1994, n° 89-86900).

<sup>2</sup> Une plainte relative à une discrimination à l'embauche du Crédit mutuel de Strasbourg, étayée par un testing « épistolaire » que la victime avait spontanément organisé, a été classée sans suite le 31 mai 2000. V. « Disqualifiés à l'origine, couleur de peau, consonance du nom ou de mauvaise adresse, les enfants de l'immigration sont 2 à 3 fois plus touchés par le chômage », *Libération*, 13 juin 2000.

<sup>3</sup> Les juges ont considéré que le test n'avait pas établi de preuve formelle du fondement discriminatoire du refus : les groupes testeurs n'étaient pas strictement comparables et une journaliste présente rapporta qu'un client « blanc » avait lui aussi essuyé un refus au motif qu'il n'était pas accompagné (TGI Lille, 6<sup>ème</sup> ch., 25 septembre 2002, n°5950/02). Quelques mois plus tard, un groupe d'amis se présentait à l'entrée du même établissement : tous pouvaient entrer à l'exception d'un couple mixte. Malgré les témoignages concordants, le juge lillois considéra à nouveau que la discrimination n'avait pas été caractérisée car on n'avait pas prouvé que le refus de service était fondé sur la « race » et non sur la taille du groupe (TGI Lille, 6<sup>ème</sup> ch., 19 novembre 2003, n°7005/03). La récurrence des dénonciations et des testings (organisé puis « spontané ») aurait pu néanmoins être prise en compte.

<sup>4</sup> Voir notamment TGI Tours, 29 avril 1999, n° 1284, C.A. d'Orléans, 2<sup>ème</sup> ch. corr., 2 novembre 1999, n° 99/00502 ; TGI Lille, 21 novembre 2001, *Mansour c/ Heyndrickx (Century 21)*, n° 7898-01, ; TGI Valence, 18 mai 2001, n° 1171.01LF ; TGI Mont-de-Marsan, *MP c/ José DIAS*, 26 février 2002, n° 149 2002 et C.A. Pau 11 septembre 2003, *M. Dias c/ Fédération des Landes du MRAP*, n° 02/00266...

<sup>5</sup> Un journaliste et un huissier ont pu témoigner que les testeurs « blancs » avaient été acceptés dans l'établissement dans lequel ils se rendaient pour la première fois et que le portier leur avait expliqué que les autres n'avaient pas été acceptés faute d'avoir « *le bon profil* » pour l'établissement. Par ailleurs, les auditions du portier et du gérant de la discothèque ont permis d'établir que la discrimination découlait de consignes, ce qui a entraîné les condamnations non seulement du portier mais aussi du directeur et du PDG de la discothèque (C.A. d'Orléans, 2<sup>ème</sup> ch. corr., 2 novembre 1999, n° 99/00502).

<sup>6</sup> C.A. Grenoble, 17 janvier 2008, *ministère public c/ M. Delshadi et L Revol*, n° 06/01237.

<sup>7</sup> Dans le cadre d'un test de situation, les policiers alertés ont pu témoigner que des personnes visiblement d'origine européenne avaient été acceptées quelque soit leur âge, leur connaissance du club ou leur tenue (C.A. Toulouse, 3<sup>ème</sup> ch., 4 avril 2002, n° 01/00133). De même, la Cour d'appel de Metz a condamné la gérante d'une boîte de nuit sur la base des déclarations concordantes des testeurs, du témoignage du portier sur les propos de sa patronne et des indications fournies par les gendarmes présents sur les lieux quant à la tenue et l'attitude correcte des testeurs. De plus, les gendarmes avaient constaté que d'autres personnes d'origine européenne étaient entrées dans l'établissement présenté comme complet aux testeurs d'origine étrangère (C.A. Metz, 16 mai 2002, n° 02/00462). Voir aussi TGI Toulouse, 21 décembre 2000 et C.A. Toulouse, 4 avril 2002, *op. cit.*.

<sup>8</sup> C.A. Douai, 25 mars 2004, n° 2004-242547.

<sup>9</sup> TGI Paris, 27 octobre 2000, *Bus Palladium*, C.A. Paris, 11<sup>ème</sup> ch., sect. A, 15 janvier 2003, n° 00/07240.



jurisprudence persiste car le testing dont la valeur probante est jugée insuffisante ici permet ailleurs d'obtenir des condamnations. Sur la méthodologie, la jurisprudence est loin d'être homogène car certaines juridictions ont très tôt condamné des prévenus du chef de discrimination « raciale » sur le seul fondement de testings réalisés sans huissier<sup>1</sup>. Il faut aussi relever que les huissiers sont de moins en moins sollicités par les instigateurs de testing : les résultats des testing sont souvent certifiés par les enregistrements produits par les parties civiles<sup>2</sup>, que ces enregistrements aient été réalisés par les organisateurs eux-mêmes<sup>3</sup> ou par des journalistes<sup>4</sup>. D'autres juges ont pointé les divergences des déclarations des testeurs dont l'absence de concordance totale démontrait pourtant la sincérité<sup>5</sup>. Certains tests de situation, enfin, semblent trop peu rigoureusement organisés pour convaincre les juges. Ainsi, la chambre d'instruction de Metz a décidé qu'un testing concernant une entreprise qui vendait des listes de logements à louer n'était pas de nature à établir l'existence d'une discrimination car les dates de souscription des deux testeurs étaient trop éloignées et leurs demandes portaient sur des appartements sensiblement différents<sup>6</sup>. Le testing doit en effet suivre une méthodologie précise afin de neutraliser les variables qui pourraient discréditer l'opération<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> TGI Dijon, 19 décembre 2000, n° 2000/3222 (le test téléphonique permit la condamnation du propriétaire car celui-ci annonça l'appartement comme ayant déjà été loué alors qu'il le proposa peu de temps après au testeur référent au nom à consonance française). De même, TGI Paris, 4 septembre 2001, *Ebongué c/ X* ; TGI Paris, 17<sup>ème</sup> ch., 16 janvier 2004, n° 03/4602652 (condamnation de la propriétaire sur témoignage de la victime et de son ami testeur et attestation des communications téléphoniques).

Concernant les discothèques voir notamment TGI Tours, 2 avril 2001, n° 1039 ; TGI Strasbourg, 21 novembre 2001, *op. cit.* Certains juges ont notamment accepté la méthode du testing de terrain au regard de la « difficulté de la preuve d'une infraction qui porte sur l'élément subjectif, la motivation d'une décision de refus » (TGI Valence, 18 mai 2001, n° 1171.01LF). V. C.A. Grenoble, 12 juin 2002, *MP et Jabri c/ Nicolay « Blue Note »*, n° 0100712 (test de terrain réalisé sans huissier).

Pour une condamnation pour discrimination à l'embauche fondée notamment sur un testing téléphonique réalisé avec l'aide d'un conseiller de mission locale, V. C.A. Grenoble, 18 avril 2001, n° 00/00657, cf. « Mieux vaut s'appeler Paul que Rachid pour trouver un emploi », *Le Monde*, 08 février 2000.

<sup>2</sup> Documents sonores et visuels. Voir TGI Toulouse, 21 décembre 2000 et C.A. Toulouse, 4 avril 2002, *op. cit.*

<sup>3</sup> C.A. Toulouse, 10 mai 2004 et Cass. crim., 7 juin 2005, n° 04-87354.

<sup>4</sup> C.A. Toulouse, 3<sup>ème</sup> ch., 4 avril 2002, n° 01/00133, TGI Mulhouse, 21 mai 2010, *SOS Racisme c/ Le Best of*.

<sup>5</sup> Après qu'un couple a réservé par téléphone un emplacement de camping pour quelques amis - dont deux femmes d'origine maghrébine, ceux-ci se sont vus refusés l'accueil sous prétexte de problème d'eau chaude. Afin de vérifier les raisons du refus, une autre amie du couple, d'origine européenne, s'est présentée au camping : un emplacement était disponible pour elle. L'avocat de la prévenue a pointé les divergences des déclarations des différents témoins, les juges ont au contraire estimé qu'une parfaite adéquation des attestations aurait signifié qu'une version commune avait été élaborée et jugé que la cohérence des témoignages établissait le délit de discrimination « raciale »<sup>5</sup> pour lequel ils ont condamné la gérante du camping (TGI de Saint-Nazaire, 27 août 2002, n°1341/200). Mais la Cour d'appel infirma ce jugement (C.A. Rennes, 7 octobre 2003).

<sup>6</sup> C.A. Metz, Ch. de l'instruction, 13 septembre 2007, *Mil'Im Metz*, n° CH.INS.443/2007

<sup>7</sup> Sur la méthodologie, v. RORIVE I., *Proving Discrimination Cases. The Role of Situation Testing*, *op. cit.*, pp. 51-54.

Néanmoins, certaines juridictions affichent une « frilosité »<sup>1</sup> patente à l'égard du testing et plus généralement de la preuve de la discrimination « raciale ». Ainsi, le juge exige parfois une manifestation extérieure, explicite de l'intention discriminatoire. Pour exemple, le TGI d'Arras prononça la relaxe d'un agent de sécurité poursuivi pour discrimination « raciale » à l'entrée d'une discothèque malgré un testing probant et des justifications de sécurité douteuses : le juge considéra que le délit de discrimination n'était pas caractérisé car les plaignants n'avaient pas essayé de propos racistes<sup>2</sup>. Cette position a été reprise par la Cour d'appel de Paris en 2002<sup>3</sup>. De même, la Cour d'appel de Lyon, intervenue sur renvoi de la Cour de cassation en 2003, ne releva « *aucun propos traduisant, fût-ce de manière allusive, un motif discriminatoire ou un comportement manifestant de manière non équivoque chez eux une telle disposition d'esprit* » et conclut qu'« *en l'absence d'une quelconque extériorisation d'une intention discriminatoire chez les prévenus, la seule acceptation de personnes d'origine européenne ne saurait conférer au refus incriminé le caractère discriminatoire qui lui est prêté* »<sup>4</sup>. On retrouve là une conception pour le moins étroite de l'intentionnalité, dans la mesure où une discrimination intentionnelle - nous l'avons démontré en abordant le phénomène de la discrimination fondée sur le risque - n'est pas systématiquement justifiée par des fondements idéologiques et ne se prête donc pas à l'extériorisation ici exigée. La Cour d'appel de Toulouse affirmait ainsi le 4 avril 2002 qu'il importait peu « *que le prévenu ait été animé ou non d'une hostilité personnelle à l'encontre des personnes ayant des origines autres qu'européennes* »<sup>5</sup>.

En 2003, la Cour d'appel de Lyon s'était élevée contre l'absence de précision sur la façon dont les plaignants s'étaient présentés et conduits (alors même qu'une journaliste

---

<sup>1</sup> CHIGNIER-RIBOULON, F., « Les discriminations à l'encontre des catégories moyennes étrangères ou perçues comme étrangères sur le marché du locatif privé », *Migrations Etudes*, n°125, août 2004, p. 5.

<sup>2</sup> TGI d'Arras, 29 janvier 2002, n° 217/ac.

<sup>3</sup> TGI Paris, 27 octobre 2000, C.A. Paris, 11<sup>ème</sup> ch., 15 janvier 2002, n° 00/07240 : le portier et le gérant du Bus palladium ont été relaxés malgré un testing rigoureux (paires similaires, huissier) et l'absence de justification objective (« pas des habitués », ce que n'étaient pas les testeurs d'origine européenne qu'on a pourtant laissé entrer). Le juge a notamment regretté que le testing n'ait porté que sur trois groupes et dans un temps très restreint et relevé que le portier, « *lui-même d'origine africaine* », n'avait tenu « *aucun propos désobligeant lié à leur origine* ».

<sup>4</sup> C.A. Lyon, 7<sup>ème</sup> ch., 18 décembre 2003, *SOS Racisme c/ Dhaisne, Jacinto et Labrandero*, n° 923, Cass. crim., 12 octobre 2004, n° 04-80624, n° 04-80625. En 2006, le juge lyonnais réitère sa position en refusant de constater la discrimination faite pour le couple maghrébin d'avoir essayé des propos racistes ou déplacés (C.A. Lyon, 7<sup>ème</sup> ch. B, 18 janvier 2006, *MP c/ Baudart, Chambot, Chapuis et al.*, n° 175/05). L'association SOS Racisme s'est pourvue en cassation mais a été déboutée, la Cour considérant que les juges du fond avaient apprécié souverainement les faits et circonstances de la cause et que les éléments de preuve avaient été contradictoirement débattus (Cass. crim., 12 octobre 2004, n°01-80625, rejet).

<sup>5</sup> C.A. Toulouse, 3<sup>ème</sup> ch., 4 avril 2002, n° 01/00133. Dans le même sens, le TGI de Paris relevait tout récemment que « *la loi n'exige nullement que les refus soient réitérés ni qu'ils soient accompagnés de paroles explicitement discriminatoires* » (TGI Paris, 17<sup>ème</sup> ch., 14 juin 2007, *op. cit.*).

attestait les tenues correctes et le comportement normal des testeurs), ce qui aurait permis « d'établir que les auteurs du refus n'avaient aucun autre motif objectif d'agir ainsi qu'ils l'ont fait et n'avaient donc pu être animés que par une volonté de discrimination ». Les prévenus qui avaient pourtant justifié le refus des testeurs d'origine maghrébine au prétexte qu'ils n'étaient pas des habitués - condition qui n'étaient pas remplie par les testeurs référents admis à entrer - furent donc relaxés<sup>1</sup>. La Cour d'appel de Lyon s'est à nouveau illustrée le 18 janvier 2006 en ne condamnant que trois employés de discothèques sur les 11 prévenus (tous relaxés en première instance), considérant toujours que la méthodologie du testing n'était pas « suffisamment sérieuse ». Pourtant, les tests de situation réalisés avec huissier dans 18 établissements du 3 au 5 mars 2000 à l'initiative de l'hebdomadaire Lyon capitale avec SOS Racisme étaient rigoureux. Finalement, seuls les gérants qui ont justifié leur refus en se fondant sur l'apparence des couples (habillement incorrect, attitude violente) ou qui n'ont pu fournir aucune explication ont été condamnés. Pourtant, les prévenus relaxés avançaient des justifications pour le moins douteuses qui n'avaient pas été opposées au couple d'origine européenne (accès aux seuls habitués, nécessité d'une carte d'étudiant...)<sup>2</sup>. Ainsi, certaines juridictions, à l'instar de la Cour d'appel de Montpellier<sup>3</sup>, semblent plus réticentes que d'autres à l'égard du procédé du testing.

Cette ambivalence est encore plus flagrante quand des juges légitiment des mobiles justificatifs de la discrimination. Certaines juridictions ont ainsi entériné la discrimination « raciale »<sup>4</sup> et des relaxes sont intervenues sur le fondement de mobiles qui ont précisément été écartés par d'autres tribunaux : les prévenus échappaient à toute condamnation en arguant de problèmes de sécurité<sup>5</sup> légitimant ainsi les pires stéréotypes ou en apportant la preuve de la

---

<sup>1</sup> C.A. Lyon, 18 décembre 2003, *op. cit.*, Cass. crim., 12 octobre 2004, *op. cit.* (rejet du pourvoi car « le moyen, qui se borne à remettre en question l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne saurait être admis »). De même la Cour d'appel de Paris infirmait le jugement du tribunal correctionnel en estimant que « le refus opposé à une seule personne ou un seul groupe de race ou d'origine ethnique non européenne ne suffit pas à caractériser le délit ; qu'il appartient à l'accusation d'établir la preuve que le comportement des prévenus a été inspiré par un motif discriminatoire » (TGI Paris, 14 juin 2007, n° 0519208532, C.A. Paris, 11<sup>ème</sup> ch. sect. A, 17 mars 2008, n° 07/04974).

<sup>2</sup> C.A. Lyon, 7<sup>ème</sup> ch. B, 18 janvier 2006, *MP c/ Baudart, Chambot, Chapuis et al, op. cit.*

<sup>3</sup> C.A. Montpellier, 5 juin 2001, n° 870.

<sup>4</sup> La cour d'appel de Montpellier, intervenant sur un appel du procureur et des parties civiles, confirmait le 5 juin 2001 la relaxe : « rien ne permet d'affirmer que les prévenus ont sélectionné la clientèle sur des motifs raciaux, dès lors que les parties civiles ont apporté un témoignage de ce qu'elles ont ressenti sans qu'aucun élément objectif ne vienne corroborer leur témoignage et que les prévenus affirment que si une sélection peut exister, elle est habituelle dans ce genre de commerce et basée uniquement sur des critères de commercialité et de créneau de clientèle comme c'est l'usage pour des établissements réservés aux « gays », aux « blacks », aux « hétéros » ou à la « jet set » » (C.A. Montpellier, 5 juin 2001, n° 869, n° 870).

<sup>5</sup> Justifier le refus opposé à des testeurs d'origine maghrébine par des heurts antérieurs avec d'autres jeunes de même origine est fréquent. Cette justification - qui constitue pourtant la preuve de la mise en œuvre d'un critère illicite - est parfois acceptée par certains tribunaux (C.A. d'Angers, ch. corr., 31 octobre 2000, n° 00/00238, TGI

diversité de leurs employés ou de leur clientèle<sup>1</sup>, ignorant par là même la pratique courante des quotas<sup>2</sup>.

Pour autant, le testing peut constituer une arme judiciaire très efficace à condition « que soit redonnée cohérence aux rapports entre l'élément matériel et l'élément moral »<sup>3</sup> : la disparité de traitement et l'absence de motifs objectifs la justifiant<sup>4</sup> pourraient être interprétées comme le signe d'une volonté discriminatoire. Ainsi, dès 1991, le TGI de Paris estimait « *l'intention coupable [...] caractérisée dès lors qu'il est démontré que c'est l'appartenance ou la non-appartenance d'une personne à une ethnie, une nation, une race ou une religion qui a déterminé les agissements du prévenu* »<sup>5</sup>. D'un point de vue matériel, dès lors qu'il sera établi que la distinction n'a pas d'autres justifications que la « race », elle devrait nécessairement se voir caractérisée en infraction intentionnelle : l'idée même de justification implique un comportement intentionnel. Comme le notait Florence Massias, « on voit mal à quel cas de figure correspondrait une distinction intentionnelle fondée accidentellement sur la

---

d'Arras, 29 janvier 2002, n° 217/ac), mais la plupart des juridictions rejettent de telles justifications. Le TGI de Tours relevait ainsi qu'un tel amalgame constituait une discrimination (2 avril 2001, n° 1039). De même, le TGI de Mont-de-Marsan et la Cour d'appel de Pau estiment que la mise en place de tarifs différenciés pour dissuader les personnes indésirables servait en réalité à opérer un tri en fonction de l'apparence physique des clients (TGI Mont-de-Marsan, 26 février 2002, *op. cit.*, confirmé par C.A. Pau, 11 septembre 2003, *op. cit.*). Voir aussi TGI Strasbourg, 21 novembre 2001, n° 01/4098 (« *la relation faite par la prévenue entre la race et l'insécurité est en soi révélatrice d'un mode de pensée discriminatoire* »).

<sup>1</sup> Concernant une citation directe contre une discothèque parisienne, le substitut du procureur indiquait que « *l'huissier désigné par la seule requête de SOS Racisme, ne s'est pas rendu à l'intérieur de l'établissement où auraient pu utilement être faites des constatations, quant à l'éventuelle présence et importance d'une clientèle autre que de race blanche ; que de son côté, [le gérant de l'établissement] produit des constats d'huissiers établis (...) les 16 et 18 juin 2000 (...) attestant qu'à ces dates une forte proportion de la clientèle de la discothèque était constituée de personne de type non-européen* » et les prévenus étaient relaxés. Le TGI puis la cour d'appel ont ainsi exigé la preuve non de la discrimination « raciale » mais d'un système discriminatoire généralisé voire de la ségrégation (TGI Paris, 27 octobre 2000, C.A. Paris, 15 janvier 2003, *op. cit.* ; v. « SOS Racisme conduit le Bus Palladium en correctionnelle », *Libération*, 26 septembre 2000). Voir aussi C.A. Montpellier, 5 juin 2001, n° 869, n° 870.

De même, le TGI de Rennes avait relaxé la propriétaire d'un salon de coiffure qui avait expressément refusé d'embaucher une candidate d'origine maghrébine au prétexte qu'« *ayant déjà une employée hindoue, elle ne pouvait pas vis-à-vis de la clientèle se permettre d'employer exclusivement des personnes d'origine étrangère* ». Le juge a relevé que si les propos de la gérante étaient bien discriminatoires, il a considéré que ses intentions n'étaient manifestement pas de discriminer la candidate en raison de ses origines mais « d'user de sa liberté d'employeur pour préserver une certaine diversité parmi ses employées » (TGI Rennes, 29 juin 2006, n° 06/2750). En appel, la cour a précisé que « *le souci commercial avancé (...) ou l'agacement, réel ou supposé ressenti (...), constituent le mobile de l'infraction mais sont indifférents au regard de la consommation de celle-ci* » (C.A. Rennes, 3<sup>ème</sup> ch., 31 mai 2007, n° 07/975). On constate ici comment le paradigme de la diversité associé à la rentabilité de l'entreprise peut venir contrarier le droit à la non-discrimination « raciale ».

<sup>2</sup> Dans une affaire jugée par le TGI de Valence en mai 2001, le portier interrogé confirmait recevoir des consignes pour refuser les personnes d'origine maghrébine et africaine une fois le « quota » atteint. (TGI Valence, 18 mai 2001, n° 1171.01LF).

<sup>3</sup> MASSIAS F., « Faut-il pénaliser le racisme ? », *op. cit.*, p. 621.

<sup>4</sup> CESARO J-F, « Discrimination syndicale : charge de la preuve », *Semaine juridique social*, n° 26, 26 juin 2007, p. 23.

<sup>5</sup> TGI Paris, 25 mars 1991, *Tolba c/ Vitse et Pascal*, n° P.90/2820364/2.

race »<sup>1</sup>. La Cour de cassation considère que « *la discrimination peut-être avérée même si la prise en compte de l'un des critères [...] n'a pas constitué la seule cause de la mesure en défaveur de l'intéressé* », il suffit que les autres causes ne puissent justifier, à elles seules, la mesure contestée<sup>2</sup> ; cela a été confirmé par le TGI de Grenoble dans une affaire de discrimination « raciale »<sup>3</sup>.

Effectivement, nombre de juges ont su tirer l'élément intentionnel des preuves du traitement discriminatoire et de l'absence de justification objective<sup>4</sup>. Ainsi, les juges toulousains ont condamné une société immobilière pour discrimination à la location d'un logement fondée sur la nationalité estimant que l'élément intentionnel « *consistant dans la conscience de se livrer à des agissements discriminatoires* » était caractérisé « *par le constat d'une différence de traitement entre deux catégories de personne, sans justification objective* »<sup>5</sup>. Est-ce à dire que les victimes de discrimination bénéficient parfois devant le juge pénal d'un aménagement de la charge de la preuve ? Les juges lyonnais ont rappelé à plusieurs reprises qu'il appartient toujours à la partie civile de démontrer le caractère discriminatoire du refus opposé et non aux gérants des discothèques d'établir que leur décision est justifiée par des objectifs étrangers à toute volonté d'opérer une discrimination<sup>6</sup>. Mais la force probatoire du testing tient en ce qu'il assure « la mise en visibilité de l'utilisation de préjugés, de stéréotypes négatifs ou de préférences indues par le recruteur, ce qui autorise sa qualification comme discrimination »<sup>7</sup>. Au cours du testing, le recruteur, le propriétaire d'appartement ou l'agence immobilière, le portier de discothèque sont amenés à

---

<sup>1</sup> MASSIAS F., « Faut-il pénaliser le racisme ? », *op. cit.*, p. 617. Néanmoins, cette position ne fait pas l'unanimité. Certaines recherches montrent qu'une pratique discriminatoire peut être menée inconsciemment : « l'homme n'est pas un être parfaitement transparent à lui-même, en éveil constant quant aux biais susceptibles d'influencer ses prises de positions. Mais, bien que de bonne foi, le recruteur devra (...) accepter de réviser ses 'représentations discriminatoires' révélées par le test de situation » (*in* « Les tribulations du testing en Belgique : quels enseignements ? », V. VAN DER PLANCKE, *op. cit.* p. 6). Voir aussi ROOTH D-O., *Implicit discrimination in hiring: real world of evidence*, IZA (Allemagne : Bonn), Discussion Paper n° 2764, avril 2007, 32 p.

<sup>2</sup> Cass. crim., 29 octobre 1996, n° 94-85028, *Bull.* n° 379, Cass. crim. 14 juin 2000, *Syndicat CFDT*, n° 99-81108

<sup>3</sup> TGI de Grenoble 20 mars 2000, *Boumaza Farid, Lafay*, n° 1112MP342 : « *ce qui permet de confirmer que cette considération n'était pas étrangère à sa décision* ».

<sup>4</sup> C.A. Pau, 10 octobre 1991 ; C.A. de Paris, 10 septembre 1991 (un hôtelier refusant d'employer comme réceptionniste un homme de couleur sans la moindre explication légitime a été condamné). Arrêt cité *in* « Les discriminations sur les lieux de travail et à l'embauche », CNCDDH, *Rapport annuel 1997*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>5</sup> TGI Toulouse, 25 avril 2002, *Cissé c/ SA LAMY*, n° 550/02.

<sup>6</sup> TGI Lyon, ord. de non lieu du 7 janvier 2003, n° 01/99924, C.A. Lyon, 7<sup>ème</sup> chambre, 18 décembre 2006, *op. cit.*, Cass. crim. 12 octobre 2004, *op. cit.* (« *le principe de la présomption d'innocence dont bénéficie le prévenu commande de ne pas renverser la charge de la preuve en exigeant de la personne pénalement poursuivie la preuve qu'elle n'a pas agi en violation de la loi* »), C.A. Lyon, 7<sup>ème</sup> ch. B, 18 janvier 2006, *MP c/ Baudart, Chambot, Chapuis et al.*

<sup>7</sup> SIMON P et STAVO-DEBAUGE J., « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *op. cit.*, p. 64.

justifier le refus qu'ils opposent au groupe d'origine extra-européenne<sup>1</sup>. Mais le groupe témoin - similaire du point de vue des critères objectifs de la sélection - ou des investigations simples permettent le plus souvent de démontrer le caractère fallacieux de ces justifications et de pointer les motivations discriminatoires du refus. Il ne s'agit donc pas ici d'une présomption, ni même d'un renversement de la charge de la preuve mais de l'application d'un raisonnement logique : « la preuve de l'intention se déduit de la nature même du comportement matériel »<sup>2</sup>. Tout au plus peut-on parler d'« un glissement de la charge de la preuve »<sup>3</sup> déjà observé en matière syndicale et qui n'est pas impossible en droit pénal.

Les arrêts qui vont dans ce sens sont nombreux<sup>4</sup>. Les juges toulousains ont ainsi condamné le responsable d'une agence immobilière sur la preuve du traitement discriminatoire et le propriétaire sur la preuve du prétexte fallacieux du refus opposé<sup>5</sup>. Cette tendance toute relative de la jurisprudence répond aux vœux de ceux qui estiment qu'en matière pénale, « en ce qui concerne l'élément moral du délit, il paraît tout à fait nécessaire que la preuve de cette intention soit facilitée »<sup>6</sup>.

Si certains juges de premier ressort ou d'appel estiment le délit de discrimination « raciale » caractérisé sur le fondement d'un testing, d'autres juridictions exigent des preuves cumulatives à côté du testing ou se voient présenter une abondance de preuves issues des parties civiles ou des enquêtes judiciaires<sup>7</sup>. Cette surenchère de preuves emporte logiquement

---

<sup>1</sup> On indique que l'appartement est déjà loué, indisponible en raison de travaux, réservé à un parent (...); pour les discothèques, l'établissement sera présenté comme complet, réservé aux habitués (...); pour une embauche, le poste sera déjà pourvu, de nouvelles conditions seront posées... Ces « justifications » sont rapportées devant les juges soit par témoignages, soit par transcription d'un éventuel enregistrement.

<sup>2</sup> MINE M., « La discrimination raciale à l'embauche devant le juge pénal. A propos de la décision Moulin rouge », *op. cit.*, p. 273

<sup>3</sup> BURNIER F. (inspecteur du travail, coordinateur des enquêtes de la HALDE), *in* Conseil national du Barreau (CNB), *Les nouveaux pouvoirs de la HALDE et l'exercice des droits de la défense*, *op. cit.*, p. 26

<sup>4</sup> TGI Lille, 21 novembre 2001, *Meddahi c/ Heyndrickx*, n° 7898-01 (le témoignage du testeur et le rapport de l'huissier qui avait constaté l'opération et consigné les propos de l'agent immobilier dans l'agence même ont permis d'obtenir la condamnation de l'employée de l'agence). De même, l'enregistrement du testing téléphonique révélant la caractère fallacieux et discriminatoire du motif du refus de location a permis la condamnation de la propriétaire par le TGI de Paris (« Une propriétaire condamnée à une amende de 3.000 € pour discrimination », Communiqué du MRAP, 17 novembre 2006). Dans le cadre d'un testing à l'entrée d'une discothèque, les testeurs de type européen se voyaient demander 40 francs, alors que les autres devaient payer 150 F. Les juges ont tenu compte des contradictions manifestes dans la justification de la différence des prix pratiqués (TGI de Mont-de-Marsan, *op. cit.* et C.A. Pau 11 septembre 2003, *op. cit.*).

<sup>5</sup> Il arguait du fait qu'il souhaitait louer cet appartement à son fils après les travaux prévus, mais peu de temps, un nouveau locataire - sans lien de parenté avec le propriétaire - occupait les lieux (TGI Toulouse, 26 mars 2003, n° 0112013 ; C.A. Toulouse, 3<sup>ème</sup> chambre, 5 octobre 2004, n° 03/00593).

<sup>6</sup> COEURET A., « Entrave et discrimination », *Droit ouvrier*, 1987, p. 461.

<sup>7</sup> Encore faut-il que lors de l'enquête policière, ces preuves soient bel et bien prises en compte. Ainsi, dans une affaire de discrimination à l'entrée d'une discothèque, les conclusions du rapport d'enquête ont été pointées du doigt par le juge : l'enquêteur indiquait qu'aucun élément objectif de discrimination « raciale » n'avait pu être relevé et suggérait que c'était l'inadéquation entre la situation sociale de la victime et son véhicule (!) qui avait

leur conviction, mais il est alors difficile de dire quelle aurait été leur appréciation si tel ou tel élément de preuve n'avait pas été présenté. La Cour d'appel est ainsi revenue sur un jugement de relaxe, en estimant que la motivation avancée par la salariée de l'agence immobilière pour refuser de constituer tout dossier au profit de la victime - à savoir un manque de ressources financières - était totalement fallacieuse puisqu'à aucun moment la victime n'avait été invitée à justifier de ses revenus. Le testing téléphonique avait aussi dévoilé des propos discriminatoires et le témoignage d'un stagiaire confirma que des refus de location étaient fréquemment opposés par l'agence à des « personnes de couleur » jugées indésirables par les propriétaires<sup>1</sup>.

Force est de constater que si le test de situation ne suffit pas toujours, loin s'en faut, pour que les juges entrent en voie de condamnation, il s'avère souvent nécessaire pour éviter un classement sans suite ou un non lieu immédiat. Il constitue ainsi une étape décisive qui appelle des investigations supplémentaires par les parties civiles ou une enquête judiciaire qui permettra de conforter les résultats du testing<sup>2</sup>, voire de démontrer au-delà d'une discrimination ponctuelle l'existence d'une politique discriminatoire. Ainsi, dans l'affaire *Moulin Rouge*, les résultats du testing (on avait exigé du seul candidat noir la pratique d'une langue étrangère) ont encouragé SOS Racisme et le juge à approfondir leurs investigations : la discrimination « raciale » a été confirmée par l'enregistrement de la conversation téléphonique entre le recruteur et un conseiller de la mission locale et surtout par le rapport de l'inspectrice du travail qui non seulement a pu confirmer le caractère fallacieux de la justification avancée par l'employeur mais démontrer, à travers l'étude du fichier du personnel, l'existence d'une politique discriminatoire historique et systématique pour le recrutement des commis de salle<sup>3</sup>.

De même, l'association, alertée par une ancienne employée sur les pratiques de discrimination et de fichage ethnique d'un réseau d'agences immobilières franchisées, a organisé une vaste opération testing sur tout le territoire en septembre 2001. Ces agences Mil'Im proposaient des listes de logements à louer et précisait sur chaque fiche un code

---

justifié le refus de prestation ; il n'avait pas retenu les constatations d'un collègue militaire qui avait entendu le portier confirmer les consignes discriminatoires et noté que différentes personnes d'origine européenne étaient dans le même temps entrées dans la boîte de nuit. (TGI de Valence, 18 mai 2001, n° 1171/01LF).

<sup>1</sup> TGI Paris, 17<sup>ème</sup> ch., 5 avril 2005, *MP c/ Dailly et Etude Chevry*, n° 03/690185 (relaxe), C.A. Paris, 8 octobre 2005, n° 05/03789.

<sup>2</sup> TGI Paris, 20 septembre 2007, *MP c/ Pernier*, n° 0308500058 : si le juge a considéré que le testing n'était pas totalement probant, les testeurs ayant été confrontés à différents interlocuteurs au sein de l'agence immobilière, cette opération, initiée après que SOS Racisme a reçu un signalement, a néanmoins encouragé des investigations plus poussées : les auditions de nombreux salariés ont démontré des pratiques discriminatoires.

<sup>3</sup> TGI Paris, 22 novembre 2002, C.A. Paris, 17 octobre 2003, *op. cit.*

« racial » en fonction de l'origine présumée de chacun des clients. Si le Tribunal correctionnel de Vienne n'a pas jugé que le test réalisé était révélateur d'un traitement défavorable à l'endroit du testeur d'origine maghrébine, les investigations menées par la suite ont permis d'emporter la conviction du juge quant à la culpabilité de la gérante<sup>1</sup>. Concernant une autre agence de la même enseigne, une salariée confirma les pratiques discriminatoires et une perquisition permit de découvrir des fiches manuscrites comportant des mentions illicites ainsi qu'un fichier informatique permettant d'enregistrer et de conserver des données sur l'origine des clients. Le juge d'instruction avait, malgré ces éléments, prononcé un non-lieu que la chambre d'instruction de la Cour d'appel de Rennes est venue infirmer en ce qui concerne la responsabilité des directeurs de l'agence<sup>2</sup>. Le TGI de St Nazaire a finalement condamné les prévenus le 26 juin 2007<sup>3</sup>. Enfin, il faut noter que le testing peut intervenir en aval pour confirmer des preuves déjà réunies afin d'emporter la conviction du juge<sup>4</sup>. Néanmoins, si les affaires qui comportent de nombreuses preuves cumulatives de la discrimination « raciale » aboutissent souvent à des condamnations pénales, elles restent appréciées avec une rigueur qui confine parfois à la mauvaise foi<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> TGI Vienne, 9 janvier 2007, *MP C/ M. Blondelet*, n° 3/2007 (appel en cours) : audition probante de plusieurs salariés des agences Mil'Im de Lyon, Villeurbanne et Vienne qui ont confirmé la consigne reçue d'indiquer des codes relatifs aux préférences « raciales » des propriétaires sur les fiches de chaque appartement. La gérante de l'agence reconnaît les faits, du moins lors de son entretien avec la délégation de la CNIL.

<sup>2</sup> TGI St Nazaire, ordonnance de non-lieu du 14 décembre 2004, C.A. Rennes, ch. d'instruction, 28 septembre 2006, n° 746. Mais ni les salariés de l'agence ni les propriétaires n'ont été inquiétés. La responsabilité morale de la SARL n'a pas été retenue car l'agence n'avait alors plus aucune existence juridique.

<sup>3</sup> TGI Saint-Nazaire, 26 juin 2007, *MP c/ M et Mme Legoff*, n° 1601/2007.

<sup>4</sup> SOS Racisme a dû diligenter son propre testing fortement médiatisé pour enfin obtenir la condamnation d'une propriétaire car, malgré des preuves manifestes du comportement discriminatoire qui avaient été rapportées par les plaignants (témoignage accablant de l'employé de l'agence immobilière et procès verbal des violations de domicile), le parquet avait classé l'affaire sans suite (TGI Compiègne, 1<sup>er</sup> février 2001, *Ouazzani c/ Lejeune*, n° 108/2000).

<sup>5</sup> TGI Lyon, ord. du 7 janvier 2003, n° 01/99924 (non lieu) : suite à un signalement, SOS Racisme avait réalisé un testing téléphonique devant témoins (un conseiller régional et un journaliste de *Lyon capitale*). Deux anciens salariés de l'entreprise attestaient des consignes discriminatoires de la direction. L'employeur, quant à lui, avait fourni des attestations de salariés en poste niant toute discrimination au sein de l'entreprise. Le magistrat refusa de conclure à la discrimination malgré les résultats du testing en estimant qu'« *il n'est pas possible de s'assurer qu[e les testeurs] sont plus spécifiquement d'origine maghrébine ou africaine, et non du Moyen-Orient ou d'Europe de l'Est par exemple. Et ce, même si on prend en compte le prénom, lequel, pour les Africains, est souvent d'origine chrétienne, et pour les Maghrébins, peu discernable d'un prénom en usage au Moyen-Orient ou dans certains pays du sud de l'Europe à implantation musulmane* ». Il ajouta qu'il n'était ainsi pas possible de savoir si la discrimination alléguée concernait exclusivement les personnes d'origine africaine ou maghrébine et donc de prouver la discrimination. Ensuite, les réponses très différentes apportées aux testeurs pouvaient s'expliquer, selon le juge, par les « *fluctuations très rapides des besoins en personne* » de cette société alors même que le testing avait été réalisé sur deux jours. Il apportait aussi une autre justification aux résultats du testing : il s'agissait de différences de traitement légales « *dans le contexte d'une admission à un emploi pour lequel est requis la maîtrise de la langue française et sa prononciation* ». Enfin, il considérait que l'arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 2002 concernant l'admissibilité de la preuve du testing ne s'appliquait que pour les discriminations à l'entrée des discothèques.



La généralisation du testing judiciaire pourrait déclencher des stratégies d'évitement qui consisteront pour les auteurs de discrimination à accumuler de nombreuses informations sur les différentes candidatures « afin de justifier la sélection opérée sur d'autres motifs que celui, inavouable, du trait suspect »<sup>1</sup>. Néanmoins, les testings ne sont pas encore systématisés et cette faille du testing s'applique surtout au test de situation par courrier. En effet, lors des tests de terrain ou des tests téléphoniques, les justifications sont généralement immédiatement apportées par l'auteur du refus : la preuve de l'intentionnalité pourrait être déduite du fait que la justification objective pour refuser le testeur visiblement d'origine immigrée n'est pas opposée au testeur référent.

### C) L'imputabilité du délit de discrimination

L'imputabilité constitue l'une des difficultés de la preuve pénale de la discrimination « raciale ». Le cas est particulièrement ardu quand il s'agit d'imputer la responsabilité d'une décision discriminatoire adoptée par un organe collégial<sup>2</sup>. Dans l'affaire de la prime de naissance attribuée par la mairie de Vitrolles sous condition de nationalité, la responsabilité de la maire et de son premier adjoint a été engagée bien que la décision ait été adoptée à bulletin secret par le conseil municipal : « *cette circonstance ne saurait avoir pour effet de supprimer toute responsabilité des auteurs (...) de la décision, mais rend seulement plus difficile la preuve de la participation à l'infraction* ». La participation à la discrimination a été retenue car le premier adjoint était rapporteur du projet et avait proposé son vote. La maire, qui avait voté par procuration, avait quant à elle fait de la « préférence nationale » le thème central de sa campagne et avait souscrit devant le juge d'instruction à cette idée de prime<sup>3</sup>. À l'inverse, la Cour de cassation a confirmé une décision de relaxe d'un maire et de plusieurs membres du conseil municipal poursuivis pour avoir adopté une délibération suspendant « *toute fourniture hormis le chauffage* » à deux écoles maternelles en raison du nombre jugé excessif « *d'enfants de nationalités différentes* ». La Cour a ainsi estimé que la délibération prise par un organe collégial ne pouvait être imputée aux conseillers municipaux ayant exprimé un vote

---

<sup>1</sup> DE SCHUTTER O., « Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 34.

<sup>2</sup> TGI Grenoble, 16 novembre 1993, n° 4649 (avis défavorable d'une commission municipale du logement sur l'octroi d'un logement HLM fondé sur l'origine marocaine du demandeur), C.A. Grenoble, 7 octobre 1994, n° 932/94 (la Cour a infirmé la condamnation de premier ressort car on ne peut imputer au seul président de la commission une décision collégiale). Voir Y. MAYAUD, « Un délit en quête d'auteur, la discrimination sur délibération municipale », *Revue de science criminelle*, janv-mars 2000, p. 197.

<sup>3</sup> C.A. Aix-en-Provence, 7<sup>ème</sup> ch., 18 juin 2001, n° 914M2001, *Fayard c/ Rascovschi et al.* ; Cass.crim., 17 décembre 2002, n° 01-85.650

favorable<sup>1</sup>. De même, la cour d'Appel de Grenoble a jugé qu'une décision d'une commission municipale du logement refusant un logement HLM pour un motif discriminatoire ne peut être imputée à ses membres ou à son président<sup>2</sup>.

Au-delà des particuliers et des employés auteurs de discrimination, il apparaît aussi important de pouvoir mettre en cause la responsabilité des donneurs d'ordre et des personnes morales pour sanctionner les politiques discriminatoires et inciter les organisations à modifier leurs pratiques et se montrer vigilantes.

### *1. Les donneurs d'ordre*

Le plus souvent, l'identification des donneurs d'ordre constitue un obstacle majeur à surmonter. Mais dans certaines configurations, la preuve de consignes discriminatoires n'est pas hors d'atteinte. Les salariés ou d'anciens employés peuvent alerter, témoigner de consignes discriminatoires reçues et transmettre des documents internes en faisant mention. Leur intervention est donc primordiale car elle permet d'amorcer l'action judiciaire<sup>3</sup>. Ainsi, sans le témoignage de salariés, de nombreuses affaires n'auraient pu voir le jour. C'est par exemple grâce au témoignage d'une ancienne salariée auprès de SOS Racisme que les pratiques discriminatoires d'une agence immobilière ont été révélées. Les fiches téléphoniques de présentation des appartements comportaient la mention « PE » (« *Pas d'étrangers* ») selon la volonté des propriétaires. Les clients d'origine étrangère d'appartements à louer recevaient ainsi des listes qui ne comportaient pas tous les appartements disponibles. La gérante a reconnu l'apposition de cette mention « PE » et a été condamnée<sup>4</sup>. Si les juges accueillent les témoignages des anciens salariés, ils peuvent aussi les rejeter en mettant en cause leurs motivations notamment quand ils ont été licenciés par l'employeur dont ils dénoncent les pratiques<sup>5</sup> mais aussi en pointant les divergences avec des

---

<sup>1</sup> Cass.crim., 11 mai 1999, n° 97-81.653, *Rec. Sc. Crim.* 2000, p. 197, obs. Y. Mayaud.

<sup>2</sup> C.A. Grenoble, 7 octobre 1994.

<sup>3</sup> TGI Paris, 17<sup>ème</sup> ch., 20 septembre 2007, *MP c/ Pernier (agence immobilière Loiselet-Daigremont)*, n° 0308500058.

<sup>4</sup> TGI Toulouse, 3 août 2005, n° 92715. Voir « Logements à louer, Arabes et Africains s'abstenir », *Libération*, 4 juillet 2005.

<sup>5</sup> La Cour d'appel, saisie par le seul gérant, infirma le jugement de première instance et refusa de reconnaître que le comportement discriminatoire du portier résultait de directives parce que le portier et d'autres salariés avaient nié l'existence de telles consignes, et ce sans doute dans le but de conserver leur place et la possibilité de trouver un emploi dans le milieu de la nuit. Pourtant, deux anciens salariés affirmaient que des ordres discriminatoires étaient donnés par la direction. Pour la Cour, la sincérité de leurs témoignages était douteuse, notamment parce qu'il existait un conflit prud'homal en cours entre la discothèque et l'un d'entre eux. Enfin, les tests organisés par des gendarmes à deux reprises (mais après la parution dans la presse d'informations concernant la plainte de

témoignages de salariés actuels - même si ces derniers peuvent choisir de nier toute discrimination afin de conserver leur poste (et ce malgré la protection prévue pour les protéger contre toutes représailles, mesure mal connue). Dans l'affaire *Biophase*, le témoignage de l'ancienne secrétaire-standardiste a été d'autant mieux accueilli qu'il apparaissait clairement que son licenciement était intervenu après les révélations qu'elle avait faites et que d'autres salariés, encore en poste, ont confirmé ses propos<sup>1</sup>. Cependant la responsabilité du donneur d'ordre n'est pas souvent questionnée quand l'exécutant est condamné<sup>2</sup>.

Dans les affaires de discrimination « raciale », certains tribunaux se penchent sur la responsabilité pénale de la hiérarchie et le cas échéant condamnent le gérant d'agence immobilière et le propriétaire<sup>3</sup>, le directeur d'un hôtel et la présidente du conseil d'administration de l'établissement<sup>4</sup>, les employés d'une discothèque et ses gérants<sup>5</sup>, le chef d'une agence de location automobile et l'entreprise<sup>6</sup>. Pour que la responsabilité des donneurs d'ordre soit mise en cause, les exécutants doivent témoigner des consignes qu'ils ont reçues ou faire la preuve de la passivité de la direction informée des pratiques discriminatoires. Mais, liés par des relations de subordination, les employés attestent rarement des consignes qu'ils

---

SOS Racisme) ne révélait aucune discrimination (TGI du Mans, 14 janvier 2000, *Sangaré et al. c/ Portland*, n°124/2000, C.A. d'Angers, 31 octobre 2000, n° 00/00238).

<sup>1</sup> TGI, 7 février 2003, C.A. de Besançon, 4 septembre 2003, n° 03/00332.

<sup>2</sup> Pour exemple : TGI Toulouse, 3 août 2005, « *Sud Location* », n° 92715 (le parquet avait demandé l'audition par la police judiciaire de l'ensemble des propriétaires ayant mandaté l'agence avec des consignes discriminatoires, mais, face à la lourdeur d'une telle enquête, ils n'ont pas été entendus). De même, il arrive, au contraire, que l'on poursuive le seul donneur d'ordre mais pas l'intermédiaire qui a répercuté cet ordre. Ainsi, dans une affaire jugée en 2003, seul l'employeur chauffagiste a été condamné pour discrimination « raciale » à l'embauche : alors qu'il avait répercuté les consignes discriminatoires et que sa complicité était évidente, l'agent de l'ANPE n'a pas été poursuivi (TGI Tours, 9 octobre 2003, n° 11413/02).

<sup>3</sup> TGI Toulouse, 26 mars 2003, n° 0112013 ; C.A. Toulouse, 3<sup>ème</sup> chambre, 5 octobre 2004, n° 03/00593 (condamnation de la responsable de l'agence et du propriétaire pour discrimination à la location).

<sup>4</sup> TGI Paris, 17<sup>ème</sup> ch., 14 novembre 2002, *LICRA, MRAP, SOS Racisme, Essindi c/ Cantuel (Hôtel La villa)*. Un veilleur de nuit avait alerté l'association SOS Racisme des annotations figurant sur les CV des candidats noirs ou d'origine magrébine. Le directeur de l'hôtel qui avait porté ces annotations portées a reconnu dans le cadre de l'enquête qu'elles étaient le résultat de consignes de la présidente du Conseil d'administration de l'établissement. Elle a ainsi été condamnée.

<sup>5</sup> TGI de Thionville, 11 juin 2002, n° 944/2002 (condamnation des portiers ainsi que du gérant et du barman pour complicité) ; TGI de Metz, 17 octobre 2001, n° M3636/01, C.A. Metz, 16 mai 2002, n°02/00462 ; TGI Valence, 18 mai 2001 n° 1171.01LF, C.A. Grenoble, 12 juin 2002, n° 01/00712 (le portier a témoigné des consignes discriminatoires de son employeur, ce qui a permis, à côté d'autres preuves, de caractériser la responsabilité du gérant et le caractère intentionnel de la discrimination « raciale »).

<sup>6</sup> TGI de Paris, 30 mai 2002, *LICRA, MRAP, LDH c/ Bembach et Sixt Eurocent SAS*, n° 010890015 : le responsable d'une agence de location d'automobile avait diffusé au personnel une note relative aux modalités de location à certains clients étrangers : pour certaines nationalités précisées, certains types de voitures ne pouvaient être loués et plus généralement, des garanties supplémentaires étaient demandées. Selon la responsable, l'objectif de la note était d'éviter les problèmes de paiement mais le tribunal a estimé que ce but légitime aurait pu être atteint par des moyens légaux plutôt que par l'exclusion discriminatoire de certaines nationalités arbitrairement considérées « à risque ». L'entreprise a été jugée pénalement responsable dans la mesure où l'auteur de la note l'avait diffusée en sa qualité de responsable d'agence et après l'avoir transmis à la direction qui ne s'était pas opposée à sa diffusion.

reçoivent. Bien souvent, le gérant de la discothèque, faute pour les plaignants d'avoir démontré au juge sa qualité de donneur d'ordre, est relaxé : seuls les portiers sont condamnés<sup>1</sup>. Pour faire condamner les donneurs d'ordre - dont l'identité est parfois invisible dans une structure hiérarchique - et non les seuls exécutants qui sont fragilisés par leur position de salarié, il apparaît nécessaire d'approfondir les investigations et de tirer les conclusions de l'organisation hiérarchique de l'entreprise et de l'absence de sanction reçue par le salarié, auteur de discrimination<sup>2</sup>.

L'intermédiaire par lequel la discrimination « transite » (agence immobilière, entreprise intérimaire, ANPE/Pôle emploi...) peut aussi jouer un rôle important en dénonçant les demandes discriminatoires qui lui sont faites et ainsi déclencher le processus judiciaire. Néanmoins les témoignages d'agents de l'ANPE ou de conseillers des missions locales en ce sens sont encore très rares. Soumis aux injonctions contradictoires de leur hiérarchie, ils sont tiraillés entre le devoir de dénoncer des pratiques illégales et l'exigence de conserver et de satisfaire la clientèle. Le dilemme est le même pour tous les intermédiaires du logement ou de l'emploi, avec sans nul doute une pression supplémentaire dans le secteur privé. Les jugements révèlent clairement que lorsqu'est brisée la loi du silence et que les acteurs économiques - agents immobiliers<sup>3</sup>, agents ANPE<sup>4</sup> ou conseillers de mission locale<sup>5</sup> - se désolidarisent de leurs clients et acceptent de témoigner, leurs attestations emportent la conviction des juges. Pour autant, ces témoignages spontanés restent encore isolés, surtout quand les intermédiaires relèvent d'un secteur concurrentiel<sup>6</sup>. Il est donc primordial que les

---

<sup>1</sup> TGI Tours, 2 avril 2001, n° 1039.

<sup>2</sup> C.A. Grenoble, 17 janvier 2008, n° 06/01237, *op. cit.* (le juge, estimant que les consignes se déduisaient du comportement des portiers embauchés tout récemment, a condamné les deux gérants de la discothèque).

<sup>3</sup> La condamnation d'une propriétaire a été ainsi obtenue devant le TGI puis la Cour d'appel de Grenoble grâce aux témoignages du responsable de l'agence immobilière et de son stagiaire (TGI Grenoble, 14 septembre 2004, n° 3122MP32AM ; C.A. Grenoble, 1<sup>ère</sup> ch. corr., 27 octobre 2005, n° 04/01355). Plus la pression judiciaire sera forte sur ces intermédiaires, plus ceux-ci tenteront de convaincre leurs clients de modifier leurs demandes discriminatoires. Et, si les clients persistent et cherchent à faire jouer la concurrence, la plainte peut alors constituer une menace crédible.

<sup>4</sup> TGI Saint-Nazaire, 11 mai 1999, *Thobie*, TGI Châteauroux, 14 juin 2000, *MRAP et Mme Guenifi c/ Mme Roux*, n° 83/2000YR/JPD. Il faut relever les réticences du conseiller ANPE qui se refusait à témoigner en arguant du secret professionnel, et la volonté du procureur, malgré son témoignage, de classer sans suite la plainte face aux dénégations de la DRH. C'est finalement parce que la victime a apporté la preuve de son échange téléphonique avec le prévenu par le biais du relevé de ses appels que la condamnation a été prononcée.

<sup>5</sup> TGI Grenoble, 20 mars 2000, *Boumaza c/Lafay*, n° 1112 MP 342, C.A. Grenoble, 18 avril 2001, n° 00/00657 ; TGI, 31<sup>ème</sup> ch., 22 novembre 2002, n° 0111790455, C.A. Paris, 17 octobre 2003, *Moulin Rouge*.

<sup>6</sup> TGI Grenoble, 14 septembre 2004, n° 3/22/MP32AM, C.A. Grenoble, 27 octobre 2005, n° 04/01355 (le témoignage d'un responsable d'agence immobilière qui avait « dénoncé » le comportement discriminatoire d'un client a ainsi permis sa condamnation. Lors du procès de première instance, le procureur avait ainsi tenu à « rendre honneur à cet agent immobilier qui a osé parler, ce qui est rare dans ce genre de dossier » (Le propriétaire ne voulait pas vendre 'à un arabe' », *Le Figaro*, 1<sup>er</sup> septembre 2004). Pour autant, cette démarche

investigations du parquet concernent les donneurs d'ordre pour tarir à leur source les discriminations<sup>1</sup> et empêcher la concurrence de jouer contre ceux qui refuseraient d'appliquer des ordres discriminatoires. Or les donneurs d'ordre, qu'ils soient propriétaires d'appartement ou clients d'une entreprise intermédiaire de l'emploi, ne sont quasiment jamais inquiétés<sup>2</sup>.

## 2. La responsabilité de la personne morale

La responsabilité morale des organisations pour lesquelles les salariés ont pratiqué la discrimination reste difficile à établir. La personne morale peut être mise en cause via l'art. 225-4 CP conformément aux critères de responsabilité définis à l'art. 121-2 al. 1 CP<sup>3</sup>, cependant, seuls les actes d'un représentant mandaté ou des organes de direction sont visés<sup>4</sup> : la personne morale n'est pas pénalement responsable des infractions commises dans l'exercice de ses fonctions par un employé dès lors que celui-ci a agi de sa propre initiative. Depuis la décision du 1<sup>er</sup> décembre 1998 de la Cour de cassation, le délégataire est aussi reconnu comme le représentant de la personne morale aux termes de l'art. 121-2 al. 3 CP<sup>5</sup>. Ainsi, il est rare que le juge condamne la personne morale lorsqu'il prononce la culpabilité des portiers et éventuels gérants de discothèques ayant pratiqué la discrimination au faciès<sup>6</sup>. La personne morale sera mise en cause si l'auteur de la discrimination disposait clairement d'une délégation de signature<sup>7</sup>. Mais, même lorsque le salarié occupe un haut poste dans la

---

n'est pas toujours facile ni encouragée dans les services publics : alors que l'affaire concernant l'entreprise Climat Chauff'passion de Tours a été déclenchée par un conseiller de la mission locale, ce dernier s'est finalement mis en retrait suite aux reproches qu'il a essayés pour avoir mis en cause les pratiques d'une collègue de l'ANPE et perdu la société dénoncée comme client (TGI Tours, 9 octobre 2003, n° 11413/02).

<sup>1</sup> Les intermédiaires justifient ainsi souvent les discriminations qu'ils pratiquent comme un « service rendu » aux victimes qui, de ce fait, n'effectuent pas des démarches rendues inutiles par les desiderata des clients.

<sup>2</sup> V. pour exemple TGI Nanterre, 17<sup>ème</sup> ch., 27 octobre 2008 ; C.A. Versailles, 21<sup>ème</sup> ch., 17 juin 2009, *Sté Daytona*, n° 08/03754 (les grandes entreprises qui exigeaient des hôtesse d'origine européenne auprès de la société Daytona et qui avaient été identifiées lors de l'enquête de police n'ont jamais été inquiétées).

<sup>3</sup> L'art. 121-2 CP prévoit que les personnes morales sont pénalement responsables des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants dans les cas prévus par la loi ou le règlement. L'art 121-1 CP a été amendé pour prévoir que « *les collectivités locales et leurs regroupements [sont] responsables pénalement des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public* ».

<sup>4</sup> Le texte s'applique aussi à ceux mandatés par l'employeur pour recruter des préposés qui commettraient des discriminations à sa demande ou de leur propre initiative : Cass. crim., 30 janvier 1990, n° 86-92.360 (pour des directeurs d'ANPE, ces derniers étant dans l'obligation, lorsqu'« *ils diffusent l'offre d'un employeur, d'en modifier le cas échéant le libellé* »). Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, le directeur de la publication qui fait paraître une annonce discriminatoire, comme tout intermédiaire dans le recrutement, est tenu responsable (v. STULZ V., « La discrimination à l'embauche », *Semaine sociale Lamy*, n°1255, 3 avril 2006, p. 6).

<sup>5</sup> Cass. crim., 1<sup>er</sup> décembre 1998, n° 97-84773.

<sup>6</sup> TGI Limoges, 6 septembre 2000, n° 978/2000 (condamnation des deux portiers et de la SARL).

<sup>7</sup> TGI Nanterre, 27 octobre 2008 ; C.A. Versailles, 17 juin 2009, n° 08/03751, *op. cit.* (la responsabilité morale de la société a été reconnue car l'auteur du fichage illicite disposait de la signature sociale en matière de recrutement).

hiérarchie de l'entreprise, le juge ne recherche pas si son attitude discriminatoire découle d'une éventuelle politique de l'entreprise<sup>1</sup>. Comme le soulignait le GELD, la preuve du motif discriminatoire de l'acte de la personne morale est rarement disponible faute de preuve d'une intervention de sa part<sup>2</sup> : les organes de direction pointeront l'initiative et l'autonomie du préposé<sup>3</sup>. Ainsi, en 2006, le TGI de Béziers avait condamné pénalement l'office du tourisme du Cap d'Agde au côté de la salariée responsable de la centrale de réservation pour la création de listes détaillant les critères « raciaux » d'exclusion des agences immobilières locales et pour l'utilisation de ces listes pour orienter les familles depuis 2000. Ces faits étaient attestés par deux salariées de l'office. Mais la Cour d'appel de Montpellier est revenue sur la responsabilité pénale de la personne morale, en considérant qu'il n'était pas établi que la salariée était titulaire d'une délégation des dirigeants de l'office et ce, alors que la salariée affirmait avoir agi sans en référer à sa hiérarchie<sup>4</sup>. La Cour de cassation a validé ce jugement<sup>5</sup>.

Il est donc exceptionnel d'obtenir les preuves qui convaincront le juge de la responsabilité de la personne morale comme ce fut le cas dans l'affaire exemplaire du *Moulin rouge*. Le rapport de l'inspectrice du travail, qui avait étudié le fichier du personnel et entendu des responsables, démontrait une politique discriminatoire systématique dans l'entreprise et la responsabilité de cette dernière. De plus, la salariée, que les dirigeants accusaient d'avoir agi seule, était réintégrée à son poste avant même l'issue de la procédure de licenciement initiée<sup>6</sup>. La définition de la responsabilité des personnes morales selon la nature des fonctions exercées par les auteurs directs de la discrimination est en France définie de manière trop étroite. À partir du moment où l'auteur exerce des fonctions de direction - en droit ou *de facto* - et que

---

<sup>1</sup> « Amende pour une employée raciste », *Libération*, 15 mars 2000. Pour avoir diffusé une offre d'emploi refusant « les Noirs et les Maghrébins en raison des contacts avec la clientèle », le chef du personnel reçut une amende. Le MRAP regretta la condamnation du seul l'employé.

<sup>2</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>3</sup> En matière de discrimination syndicale, une discrimination imputable à un directeur d'agence bancaire est jugée comme ayant été commise pour le compte de la banque dans la mesure où la notation des agents et l'établissement de leur carrière s'intègrent à la vie sociale de l'entreprise (TGI Bastia, 3 juin 1997, *RS crim.* 1998.99, obs. Mayaud).

<sup>4</sup> TGI Béziers, 14 avril 2006, n° 963-06, C.A. Montpellier, 12 décembre 2006, n°1482. L'association SOS Racisme, partie civile, avait notamment mis en avant le fait que la responsable de la centrale des réservations était en poste depuis 1988 et qu'elle disposait d'une délégation de pouvoir tacite eu égard à ses compétences, à l'autorité et aux moyens dont elle disposait pour mettre en œuvre la politique de l'office en matière de réservation. Il est à noter que l'office qui percevait en moyenne une commission de 5% sur les locations réalisées par son intermédiaire n'a pas vu sa responsabilité civile mise en cause et que les agences immobilières à l'origine du délit n'ont pas été inquiétées.

<sup>5</sup> Cass. crim., 29 janvier 2008, n° 07-80264 (rejet). La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que la Cour d'appel disposait d'un pouvoir souverain pour apprécier si l'infraction avait été commise pour le compte de l'office.

<sup>6</sup> TGI, 31<sup>ème</sup> ch., 22 novembre 2002, *op. cit.*, C.A. Paris, 17 octobre 2003, *op. cit.*

la personne morale n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour empêcher la commission de la discrimination, sa responsabilité devrait pouvoir être engagée<sup>1</sup>.

L'hésitation des juges à retenir la responsabilité des entreprises en tant que personnes morales dans les dossiers de discrimination s'illustre parfaitement dans l'affaire bâtie par SOS Racisme sur la base d'un fax de la chargée de recrutement de Districom, filiale d'Adecco pour l'embauche d'animatrices d'opérations promotionnelles dans la grande distribution : le recrutement pour la campagne de la société Garnier devait se limiter à des animatrices dites « BBR » (« Bleu-blanc-rouge »)<sup>2</sup>. Lors du procès, les témoignages de salariés et d'une candidate à l'embauche refusée sont venus confirmer ces consignes de recrutement discriminatoire et les pressions de Garnier. Les sociétés ont, quant à elles, fermement démenti toute discrimination : la mention « BBR » aurait indiqué la volonté de ne recruter que des personnes parlant convenablement le français (alors que ce critère de compétence était déjà expressément mentionné) et le témoignage de l'ex-salarié aurait été nourri par la rancœur. En définitive, le parquet n'a demandé à l'encontre des deux entreprises mises en cause que des « peines de principes » et le juge a relaxé les deux entreprises. En appel, de nombreux témoins ont été entendus et le rapport de l'inspection du travail révélant que les candidates noires, asiatiques et arabes avaient été exclues de l'équipe d'animatrices commerciales a été débattu (elles représentaient finalement moins de 4% des animatrices recrutées alors qu'elles représentaient environ 40% des candidates potentielles dans les fichiers de Districom pour ce type d'emplois<sup>3</sup>). Le parquet a demandé la relaxe de Garnier « au bénéfice du doute » mais il a en revanche demandé au moins 100.000 € d'amende contre Adecco, sa filiale et son ex-directrice auteure du fax incriminé. Sept ans après les faits, le 6 juillet 2007, la Cour d'appel de Paris a condamné pénalement Districom au motif que l'auteur du fax était bien sa représentante, Adecco au motif que la société avait bien reçu le fax illicite, que le sigle « BBR » était largement utilisé en 2000 au sein de ses agences et que le rapport de l'inspectrice du travail démontrait un recrutement discriminatoire. La société Garnier du groupe L'Oréal a aussi été reconnue pénalement responsable pour avoir pratiqué « *une politique discriminatoire d'offre d'emploi* » : les consignes et les pressions d'un de ses

---

<sup>1</sup> Sur cette controverse, v. DE SCHUTTER O., « La responsabilité des personnes morales dans la loi d'antidiscrimination », in Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, n°6-7, octobre 2008, pp. 44-46.

<sup>2</sup> D'autres critères discriminants mentionnés auraient pu être mis en cause : jeunes filles (sexe), de 18 à 22 ans (âge), et de taille 38 (apparence).

<sup>3</sup> « Garnier, Adecco et Districom au tribunal pour discrimination raciale », *Le Monde*, 17 mai 2007.

responsables étaient établies<sup>1</sup>. La HALDE, qui a largement modifié ses observations entre la première instance et l'appel<sup>2</sup>, s'est félicitée de ce jugement<sup>3</sup>. La menace médiatisée du procès a sans doute encouragé ces entreprises à s'engager dans la lutte contre les discriminations. Pour autant, l'Oréal a eu les moyens financiers de contrebalancer la mauvaise presse issue du procès en déclenchant une campagne médiatique valorisant son engagement pour la « diversité »<sup>4</sup>.

Le juge est parfois amené à déclarer la personne morale responsable civilement de la discrimination « raciale » constatée, ce qui permet d'obtenir une réparation financière plus dissuasive. Dans l'affaire *Ikéa* principalement fondée sur la découverte d'un mémo interne discriminatoire, l'inspection du travail n'a pu démontrer que la subordination de l'offre d'emploi dépassait la simple initiative personnelle nonobstant les sanctions légères infligées par Ikéa à la salariée condamnée. Cependant, la responsabilité civile de l'entreprise a été retenue du fait que l'auteur du courriel incriminé avait commis le délit de discrimination dans le cadre et pour ses fonctions salariées<sup>5</sup>. Pourtant, la condamnation civile est loin d'être systématique et intervient parfois à défaut d'une potentielle responsabilité pénale<sup>6</sup>.

Si Evelyne Serverin pouvait relever en 1994 que la discrimination « raciale » était essentiellement traitée sur le terrain pénal mais dans une proportion peu significative au plan

---

<sup>1</sup> TGI Paris, 1<sup>er</sup> juin 2006 ; C.A. Paris, 11<sup>ème</sup> ch., section A, 6 juillet 2007, n° 06/07900 ; Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85109 (les dispositions civiles ont été annulées que parce que la Cour d'appel n'avait pas justifié sa décision sur la recevabilité de constitution de partie civile de l'association SOS Racisme). La condamnation définitive est intervenue le 28 juin 2011 par la Cour d'appel de Paris.

<sup>2</sup> « La Halde soutient L'Oréal », *L'Humanité*, 6 juin 2006. L'article mentionne notamment le fait que le président de la HALDE Louis Schweitzer est administrateur de L'Oréal. En première instance, la HALDE ne demandait que la condamnation de la directrice adjointe de la filiale d'Adecco mais en appel, elle intervint pour demander la condamnation de la directrice, du groupe Adecco et de sa filiale Districom ainsi que de la société Garnier, filiale du groupe L'Oréal.

<sup>3</sup> « L'Oréal et Adecco condamnés pour discrimination », *Le Monde*, 8 juillet 2007.

<sup>4</sup> L'Oréal a ainsi annoncé la création d'une chaire « Diversité et performances » à l'École supérieure de sciences économiques et commerciales qu'elle soutient. Le groupe a indiqué avoir signé la charte de la diversité, noué un partenariat avec des lycées en zone d'éducation prioritaire, favorisé l'accueil d'apprentis et développé des formations à la diversité pour ses cadres. In « L'Oréal riposte après sa condamnation », *Le Figaro*, 13 juillet 2007.

<sup>5</sup> TGI de Versailles, *SOS Racisme c/ Malmquist et Ikéa France*, 2 avril 2001, n° 99/1280244. Voir aussi TGI Paris, 17<sup>ème</sup> ch., 14 juin 2007, *MP c/ Chodkowski, Pérugien, Piasecki et al.*, n° 0519208532 (discothèques).

<sup>6</sup> Concernant une plainte pour discrimination « raciale » au logement, on peut regretter que seule la responsabilité civile de l'agence ait été retenue alors que le fils du dirigeant de l'entreprise, stagiaire à l'époque des faits, reconnaissait - au-delà de la discrimination ponctuelle pour laquelle était condamnée une salariée de l'agence - que l'agence recevait des consignes discriminatoires et les appliquait : TGI Paris, 17<sup>ème</sup> ch., 5 avril 2005, *MP c/ Dailly, Garnier et Etude Chevry*, n° 03/690185 (relaxe), C.A. Paris, 11<sup>ème</sup> ch. sect. B, 5 octobre 2005, n° 05/03789.



statistique<sup>1</sup>, la pénalisation s'est amplifiée depuis la fin des années 1990 en raison de la mobilisation des associations. Néanmoins, le nombre de plaintes et de condamnations demeure peu élevé au regard de la banalisation des discriminations « raciales » dans notre société. La jurisprudence pénale reste marquée par une ambivalence à l'égard de la nature de la preuve exigée. Quant aux recours au civil, ils restent encore exceptionnels malgré l'avancée que constitue l'aménagement de la charge de la preuve. Si la judiciarisation implique une finalité punitive et réparatrice au service d'une justice individuelle, elle contribue aussi à une dimension préventive de la lutte contre les discriminations « raciales » en permettant la diffusion du droit. Mais pour que l'effet dissuasif de la sanction judiciaire puisse pleinement jouer son rôle, encore faut-il que la sanction intervienne relativement rapidement après la commission de l'acte illicite et qu'elle soit adéquate. En effet, « s'il apparaissait (...) que la sanction juridictionnelle n'a pas l'efficacité qu'on lui prête, et ne fournit au règne du droit qu'un glaive émoussé, il y aurait, pour le juriste, sinon quelque hypocrisie, du moins quelque paresse d'esprit, (...) à proposer l'extension du recours au juge comme panacée »<sup>2</sup>.

## **Section 2- La sanction de la discrimination**

La sanction a précisément « pour fonction d'influer positivement sur le degré d'observance de la norme au service de laquelle elle doit agir » puisqu'il existe « ordinairement une corrélation entre la fréquence de l'application de la sanction et le taux de respect du modèle de conduite »<sup>3</sup>. La visibilité de la sanction juridictionnelle contribue aussi à légitimer et à diffuser la norme de non-discrimination. Si la justiciabilité du droit à la non-discrimination s'améliore, la sanction des discriminations « raciales » est loin d'être systématique. Si le sentiment d'impunité décroît, « l'effet préventif n'est pas acquis pour autant »<sup>4</sup>. Le destinataire de la norme de non-discrimination peut en effet mettre en balance le bénéfice escompté de sa désobéissance et la gravité de la sanction. Ceci explique pourquoi le droit communautaire pose des exigences quant à la qualité des sanctions des faits de

---

<sup>1</sup> SERVERIN E., « L'application des sanctions pénales en droit social : un traitement juridictionnel marginal », *Droit social*, 1994, p. 654, 658 et 660.

<sup>2</sup> RIVERO J., « Sanction juridictionnelles et règle de droit », in *Etudes juridiques offertes à Léon de La Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 457.

<sup>3</sup> PERRIN J-F, « Qu'est-ce que l'effectivité d'une norme juridique ? », in *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979, p. 93 (pp. 91-94)

<sup>4</sup> RIVERO J., « Sanction juridictionnelles et règle de droit », *op. cit.*, 1964, p. 459.

discriminations, même s'il précise rarement le type de sanctions applicables<sup>1</sup>. Reste à savoir si le législateur français et le juge répondent à ses exigences.

### §1) Les sanctions prévues par la loi

La directive communautaire 2000/43 indique que les « *Etats membres doivent mettre en place des sanctions effectives, proportionnelles et dissuasives applicables* »<sup>2</sup> aux discriminations « raciales ». Cet impératif découlant du principe de protection juridictionnelle effective avait déjà été posé par la jurisprudence de la CJUE relative à la discrimination sur le sexe. La Cour de Luxembourg s'est attachée à préciser le caractère adéquat de la réparation. En matière de discrimination dans l'accès à l'emploi, elle a d'abord indiqué en 1984 « *qu'une sanction purement symbolique ne permet pas de garantir le droit à un recours juridictionnel aux victimes de discrimination et que cette action doit avoir un effet dissuasif réel à l'égard de l'employeur* »<sup>3</sup>. Puis elle a précisé dans un arrêt du 2 avril 1993 que « *la sanction est adéquate à condition de compenser intégralement les préjudices subis du fait de la violation du droit communautaire* »<sup>4</sup>. Après avoir détaillé les sanctions pénales encourues (A), nous analyserons quelles sont les indemnités civiles auxquelles peuvent prétendre les victimes de discriminations (B).

#### A) Les sanctions pénales

En droit pénal français, les auteurs des discriminations encourent toujours des sanctions différentes selon leur qualité. La loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972 interdisant les discriminations « raciales » prévoyait des sanctions non négligeables : peine de prison de deux mois à un an et/ou une amende de 2.000 à 10.000 F, et de 3.000 à 30.000 F pour tout dépositaire de l'autorité publique ou citoyen chargé d'un ministère de service public<sup>5</sup>. Depuis, ces sanctions ont été renforcées à deux reprises. À l'occasion de la réforme du code pénal en 1994, le nouvel article 225-2 CP prévoyait des peines de 2 ans de prison et de 200.000 F (soit environ 30.000 €) d'amende pour les particuliers. L'art. 432-7 CP prévoyait une peine de 3

---

<sup>1</sup> Par exemple, l'article 4 de la directive relative à l'égalité salariale entre hommes et femmes prévoit la nullité ou la modification des dispositions salariales illégales. Voir C. TOBLER (pour la Commission européenne), *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne*, Luxembourg, OPOCE, 2006, p. 12.

<sup>2</sup> Directive 2000/43, cons. 26 et art. 15.

<sup>3</sup> CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, aff. C- 14/83, *Rec.*, 1984, p. 189 ; CJCE, 10 avril 1984, *Doris Hartz*, aff. C- 79/83, *Rec.* 1984, p. 1921.

<sup>4</sup> CJCE, 2 avril 1993, *Helen Marshall*, aff. C-271/91, *Rec* 1993, I, p. 4367, point 26.

<sup>5</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972, art. 6.

ans d'emprisonnement et une amende 300.000 F (soit 45.000 €) pour les fonctionnaires ou chargés de service public. Puis, dans le cadre de la politique publique de lutte contre les discriminations et d'un durcissement de la sanction du racisme, la loi Perben II du 9 mars 2004 est venue porter ces plafonds à 3 ans d'emprisonnement et 45.000 € d'amende pour les particuliers<sup>1</sup>. De plus, elle précise que « *lorsque le refus discriminatoire (...) est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 Euros d'amende* »<sup>2</sup> (225-2-6° CP). Pour un dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public dans l'exercice de ses fonctions, les peines encourues sont de 5 ans d'emprisonnement et de 45.000 € à 75.000 € d'amende<sup>3</sup>.

La loi « Perben II » a aussi créé un nouveau type de peine pour les auteurs de discriminations, le stage de citoyenneté<sup>4</sup>. Ce stage a pour objectifs de permettre une prise de conscience par l'auteur du risque pénal encouru (gravité particulière de l'acte, peines prévues par la loi, conséquences de la récidive) et de la signification de l'acte au regard des valeurs de la République mais aussi de l'histoire contemporaine, notamment en cas d'infractions à caractère raciste<sup>5</sup>. D'une durée maximale d'un mois, le stage est composé de modules de formation ne pouvant excéder six heures par jour faisant notamment intervenir des policiers, des magistrats, des enseignants, des « grands témoins » et peut inclure des déplacements sur des sites. Si le condamné ne respecte pas les obligations résultant du stage de citoyenneté, il

---

<sup>1</sup> La loi du 9 mars 2004 porte le délai de prescription des infractions de presse à caractère raciste de 3 mois à 1 an (loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *J.O.* du 10 mars 2004, p. 4567). De plus, la pénalisation des propos racistes a fait l'objet d'une extension de son domaine au mode d'Internet par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique. Enfin, la loi n° 2003-88 du 3 février 2003, dite « loi Lellouche » (*J.O.* du 4 février 2003, p. 2104), visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe, conduit à prendre en compte le mobile raciste comme circonstance aggravante pour des infractions d'atteinte aux personnes (meurtres, tortures, violences) et pour des infractions d'atteinte aux biens (dégradations). La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, dite « loi Perben II », a ensuite élargi aux menaces, vols, extorsion la liste des infractions pour lesquelles la circonstance aggravante à caractère raciste ou antisémite peut être retenue (*J.O.* du 10 mars 2004, p.4567).

<sup>2</sup> Art.41 I-2° de la loi « Perben II ».

<sup>3</sup> Art. 41-II de la loi « Perben II ». Pour comparaison, l'art. 222-23 CP, tel que modifié par l'art. 179 de la loi du 17 janvier 2002, prévoit que le harcèlement sexuel est sanctionné d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende.

<sup>4</sup> Art. 131-5-1 CP : « *Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut, à la place de l'emprisonnement, prescrire que le condamné devra accomplir un stage de citoyenneté, dont les modalités, la durée et le contenu sont fixés par décret en Conseil d'Etat, et qui a pour objet de lui rappeler les valeurs républicaines de tolérance et de respect de la dignité humaine sur lesquelles est fondée la société. La juridiction précise si ce stage, dont le coût ne peut excéder celui des amendes contraventionnelles de la troisième classe, doit être effectué aux frais du condamné* ».

<sup>5</sup> Circulaire du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites et de recours aux délégués du procureur, *B.O du Ministère de la Justice*, n°93, janvier-mars 2004, Fiche technique n°8 : le stage de citoyenneté.

est passible de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende<sup>1</sup>. Le stage peut constituer une peine alternative à une peine d'emprisonnement ou une mesure d'accompagnement d'une peine prononcée avec un sursis.

Pour la sanction des discriminations « raciales », la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972 prévoyait déjà des peines accessoires d'insertion dans la presse et d'affichage sur les lieux du délit de la décision afin d'assurer la publicité des condamnations<sup>2</sup>. Aujourd'hui, le juge pénal dispose d'une large palette de sanctions complémentaires<sup>3</sup> qui jouent un rôle punitif et préventif.

Pour les personnes physiques, sont encourues des peines complémentaires telles que l'interdiction du droit d'éligibilité et du droit d'exercer une fonction juridictionnelle, d'être expert devant une juridiction ou de représenter ou assister une partie devant la justice. L'art 225-19 CP prévoit également pour les personnes morales l'obligation d'affichage ou de diffusion de la décision prononcée<sup>4</sup>, la fermeture de l'établissement et l'exclusion des marchés publics<sup>5</sup>. Pour les auteurs de discriminations représentants de l'autorité publique ou chargés d'une mission de service public ayant commis des discriminations dans l'exercice de leurs fonctions, des peines complémentaires similaires sont envisageables en sus de l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle le délit a été commis (art. 432-17 CP).

Pour les personnes morales, dont la responsabilité pénale est en matière de discrimination très rarement reconnue, l'art. 131-34 CP prévoit l'exclusion des marchés publics, définie comme l'interdiction de participer directement ou indirectement à tout marché conclu par l'État et ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics ainsi que par les entreprises concédées ou contrôlées par l'État ou par les collectivités territoriales ou leurs groupements. À l'instar de certains de ses homologues étrangers, le juge « pourrait suspendre la condamnation et faire injonction à l'employeur de prendre certaines mesures pour supprimer la situation constatée de

---

<sup>1</sup> Décret n° 2004-1021 du 27 septembre 2004 portant modification du code pénal et du code de procédure pénale et relatif notamment au stage de citoyenneté, à la composition pénale, aux sûretés prononcées dans le cadre d'un contrôle judiciaire et à la juridiction de proximité, *J.O.* du 29 septembre 2004, p. 16718.

<sup>2</sup> M. Terrenoire, rapporteur de la loi, souligne dès 1972 « *que cette peine accessoire revêt, en matière de discrimination raciale, une très grande importance puisqu'elle permet une sorte de publicité* ». In AN, Rapport de M. Terrenoire de la Commission des lois sur les propositions de lois, n° 2357, annexe P.V. de la séance du 25 mai 1972, in *Impressions, projets de lois, propositions, rapports, etc.*, A.N., tome 55, n° 2356 à 2431, 1973.

<sup>3</sup> Art. 131-10 CP.

<sup>4</sup> La diffusion par voie électronique a été introduite par l'art. 2 III de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *J.O.* du 22 juin 2004, p. 11168.

<sup>5</sup> CNCDH, *La lutte contre le racisme et la xénophobie – Rapport d'activité pour 1997*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 92.

discrimination »<sup>1</sup> mais ce serait sortir ici d'une approche strictement individuelle et réparatrice de la sanction<sup>2</sup>.

## B) Les sanctions civiles

Le juge pénal dispose d'un système de peines qui lui permet d'infliger des sanctions dissuasives à côté des dommages et intérêts qu'il peut parallèlement prononcer au bénéfice de la victime dans le cadre de l'action civile. Ce n'est pas le cas en droit civil. Tout d'abord, le célèbre arrêt de la chambre mixte *Syndicat Front national* de 1998 indique que le dessein discriminatoire constitue en droit des contrats une cause ou un objet illicite, sanctionnés par la nullité absolue<sup>3</sup>. Dans un arrêt du 10 juillet 2000, la chambre sociale de la Cour de cassation considérait que l'annulation d'un licenciement procédant d'une discrimination syndicale était la « *seule sanction de nature à garantir la pleine effectivité de la protection légale* »<sup>4</sup>. Si le salarié ne réclame pas sa réintégration dans l'entreprise, qui est alors de droit<sup>5</sup>, la législation et la jurisprudence donnent quelques détails sur l'indemnisation d'un licenciement illicite : l'employeur doit indemniser la rupture, le préavis, ainsi que le préjudice subi<sup>6</sup>. Aujourd'hui, en matière sociale, l'art. L. 1132-4 CT indique que tout acte ou disposition jugée discriminatoire est nul de plein droit et prévoit des indemnités supplémentaires pour les licenciements faisant suite à une action en justice ou des actions menées auprès de

---

<sup>1</sup> MINE M., « Approche juridique de la discrimination raciale au travail... », *op. cit.*, p. 98. Pour exemple, la législation irlandaise prévoit un vaste éventail de sanction en dehors des indemnités : réintégration dans les fonctions ou dans l'entreprise, ordonnances enjoignant aux employeurs et prestataires de service d'adopter des mesures particulières. Une jurisprudence relative à l'exécution de ces injonctions s'est développée : élaboration d'une politique d'égalité des chances, révision des procédures d'embauche, révision des pratiques de service à la clientèle, formation du personnel aux questions relatives à l'égalité de traitement... (*In Le développement de la législation contre les discriminations en Europe...*, Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *op. cit.* p. 93). C'est aussi le cas du Tribunal canadien des droits de la personne qui traite des plaintes qui lui sont transmises par la Commission des droits de la personne, équivalent de la HALDE : au-delà des réparations financières qu'il peut ordonner, il peut demander la révision des politiques et de la culture de l'organisation mise en cause, ce qui implique que la Commission des droits de la personne joue un rôle actif pour assurer le suivi (P. DESCHAMPS, Tribunal canadien des droits de la personne, *in* D. Borillo (dir.), *HALDE : actions, limites et enjeux*, La Documentation française, 2007, p. 40).

<sup>2</sup> On pourrait aussi considérer que le constat de graves infractions au droit du travail et/ou au code pénal pourrait autoriser l'administration à suspendre ou refuser certaines aides à l'emploi perçues par l'entreprise condamnée. Cette possibilité existe en ce qui concerne le travail dissimulé depuis la loi du 17 mars 1997 et son extension pourrait être envisagée. V. SILHOL B., « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », *Dr. Soc.*, novembre 2000, n°11, p. 963.

<sup>3</sup> V. TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil - les obligations*, Précis Dalloz, 10ème édition, 2009, n°369, p. 387.

<sup>4</sup> *Bull.* n°261. V. Cour de cassation, *Rapport 2001*, La Documentation française, 2002, pp. 372-375.

<sup>5</sup> Cass. soc., 30 avril 2003, n° 00-44811 ; Cass. soc., 4 décembre 2001, *Leboucher / Sté Servitech*, n° 99-43231 (nullité de toute mesure prise en considération de l'appartenance syndicale).

<sup>6</sup> Cass. soc., 27 juin 2000, n° 98-43439 : indemnisation du préjudice au moins égale aux salaires des six derniers mois (cf. art. L. 1235-3 CT).

l'employeur ou de la hiérarchie - le licenciement étant alors considéré comme une mesure de représailles. En dehors du licenciement, la loi ne dicte pas les modalités de réparation. Ce sera donc au juge d'évaluer le préjudice et les réparations adéquates. Si la réintégration n'est pas demandée par le salarié, il a alors droit, d'une part, aux indemnités de rupture, notamment à l'indemnité compensatrice de préavis, et, d'autre part, à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement au moins égale à celle prévue par l'article L.1235-3 du code du travail, c'est-à-dire à six mois de salaire quelles que soient son ancienneté et la taille de l'entreprise<sup>1</sup>.

Conformément à la jurisprudence communautaire, l'indemnisation du dommage doit en effet être intégrale et comprend donc la réparation « du préjudice matériel, du préjudice moral, de l'impact sur l'état de santé »<sup>2</sup> ainsi que du préjudice « par ricochet » lorsque la discrimination concerne l'organisation du travail et l'ensemble de la carrière de la victime, et que cela a un retentissement sur le niveau de vie de ses proches<sup>3</sup>. La réparation du préjudice comprend également les droits à la retraite, dans la mesure où la perception d'un salaire moindre entraîne une sous-évaluation de son montant. La chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que les salariés victimes de discrimination syndicale pouvaient demander à être indemnisés du préjudice salarial subi sur une période 30 ans<sup>4</sup>. Mais la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 a réduit la prescription civile de droit commun à cinq ans, délai qui ne s'enclenche qu'à compter de la révélation de la discrimination<sup>5</sup>. Néanmoins, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation et suite à un amendement du rapporteur, « *les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* » (art. L.1134-5 CT et art. 7 bis de la loi du 13 juillet 83 relative aux fonctionnaires)<sup>6</sup>. Si l'art. L. 1134-5 al. 3 CT ne fait pas référence à la notion de « réparation intégrale », la ministre de la Justice a insisté dans les débats sur la référence à la jurisprudence de la Cour de cassation qui permet « qu'un juge ordonne un reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée »<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> COLONNA J., « La rupture de la période d'essai pour un critère discriminatoire est nulle », *J.C.P. G.* 2005, II.10098 ; Cass. soc., 16 février 2005, n° 02-43.402.

<sup>2</sup> Le juge a affirmé que la réparation du préjudice devait aller jusqu'à la réparation des préjudices de santé (incidence psychologique de la discrimination, notamment du harcèlement) : C.P.H. Moulins, 27 novembre 2001 ; C.A. de Limoges 26 novembre 2002, Cass. soc., 16 novembre 2005, *Société Carcoop c/ Buisson*, *Bull.* 2005 V n° 94, p. 81.

<sup>3</sup> KERN S. (chef du pôle entreprise de la HALDE), « L'indemnisation du préjudice », in Conseil national du Barreau (CNB), *Les nouveaux pouvoirs de la HALDE et l'exercice des droits de la défense*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>4</sup> Cass. soc., 15 mars 2005, *Renault c/ Morange*, n° 02-4366.

<sup>5</sup> V. *Supra.*, p. 101.

<sup>6</sup> Art. 16 de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

<sup>7</sup> *Compte-rendu analytique officiel*, 5 juin 2008, p. 5.

Au-delà des dommages et intérêts, les juges civils peuvent réparer en nature le préjudice subi en anéantissant l'ensemble des effets de la discrimination sur la carrière du salarié. En effet, la Cour de cassation précise que la « *réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu* »<sup>1</sup>. Ainsi, la Cour d'appel de Toulouse a pu ordonner le 27 septembre 2001 le réajustement de carrière d'un salarié exerçant des fonctions prud'homales et lui a attribué le salaire correspondant au nouveau positionnement. La Cour de cassation, saisie par l'employeur, relève alors que « *la Cour d'appel a pu, en se référant à la classification des emplois prévue dans l'entreprise, décider d'un reclassement de l'intéressé, la date d'un tel reclassement étant fixée par elle dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des effets, ainsi mis à néant, de la discrimination* »<sup>2</sup>. Comme le notent Mesdames Lanquetin et Grévy, un repositionnement et un rappel de salaire sur les cinq dernières années est pertinent même quand le salarié a quitté l'entreprise pour la détermination de ses droits sociaux, tel que la pension de retraite<sup>3</sup>. La Cour a rappelé à plusieurs reprises la nécessité de rétablir les salariés discriminés dans les conditions de travail auxquels ils ont droit<sup>4</sup>. Enfin, l'auteur de discrimination s'expose de la part de son employeur public ou privé à des sanctions disciplinaires qui peuvent aller jusqu'au licenciement<sup>5</sup>.

Néanmoins, il faut relever que les effets de la nullité seront limités dans le cas d'un refus d'embauche discriminatoire : le juge ne peut ordonner l'embauche forcée qui porterait une atteinte excessive à la liberté de l'employeur de choisir ses collaborateurs<sup>6</sup>. De plus, une telle sanction porterait préjudice au salarié embauché à qui l'on viendrait ainsi retirer son emploi.

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 23 novembre 2005, *Droit ouvrier*, 2006, p. 101, note D. Petit. Cette jurisprudence a été maintes fois réaffirmée (notamment Cass. soc., 10 avril 2008, n° 06-45821).

<sup>2</sup> Cass. soc., 24 février 2004, n° 01-46499. Voir aussi Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-45368. En l'absence de normes collective pour établir le niveau qu'aurait atteint le salarié en l'absence de discrimination, le juge peut utiliser le panel référent de la comparaison qui a permis d'établir la discrimination (LANQUETIN M-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 68-70).

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>4</sup> C.A. Montpellier 25 mars 2003, *Buscail c/ IBM*, n° 0200504, Cass. soc., 23 juin 2004, n° 02-41011,; Cass. soc., 23 novembre 2005, *Toullec c/ EDF*, n° 03-40826, *Bull.* 2005, V, n° 332. Dans cette dernière affaire, la Cour d'appel avait refusé d'accorder à la victime qui le demandait son avancement, car cela relevait, selon elle, des seules prérogatives de l'employeur. La Cour de cassation a rappelé que le juge pouvait prononcer le reclassement du salarié : l'avancement sera évalué en fonction des conventions de l'employeur EDF. Mais si l'avancement avait reposé sur une négociation individuelle entre le salarié et son employeur, la cour n'aurait pu évaluer son reclassement et se serait contentée d'une réparation financière.

<sup>5</sup> Cass. soc., 2 juin 2004, *Sté Pavillon Montsouris c. X*, n° 02-45269.

<sup>6</sup> V. CC, décision n° 88-244 D.C. du 20 juillet 1988, *Rec. p.* 119. La CJUE avait indiqué dans un arrêt de 1987 que, suite au constat d'une discrimination à l'embauche, le juge pourrait exiger de l'employeur qu'il engage le candidat discriminé ou que l'on assure une indemnisation adéquate du candidat (15 octobre 1987, *Heylens*, aff. 222/86, *Rec.*, 1987, p. 4096).

Si la sanction - ou la réparation - doit être suffisamment importante pour être crédible et emporter un effet dissuasif sur les auteurs de discriminations, il n'est pas nécessaire « qu'elle soit, dans l'absolu, d'une exceptionnelle rigueur, il est indispensable, par contre, qu'elle soit adaptée à la mentalité, aux modes de vie, aux préoccupations de ceux qu'elle entend dissuader, de telle sorte qu'elle apporte dans leur existence une perturbation qu'ils ont tout intérêt à éviter »<sup>1</sup>. Selon le domaine du droit, un vaste éventail de sanctions ayant ou non un caractère punitif, axées sur le passé ou sur l'avenir, est envisageable. Les systèmes de sanctions reflètent alors différentes théories de la sanction (justice réparatrice, compensatoire, répressive et/ou préventive...) et différentes significations de la notion d'égalité (modèle de justice personnelle, modèle de justice de groupe)<sup>2</sup>. Le droit et le juge français restent ancrés dans un modèle de justice individuelle, c'est-à-dire centré sur la réparation du préjudice subi individuellement par la victime de discrimination avec des sanctions qui ont avant tout des finalités punitives et réparatrices. Mais la peine pénale est à la fois afflictive en ce qu'elle sanctionne, et infamante par le blâme qu'elle comporte à l'encontre du comportement condamné. Elle peut donc avoir une fonction préventive vis à vis du prévenu condamné mais aussi des autres pour autant qu'elle soit réellement proportionnelle et dissuasive. La gamme des sanctions pénales prévues et l'obligation civile de réparer intégralement le préjudice laisse à penser que le juge a toute latitude pour sanctionner efficacement la discrimination « raciale ». Pour autant, l'étude de la jurisprudence en ce domaine montre que les juges sont loin d'exploiter les possibilités offertes par la législation ainsi que celles issues de la jurisprudence sur la discrimination syndicale.

## **§2) Des sanctions insuffisamment dissuasives**

L'analyse des décisions collectées dans le domaine pénal nous permet d'évaluer la sévérité de la répression : la faiblesse des peines et des réparations prononcées par le juge pénal contribue à dévaloriser l'importance et la gravité attachées à l'interdiction des discriminations (A). Concernant la réparation décidée par les juridictions civiles des préjudices nés de la discrimination, il est plus difficile d'en mesurer l'évolution éventuelle car les arrêts sont peu nombreux et le montant des indemnités en lien avec la situation particulière de chaque victime (B).

---

<sup>1</sup> RIVERO J., « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 682.

<sup>2</sup> Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe. Une comparaison entre les 25 Etats membres de l'Union*, op.cit., p. 93.



A) La timidité des sanctions et réparations prononcées par le juge pénal

La sanction pénale semble constituer par essence une sanction dissuasive : « la promesse d'une punition, qu'elle qu'en soit la teneur, vise bien à assurer l'effectivité de la norme »<sup>1</sup>. Mais il ne suffit pas de fixer dans la loi des plafonds pour dissuader les contrevenants. Dès 2000, le GELD constatait que les auteurs de discrimination n'étaient condamnés qu'à de faibles amendes « qui portent la gravité du délit en dérision au niveau du système répressif et des délinquants », et affirmait que la faible intensité des sanctions venait perpétuer « une dévalorisation de l'importance attachée aux crimes contre les personnes en opposition aux crimes contre les biens »<sup>2</sup>.

L'étude des sanctions pénales réalisée à partir des décisions rassemblées ne montre pas d'évolution nette du quantum des peines en matière de discrimination « raciale ». Il est ainsi difficile de relever une tendance au durcissement des amendes : le montant des amendes semble en réalité stagner. Dans les affaires que nous avons collectées, les montants des amendes apparaissent très variables. Dans tous les cas, les juges peuvent choisir de ne pas sanctionner pécuniairement le prévenu sans toutefois prévoir de peine de prison à titre subsidiaire<sup>3</sup> ou accorder au prévenu un sursis total<sup>4</sup>. Dans le domaine des loisirs, l'amende la plus élevée - 5.000 € - concernait deux gérants de discothèque<sup>5</sup> mais une affaire plus récente, jugée en 2010, s'est conclue par une amende de 20.000 € pour le gérant de l'établissement<sup>6</sup>. En matière de logement, une amende de 6.000 € a été prononcée à l'encontre d'un propriétaire coupable de discrimination à la vente<sup>7</sup>. Enfin, dans le secteur de l'emploi, les amendes les plus élevées pour les particuliers étaient d'un montant de 30.000 F pour la salariée d'Ikea<sup>8</sup> et de 5.000 € pour la gérante d'une société<sup>1</sup>. Ces maxima sont logiquement

---

<sup>1</sup> De BECHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 61. Mais nous manquons d'outils pour savoir dans quelle mesure la répression pénale est dissuasive (*Ibid*, p. 64-65).

<sup>2</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>3</sup> La cour d'appel de Toulouse sanctionne le gérant d'une peine d'interdiction d'éligibilité et d'exercer toute fonction juridictionnelle pour trois ans à titre principal (C.A. Toulouse, 4 avril 2002, *op. cit.*) infirmant ainsi la lourde amende de 30.000 F prévue par le TGI de Toulouse (21 décembre 2000).

<sup>4</sup> TGI Paris, 20 septembre 2007, n° 0308500058, *op. cit.*

<sup>5</sup> C.A. Grenoble, 17 janvier 2008, n° 06/01237, *op. cit.*

<sup>6</sup> TGI Châlons, 10 novembre 2010, *MP c/ T. Fischesser*. V. « L'Alegra paie le prix fort pour ses discriminations raciales », *L'Union*, 11 novembre 2010.

<sup>7</sup> C.A. Grenoble, 27 octobre 2005, n° 05/03789.

<sup>8</sup> TGI Versailles, 2 janvier 2001, *Ikea*, *op. cit.*

plus élevés quand les amendes visent des personnes morales (10.000 € pour le Moulin rouge<sup>2</sup> ; 30.000 € pour Adecco, Districom et Garnier<sup>3</sup>, 20.000 € dont la moitié avec sursis pour la société Cégétel-SFR<sup>4</sup>). Il faut aussi relever la condamnation de la société Daytona à 20.000 € d’amende par la Cour d’appel de Versailles pour fichage informatique de données relatives à l’origine « raciale » et « ethnique » (art. 226-19 al. 1 et 226-23 CP). En première instance, elle n’avait reçu qu’une amende de 20.000 € dont 15.000 € avec sursis<sup>5</sup>.

Parmi les condamnations définitives recensées, la CNCDH relevait que le quantum moyen des amendes s’élevait à 1100 € en 2005<sup>6</sup> pour les discriminations « raciales » dans la fourniture des biens et service. Dans le domaine de l’emploi, la discrimination à l’embauche était en moyenne sanctionnée de 1500 € d’amende et 1200 € pour l’offre d’emploi discriminatoire<sup>7</sup>. Le niveau des sanctions pécuniaires reste donc à un niveau peu dissuasif au regard des revenus de certains prévenus. Mais les peines semblent moins faibles pour la discrimination « raciale » qu’en matière de discrimination syndicale<sup>8</sup>. Néanmoins, à côté des amendes, des peines de prison avec sursis peuvent être prononcées notamment pour les cas de subordination discriminatoire d’une offre de location de logement ou d’embauche. Enfin, les sanctions dont disposent le juge ne sont pas alternatives, les amendes se cumulant parfois avec des peines de prison avec sursis<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> TGI Montbéliard, 7 février 2003, *Biophase*, *op. cit.*

<sup>2</sup> TGI Paris, 22 novembre 2002, C.A. Paris, 17 octobre 2003, *Moulin rouge*, *op. cit.*

<sup>3</sup> C.A. Paris, 6 juillet 2007, n° 06/07900, *op. cit.* ; C.A. Paris, 28 juin 2011.

<sup>4</sup> TGI Nanterre, 16 février 2009, n° 0804445010, *op. cit.*

<sup>5</sup> TGI Nanterre, 27 octobre 2008 ; C.A. Versailles, 17 juin 2008, n° 05/03751, *op. cit.* L’appel était à l’initiative du parquet qui avait estimé que les peines prononcées en première instance étaient beaucoup trop légères eu égard aux faits reprochés et à ces réquisitions (entre 80.000 et 100.000 € d’amende). *In* Dépêche AFP, « Procès discrimination : appel du parquet », 31 octobre 2008.

<sup>6</sup> CNCDH, *Rapport d’activité 2006*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>7</sup> CNCDH, *Rapport d’activité 2005*, *op. cit.*, p. 59-60.

<sup>8</sup> LANQUETIN M-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>9</sup> Pour des faits de discrimination « raciale » dans l’accès aux loisirs (principalement boîtes de nuit) : TGI de Dôle, 21 mars 2000, n° 212/2000 (1 mois avec sursis et 10.000 F d’amende), TGI Strasbourg, 21 novembre 2001, n° 01/4098 (3 mois avec sursis), TGI Cambrai, 15 juin 2004, n° 650/04 (1 mois avec sursis).

Pour des faits de discrimination au logement : TGI Grenoble, 16 novembre 1993, n° 4649 (2 mois avec sursis et 5.000 F d’amende mais infirmé en appel) ; TGI Compiègne, 1<sup>er</sup> février 2001, n° 108/2000 (3 mois de prison avec sursis et 20.000 F d’amende) ; TGI Grenoble, 14 septembre 2004, n° 3122/MP32AM (4 mois de prison avec sursis) ; TGI Toulouse, 3 août 2005, n° 927/05 (8 mois de prison avec sursis) ; C.A. Grenoble, 27 octobre 2005, n° 04/01355 (6 mois de prison avec sursis et 6.000 € d’amende) ; TGI Béziers, 14 avril 2006, n° 963-06 (15 jours avec sursis pour la salariée) ; C.A. Paris, 6 juin 2006, n° 06/01411 (1 mois de prison avec sursis).

Pour des faits de discrimination « raciale » à l’embauche : TGI Evreux, 18 janvier 1994, n° 1908/93 (6 mois de prison avec sursis) ; TGI Vannes, 29 juin 2000, Mme L., n° 1250/2000 (1 mois de prison avec sursis et 3.000 F d’amende avec sursis) ; TGI Montbéliard, 7 février 2003 (6 mois de prison avec sursis pour les deux auteurs et pour chacune 5.000 € et 1.500 € d’amende), TGI Paris, 19 décembre 2003, n° 0306208588 (1 mois de prison avec sursis) ; TGI Paris, 9 novembre 2006, *Omar Loubiri, Samir El Azzabi c/ Alain Bideault*, n° 0536008170.

Enfin, les peines complémentaires telles que l'obligation de publicité et/ou d'affichage de la décision sont moins rares<sup>1</sup>. Si l'on relève une tendance à l'addition de sanctions complémentaires aux peines principales d'amende et/ou de prison avec sursis, ces peines sont néanmoins peu requises par les parquets. En 2003, l'ancien directeur du GELD relevait que « le recours aux peines complémentaires de déchéance des droits civiques ou de fermeture d'établissement par exemple est inexistant. (...) ; enfin, seules quelques condamnations récentes ont fait l'objet de publication dans la presse locale »<sup>2</sup>. En effet, à l'exception des obligations de publication des décisions dans la presse qui se multiplient - mais qui devraient être systématisées car la médiatisation apparaît souvent comme l'arme la plus efficace et la plus redoutée, les autres types de peine complémentaire sont peu mobilisés. Ainsi, à notre connaissance, le nouveau stage de citoyenneté à visée préventive n'a jamais été prononcé à titre complémentaire<sup>3</sup>. De même, dans les très rares cas où le ministère public réclame la fermeture de l'établissement et l'interdiction des droits civiques pour la gérante, il n'est pas suivi par les juges<sup>4</sup>. Il est à noter que le préfet peut aussi ordonner la fermeture des établissements dont l'ouverture est soumise à son autorisation. Pourtant, cette possibilité offerte à l'autorité administrative est elle aussi très rarement mise en œuvre<sup>5</sup>.

Le juge dispose aussi de la possibilité de prononcer une peine de privation des droits civiques et une peine d'inéligibilité (art. 131-26 CP). Cette sanction est d'une gravité certaine pour un élu. Elle a été quelques fois appliquée dans des affaires concernant des maires s'étant rendus coupables de discrimination dans le cadre de leurs fonctions. Ainsi, Gérard Dezempte, maire UMP de Charvieu-Chavagneux (Isère), a, en sus de l'obligation de publication et du versement des dommages et intérêts, été condamné à 3 ans d'inéligibilité le 29 novembre pour « *discrimination dans l'offre ou la fourniture d'un bien ou d'un service à raison de l'origine, de l'ethnie ou de la nationalité* » en tant que « *personne dépositaire de l'autorité publique* »

---

<sup>1</sup> Sur la cinquantaine de décisions pénales que nous avons rassemblées, l'obligation de publicité dans des quotidiens et des journaux spécialisés a été prononcée dans 13 affaires.

<sup>2</sup> VALENTIN-MARIE C., « Enjeux actuels de la lutte contre les discriminations en France », *op. cit.*, p. 131.

<sup>3</sup> Le substitut du procureur avait ainsi requis contre la gérante poursuivie pour discrimination « raciale » à l'embauche une peine d'amende avec sursis et l'obligation de suivre un stage de citoyenneté (« La gérante d'un salon de coiffure de Loire-Atlantique poursuivie pour discrimination à l'embauche », AP., 21 juin 2006). En définitive, le jugement de condamnation ne comportait pas cette obligation (TGI Nantes, 11 juillet 2006, n° 2006056).

<sup>4</sup> « Une gérante immobilière accusée de discrimination », AP, 3 août 2005 ; TGI Toulouse 3 août 2005, n° 927/05.

<sup>5</sup> Mis en cause lors d'un testing en mars 2000, l'établissement « L'Aquarium » de Reims était de nouveau épinglé pour discrimination « raciale » en juillet 2000. Sans attendre la décision de justice, la préfecture de Reims décida de sévir suite à de nombreux signalements en refusant pendant deux mois de renouveler à l'établissement son autorisation exceptionnelle d'ouvrir la nuit, pour cause de troubles à l'ordre public (« Aquarium : la boîte de nuit fermera la nuit », *Libération*, 1<sup>er</sup> août 2000).

(art. 432-7 1° CP) pour avoir détourné son droit de préemption afin d'éviter qu'un couple d'acheteurs français d'origine algérienne et marocaine puisse acquérir une maison sur la commune. Les juges ont considéré qu'il s'agissait là « *de faits graves, troublant l'ordre républicain* » qui méritaient d'être sanctionnés. Ils ont également prononcé « *les peines complémentaires correspondant à la responsabilité particulière d'un représentant de la nation* ». La Cour d'appel de Grenoble a maintenu dans son arrêt de 2006 la peine d'inéligibilité de trois ans, ce qui empêchera le maire de se présenter aux élections municipales de 2008<sup>1</sup>. Cependant, la Cour de cassation a cassé cet arrêt estimant que l'art. 432-7 CP ne pouvait s'appliquer. La Cour d'appel de Grenoble a tenté de résister à cette interprétation en prononçant, pour des faits similaires et sur le fondement de l'art. 432-7 CP, une peine d'interdiction des droits civiques, civils et de la famille pendant cinq ans contre le maire de Pont-de-Cheruy, M. Tuduri<sup>2</sup>. Cependant, la Cour de cassation a récemment réitéré ses positions et cassé cette décision<sup>3</sup>. De même, en sus des peines de prison avec sursis et d'amende, la maire de Vitrolles, Catherine Mégret, s'était vue sanctionnée en 2001 d'une peine d'inéligibilité de deux ans pour avoir subordonné l'octroi de prime de naissance aux familles dont au moins l'un des deux parents était français ou issu de l'U.E. La publicité du jugement par voie de presse avait également été prévue<sup>4</sup>. En avril 2002, un gérant de discothèque a lui aussi été frappé de la même sanction, limitant les ambitions électives de ce notable, mais cette peine s'est alors substituée et non ajoutée à la peine d'amende de 30.000 F prononcée en première instance<sup>5</sup>.

Au-delà de la faiblesse du quantum moyen des amendes et du recours irrégulier aux peines accessoires, le caractère peu dissuasif de l'intervention du juge se mesure à l'aune de l'adéquation des sanctions qu'il prononce par rapport à la gravité de la discrimination relevée (discrimination ponctuelle, systématisée, historique...) et à la situation économique de l'auteur. Certes, la subordination d'une offre d'emploi ou de logement emporte logiquement

---

<sup>1</sup> TGI Vienne, 29 novembre 2005, n° 00009223, C.A. Grenoble 8 novembre 2006, n° 06/00053. Le maire de Charvieu-Chavagneu, condamné pour discrimination « raciale » par titulaire de l'autorité publique a reçu pour obligation de financer la publication des extraits du jugement de condamnation au Journal officiel et au Dauphine Libéré. Voir « Un maire UMP de l'Isère condamné à trois ans d'inéligibilité pour discrimination raciale », *Le Monde*, 1<sup>er</sup> décembre 2005.

<sup>2</sup> C.A. Grenoble, 16 juin 2010, n°09/01625.

<sup>3</sup> Cass. crim., 21 juin 2011, n°10-85641, *op. cit.* V. supra., p. 56.

<sup>4</sup> C.A. Aix-en-Provence, 18 juin 2001, n° 914M2001. Le premier adjoint et la maire, Catherine Mégret, de Vitrolles ont été condamnés à 3 mois de prison avec sursis et 10.000 F d'amende.

<sup>5</sup> C.A. Toulouse, 4 avril 2002, n° 01/00133, *op. cit.*

des sanctions et des indemnités plus importantes<sup>1</sup> que des discriminations ponctuelles à l'embauche<sup>2</sup> ou à la location d'appartement<sup>3</sup> mais cette cohérence n'est pas toujours évidente. De même, par rapport à ces dernières, les discriminations à la vente d'un logement qui causent un préjudice plus grand semblent mieux indemnisées<sup>4</sup>. Mais il ne semble pas que le montant des amendes varie véritablement en fonction du statut et des capacités financières du prévenu<sup>5</sup> alors que l'on sait que « l'amende ne sera dissuasive que si son montant est adapté aux ressources du délinquant potentiel »<sup>6</sup>.

De même, le juge pénal ne semble pas statuer sur le montant des indemnités versées aux parties civiles en fonction d'une évaluation concrète des préjudices<sup>7</sup>. Les sanctions de

---

<sup>1</sup> Exemples de jugements relatifs à la subordination discriminatoire d'une offre d'emploi : TGI Saint-Nazaire, 11 mai 1999, *Thobie* ; TGI Châteauroux, 14 juin 2000, *MRAP et Mme Guenifi c/ Mme Roux* ; TGI Toulouse, 14 mars 2000 ; TGI Vannes, 29 juin 2000 ; TGI Versailles 2 janvier 2001 *Ikéa* ; TGI Paris, 14 novembre 2002, *Hôtel La Villa...*

<sup>2</sup> C.A. Rennes, 31 mai 2007, *op. cit.* : la sanction très légère (500 € d'amende avec sursis et seulement 100 € de dommages et intérêts pour la victime) laisse penser qu'il a été tenu compte du fait que les gérantes du salon de coiffure ne pratiquaient pas une discrimination systématique car il y avait d'autres salariés d'origine étrangère. Une discrimination dans l'accès à un stage semble recevoir la même sanction qu'une discrimination à l'embauche (employeur condamné à 3 mois de prison avec sursis, 1000 € d'amende et 800 € de dommages et intérêts pour chaque partie civile pour discrimination « raciale » dans l'accès à un stage au sein de l'entreprise : TGI Lyon, 6 juin 2003 *SOS Racisme c/ Joseph X*).

<sup>3</sup> Dans une affaire particulièrement grave, on peut relever la condamnation pour discrimination au logement et pour violation du domicile des propriétaires à 3 mois de prison avec sursis et 20.000 F d'amende. La perte de loyers, le préjudice matériel et le préjudice moral ont été évalués pour un total de 22.680 F d'indemnités (+5.000 F au titre de l'art. 475-1 CPP) à verser aux époux victimes. Les trois associations parties civiles ont reçu chacune 20.000 F de dommages et intérêts (+2.000 F /art. 475-1 CPP). Enfin, le jugement prévoit la mention de la condamnation au casier judiciaire des prévenus (TGI Compiègne, 1<sup>er</sup> février 2001, n° 108/2000EC).

<sup>4</sup> TGI Grenoble, 14 septembre 2004, n° 3/22/MP32AM (condamnation des propriétaires à 4 mois de prison avec sursis et 2.500 € d'amende, obligation de signer le compromis de vente –qu'ils avaient dénoncé – déclaré valable par un jugement civil en mars 2004 sous menace d'astreinte de 3.000 € par mois, indemnités des parties civiles fixées à 1.500 € pour le mari et 500 € pour sa femme pour le préjudice moral, 10.000 € aux époux pour le préjudice financier et 300 € au titre de l'art.475-1 CPP ; 750 € pour SOS Racisme et le MRAP ainsi que 300 € au titre de l'art. 475-1 CPP), C.A. Grenoble, 1<sup>ère</sup> ch. corr., 27 octobre 2005 (la cour a élevé la peine à 6 mois de prison avec sursis et y a ajouté une amende de 6.000 €, allant ainsi au-delà des réquisitions du ministère public. En outre, elle a condamné la propriétaire à verser 12.000 € de dommages et intérêts au couple d'acheteur et 1.050 € à chacune des associations parties civiles, SOS Racisme et le MRAP).

<sup>5</sup> TGI Evreux, 18 janvier 1994, *Gomis c/ Bideault*, n° 1908/93. Ce jugement relativement ancien fait état de sanctions assez lourdes : 6 mois de d'emprisonnement ferme et 10.000 F de dommages et intérêts à verser à la victime (+ 5.000 F /art 475-1 CPP). S'il ne s'agissait « que » d'une discrimination à l'embauche ponctuelle, le prévenu ne fournissait pas selon la cour, des informations sur ses revenus permettant d'évaluer le montant de l'amende et surtout, il avait été déjà condamné à trois reprises. C'est pourquoi, il est difficile de comparer cette jurisprudence aux autres. Mais le statut employé/dirigeant/dépositaire de l'autorité publique ne semble pas toujours pris en considération. Voir pour un exemple frappant, TGI Avesnes-sur-Helpe, 12 février 2003 ; C.A. Douai, 6<sup>ème</sup> ch., 14 avril 2004, Cass. crim., 3 mars 2005, n° 04-83556 (rejet) : le maire d'Hautmont (Nord), Joël Wilmotte, a été condamné pour discrimination « raciale » et religieuse suite aux plaintes de couples qui s'étaient vus refuser la possibilité de célébrer leur mariage en mairie le samedi (ce jour étant réservé aux « mariages chrétiens » par le maire). Alors que le TGI d'Avesnes-sur-Helpe l'avait condamné à 8 mois de prison avec sursis et à une amende de 1.500 €<sup>5</sup>, la Cour d'appel de Douai a supprimé la peine de prison et réduit l'amende à 500 €.

<sup>6</sup> RIVERO J., « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *op. cit.*, p. 683.

<sup>7</sup> C.A. Paris, 5 octobre 2005, *op. cit.* : On peut aussi s'étonner de la faiblesse des indemnités que la salariée et l'agence, responsables civilement, ont été tenues de verser aux parties civiles au regard des capacités financières de l'agence et de la discrimination systématique mise à jour : la victime se vit attribuer, comme demandé, 1€ de

politiques discriminatoires, organisées et durables restent, eu égard à la gravité du délit constaté et aux capacités financières des responsables, peu dissuasives. Ainsi, la gérante d'une agence immobilière toulousaine, dont il avait été démontré qu'elle tenait compte systématiquement des consignes discriminatoires de ses clients et ce, sur une période de plus de trois ans, a été condamnée à 8 mois de prison avec sursis et à verser 10.000 € de dommages et intérêts à SOS Racisme, partie civile<sup>1</sup>. De même, le tribunal correctionnel de Béziers a condamné le 14 avril 2006 l'office du tourisme du Cap d'Agde pour complicité de discrimination « raciale » dans l'accès aux locations saisonnières dans la station balnéaire de 1995 à 2003, année où la plainte de SOS Racisme fut déposée. Ce jugement avait établi les sanctions les plus importantes jamais prononcées jusque-là dans un dossier pénal de discrimination raciale : 20.000 € d'amende à l'encontre de l'office comme personne morale et une peine de 15 jours de prison avec sursis pour la directrice du service des réservations. Au titre de l'action civile, SOS Racisme s'était vu allouer 1.500 € de dommages et intérêts et 5.000 € au titre du remboursement des frais de procédure<sup>2</sup>. Cette condamnation inédite s'explique par l'ampleur du système discriminatoire orchestré par l'établissement public, mais la Cour d'appel n'a finalement pas retenu la responsabilité pénale de l'office du tourisme<sup>3</sup>.

Dans le domaine de l'embauche, le dévoilement de pratiques discriminatoires systématique ou de grande ampleur ont permis d'aboutir aux sanctions les plus sévères mais cette rigueur est toute relative notamment au vu du nombre de victimes concernées<sup>4</sup>. La Cour d'appel de Besançon a ainsi confirmé le jugement de première instance ayant condamné pour discrimination à l'embauche sur une période de deux ans (1998-2000) la gérante et la directrice de la société Biophase, entreprise spécialisée dans la vente à domicile, à 6 mois d'emprisonnement avec sursis ainsi qu'à respectivement 5.000 € et 1.500 € d'amende<sup>5</sup>. Dans les affaires *Moulin rouge* et *Adecco/Garnier*, les jugements concernant les personnes morales restent eux aussi bien indulgents au regard de l'envergure financière de telles entreprises et

---

dommages et intérêt, mais SOS Racisme, qui logiquement réclamaient des indemnités plus lourdes (10.000 € demandés), reçut seulement 1.000 € ( et 600 € chacune au titre de l'art. 475-1 CPP contre 1.500 € demandés).

<sup>1</sup> TGI Toulouse, 3 août 2005, n°921/05. Le procureur avait aussi requis une peine de 4 mois de fermeture de l'agence, mais les juges ne l'ont pas suivi sur ce point.

<sup>2</sup> TGI Béziers, 14 avril 2006, *op. cit.*

<sup>3</sup> C.A. Montpellier, 12 décembre 2006, *op. cit.* Voir aussi les condamnations concernant les gérants d'agences Mil'Im qui avaient mis en place une codification « raciale » pour mieux respecter les consignes discriminatoires des propriétaires-clients (TGI Vienne, 9 janvier 2007, *MP C/M. Blondelet*, n° 3/2007 ; appel en cours).

<sup>4</sup> TGI Paris, 20 septembre 2007, n° 0308500058 : 8.000 € d'amende avec sursis pour la gérante condamnée pour complicité du délit de discrimination, 1.000 € de dommages et intérêts pour SOS Racisme, 1€ pour la LDH et un total de 3000 € au titre de l'art 475-1 CPP (discrimination systématique prouvée).

<sup>5</sup> TGI Montbéliard, 7 février 2003 ; C.A. Besançon, 4 septembre 2003, n° 03/00332. Les parties civiles devaient se voir verser chacune 1.500 € de dommages et intérêts et 600 € au titre de l'art. 475-1 CPP. A noter que le procureur avait requis devant le TGI de Montbéliard une peine de 1 an de prison ferme pour la propriétaire de l'entreprise et 1 an d'emprisonnement avec sursis pour sa sœur gérante.

des discriminations en cause<sup>1</sup> : 10.000 € d'amende, 4.500 € de dommages et intérêts pour la victime, 2.300 € pour SOS Racisme dans la première affaire et dans la seconde, 30.000 € d'amende, 30.000 € de dommages et intérêts pour SOS Racisme. Finalement, c'est sans doute la médiatisation des deux affaires assurée par l'association<sup>2</sup> qui, à côté de la publication des condamnations imposée par le juge, a constitué la sanction la plus efficace à l'encontre de ces sociétés.

Les montants accordés pour dédommager la partie civile des frais auxquels elle s'est exposée du fait de la procédure (art. 475-1 CPP) tendent à augmenter pour tenir compte du coût engendré par les investigations et de longues procédures judiciaires<sup>3</sup>. Mais, en définitive, les sanctions prononcées par le juge pénal ne semblent pas « proportionnées et dissuasives » au sens de la Directive communautaire et pourraient décourager les actions des victimes. La faiblesse des sanctions pénales observées « perpétue la moindre considération portée [...] aux atteintes sur la personne par opposition à celle portée sur les biens » alors que « la fonction exemplaire du procès pénal n'est pas séparable de l'intensité avec laquelle le juge poursuit et condamne »<sup>4</sup>. Quand le ministre de la Justice, s'adressant aux procureurs généraux et magistrats, affirmait en 2006 qu'il fallait « que chacun sache qu'une discrimination à l'embauche est punie d'une peine allant jusqu'à 3 ans de prison et de 45.000 € d'amende et que le procureur s'appliquera à requérir la peine correspondant à la réalité de l'infraction »<sup>5</sup>, il demande que le montant des peines soit en adéquation avec la gravité du comportement en cause et « la politique active de lutte contre les discriminations que l'on dit vouloir mener »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Discrimination systématique et historique au Moulin rouge pour le recrutement des commis de salle (TGI Paris, 22 novembre 2002 et C.A. Paris, 17 octobre 2003, *op. cit.*) et recrutement massif d'hôtesses subordonné au critère « BBR » pour Addeco, sa filiale Districom et Garnier (C.A. Paris, 6 juillet 2007, *op. cit.*).

<sup>2</sup> Selon G. Calvès, la réticence de certains juges à accueillir le testing comme moyen de preuve « tient au fait que l'Association SOS Racisme, principal opérateur de ces tests, a longtemps voulu maintenir un double positionnement, à la fois médiatique et judiciaire ». In « Au service de la connaissance et du droit : le testing », *Horizons stratégiques* n° 5, p. 13.

<sup>3</sup> Pour exemple, v. C.A. Paris, 6 mai 2008, n° 07/05704 (3.000 € pour SOS Racisme) ; TGI Nanterre, 16 février 2009, n° 0804445010 (5.000 € pour SOS Racisme). Chacune de ces condamnations a été obtenue au prix de batailles judiciaires intenses qui ont duré de longues années.

<sup>4</sup> LANQUETIN M-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en oeuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 72.

<sup>5</sup> Discours de Pascal Clément, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Réunion des procureurs généraux et des magistrats référents « Racisme et antisémitisme », 17 mars 2006. Il faut aussi noter que l'évaluation de la sanction dépend sans doute aussi de la capacité des parties civiles à mieux démontrer l'ampleur des préjudices subis et la nécessité de plus lourdes indemnités.

<sup>6</sup> FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 52.

## B) La faiblesse des réparations accordées par le juge civil

Le juge civil est compétent pour réparer les préjudices nés d'une discrimination « raciale ». Mais en dehors des recours relatifs au déroulement de carrière devant les juridictions sociales, le juge civil n'est quasiment jamais saisi<sup>1</sup>. Au-delà de la réparation indemnitaire du préjudice, on constate ces dernières années que les juges hésitent moins à annuler les actes illicites ou à prononcer des obligations de faire avec exécution forcée pour effacer l'atteinte portée non seulement aux droits patrimoniaux mais aussi aux droits de la personne. Parmi les décisions prud'homales collectées par Mme Lanquetin et Grévy à Paris et à Lyon, deux tiers prévoient le versement de dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi par le salarié lésé, tandis qu'une mesure de rétablissement de légalité est prononcée dans à peine 10% des dossiers. En pratique, les demandes du salarié à être rétabli dans ses droits sont souvent ignorées notamment parce qu'elles sont fortement contestées par les employeurs et parce que les juridictions invoquent à tort leur absence de pouvoir en la matière. Les demandes de remises en état aboutissent environ une fois sur deux, surtout pour des affaires de licenciement fondé sur le sexe ou sur l'état de santé<sup>2</sup>. Comme nous l'avons vu, le juge civil est amené à jouer un rôle actif dans les affaires de discrimination syndicale et garantit « une certaine efficacité et effectivité »<sup>3</sup> du régime juridique de la discrimination syndicale. En ce qui concerne les modalités d'évaluation du préjudice subi et des indemnités à verser, les décisions de justice sont peu explicites. De plus, le montant octroyé est quasiment toujours inférieur au montant demandé même si face à des discriminations syndicales étalées dans le temps et touchant à la carrière des salariés, il n'est pas rare que les indemnisations soient conséquentes. Ainsi, Michelin était condamné à verser 185.000 € de dommages et intérêts à trois anciens délégués CGT de son usine qui n'avaient connu quasiment aucune évolution de carrière pendant 30 ans<sup>4</sup> et Nestlé a dû verser 608.000 € de dommages et intérêts à un ingénieur syndicaliste qui avait vu sa carrière bloquée depuis 1973<sup>5</sup>. Enfin, dans une affaire

---

<sup>1</sup> Voir néanmoins T.I. Melun, 4 janvier 2005, *Immobilière familiale c/ Remadi*, n°11-03-001203 (pour résiliation de bail et expulsion abusive, le bailleur a été condamné à verser à la famille 2.500 € de dommages et intérêts dont 1.500 € pour préjudice moral) ; T.I. Montpellier, 3 avril 2008, n° 11-07-001540 (pour discrimination à la location d'un logement, la victime s'est vue attribuer 1.500 € de dommages et intérêts, la publication de la condamnation qui était demandée n'a pas été obtenue).

<sup>2</sup> In « Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 46.

<sup>3</sup> *Ibid*, p. 52.

<sup>4</sup> C.A. Rennes 2 juin 2006, *R. Cerisier et al. c/ Michelin*.

<sup>5</sup> Cass. crim., 13 janvier 2009, n° 07-42864. Le montant résulte de la méthode de calcul de François Clerc qui évalue l'écart entre la position de rémunération de la victime et celle qui aurait dû résulter d'une évolution moyenne de carrière dans l'entreprise.



très récente, la BNP a été condamnée à verser 351.000 € de dommages et intérêts à une ancienne salariée dont la carrière avait été ralentie (discrimination fondée sur le sexe, la grossesse et la situation de famille)<sup>1</sup>.

Dans les quelques cas de discriminations « raciales » relatifs au déroulement de carrière traités par les juridictions prud'homales, les indemnités octroyées sont parfois élevées étant donné la longue période de discrimination endurée. Dans une affaire où l'employeur était condamné pour une discrimination fondée sur le sexe et l'appartenance à une « race », le Conseil des prud'hommes de Paris avait condamné le 7 septembre 2000 la RATP à verser à la plaignante la somme de 100.000 F de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi<sup>2</sup>. Il avait en outre ordonné à la RATP de rétablir en priorité le bénéfice des stages en congé formation au profit de la plaignante mais avait débouté cette dernière de sa demande de fixation d'un nouveau salaire de base. En appel, la Cour a pris en compte le préjudice de carrière mais aussi l'état de santé dégradé de la plaignante du fait des comportements subis et a condamné l'employeur à verser 12.000 € de dommages et intérêts pour réparation des préjudices moral et financier. Mais elle a estimé qu'elle ne pouvait se substituer à l'employeur et faire droit à la demande d'avancement de la plaignante<sup>3</sup>. Cet arrêt illustre la méconnaissance réelle de leurs pouvoirs par certains magistrats et leur volonté de ne pas heurter trop directement le pouvoir de direction de l'employeur. Dans l'affaire *Bosch*, les dommages et intérêts versés, compris entre 5.500 € et 10.000 € pour les sept salariés reconnus comme victimes de discrimination, sont faibles. Trois d'entre eux qui étaient toujours dans l'entreprise ont bénéficié d'un repositionnement de carrière<sup>4</sup>. Dans l'affaire mettant en cause la société des Wagons-lits, la victime a reçu 6.000 € au titre de la discrimination pour la période antérieure à 2001 et 50.000 € de rappels de salaires pour la période 2001-2009<sup>5</sup>. Enfin, Renault, mis en cause pour discrimination « raciale » dans la carrière, était condamné à payer à la victime des indemnités de 199.920 € au titre du préjudice financier, qui ont été

---

<sup>1</sup> C.A. Paris, pôle 6 ch. 6, 5 mai 2010, *BNP Paribas*, n° S08/08694-AC.

<sup>2</sup> Les composantes essentielles du dommage causé par la discrimination, sont au titre des dommages patrimoniaux, la perte d'actifs matériels, le manque à gagner et, le cas échéant, le dommage résultant du retard dans l'exécution de l'obligation concernée, et au titre des dommages extrapatrimoniaux, le dommage moral et, éventuellement le dommage corporel lié à la dégradation de la santé.

<sup>3</sup> C.A. de Paris, 29 janvier 2002, *A. Akuesson c/ RATP*, *op. cit.*, *Droit ouvrier*, juin 2002, p. 326.

<sup>4</sup> « L'équipementier Bosch est condamné pour discrimination », *Le Monde*, 22 juin 2008

<sup>5</sup> C.P.H. Lyon, 9 mars 2010, n° F06/03979, *op. cit.* (SOS Racisme Rhône a perçu 1.000 € de dommages et intérêts et 1.200 € au titre de l'art. 700 CPC).

majorés de 25% pour prendre en compte les conséquences en matière de retraite et le préjudice moral subi tout au long de sa carrière<sup>1</sup>.

On peut aussi relever que pour une affaire de licenciement discriminatoire, déclaré sans cause réelle et sérieuse, la victime s'est notamment vu allouer 12.000 € d'indemnités ainsi que 3.901,02€ au titre « *de la discrimination raciale* »<sup>2</sup>. De même, pour une discrimination « raciale » dans le cadre d'un contrat de qualification en entreprise, il a notamment été attribué à la victime 5.000 € de dommages et intérêts au titre de la discrimination « raciale »<sup>3</sup>. Enfin, une condamnation pour discrimination à l'embauche a été relevée. En l'espèce, la somme allouée au titre des dommages et intérêts, 10.000 €, dépasse très largement les sanctions pénales observées, mais des relations professionnelles préexistaient entre l'employeur et le requérant : la victime avait été intérimaire pendant de longs mois chez Airbus et s'était vue refuser un contrat en CDI<sup>4</sup>.

Les sanctions pécuniaires issues de la judiciarisation des discriminations semblent d'autant moins répondre aux exigences de la législation communautaire qu'elles restent bien inférieures aux sanctions dissuasives observées dans les pays anglo-saxons particulièrement actifs dans la lutte contre les discriminations « raciales ». En Angleterre, les salariés victimes de discriminations « raciales » peuvent se voir allouer par les Tribunaux pour l'emploi - équivalents de nos conseils prud'homaux - des indemnités qui peuvent atteindre des centaines de milliers de livres. Le quantum moyen des indemnités allouées en 2004 dans ce domaine était de 13.720 £ (soit environ 20.373€), ce qui constitue les plus fortes indemnités réparatrices d'Europe<sup>5</sup>.

Aux États-Unis, les juges, à l'instar des juridictions sociales françaises, peuvent réparer en nature le préjudice subi<sup>6</sup> et des directives, les *Federal Sentencing Guidelines*, ont

---

<sup>1</sup> Soit un total d'indemnités de 249.000 € (et 5.000 € au titre de l'art. 700 CPC). Le MRAP et la fédération CGT ainsi que l'union générale CGT se sont vus attribuer 3.000 € pour le préjudice causé à l'intérêt collectif qu'elles défendent (C.A. Versailles, 16 avril 2010, n° 09/01590, *op. cit.*).

<sup>2</sup> C.A. Versailles, 2 décembre 2009, n° 08/02019, *op. cit.*

<sup>3</sup> C.A. Montpellier, 21 mai 2008, n° 07/08041, *op. cit.*

<sup>4</sup> C.A. Toulouse, 19 février 2010, n° 08/08630, *op. cit.* La fédération métallurgie CGT et le syndicat CGT d'Airbus ont chacun reçu 3.000 € de dommages et intérêts et 1.000 € au titre de l'art. 700 CPC. Les dommages et intérêts sont ainsi plus élevés que dans l'affaire *Bosch* qui concernait des discriminations dans la carrière.

<sup>5</sup> Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe. Une comparaison entre les 25 Etats membres de l'Union*, *op. cit.*, p. 95

<sup>6</sup> C.S., *Albermarle Paper Company v. Moody*, 422 US 405 [1975] : une entreprise coupable de discrimination pouvait se voir contrainte de verser rétroactivement aux victimes l'intégralité du salaire que celles-ci auraient dû percevoir en l'absence de cette discrimination.

été élaborés pour fournir aux cours fédérales des critères pour évaluer les amendes destinées aux personnes morales afin de respecter le principe de proportionnalité en prenant la sanction pécuniaire adéquate au regard de la gravité du délit et des capacités financières de l'entité. Le droit se voit donc reconnaître une « fonction réformatrice »<sup>1</sup> et la sanction a une double dimension publique et privée, réparatrice et préventive<sup>2</sup> : les entreprises peuvent être condamnées à payer des dommages et intérêts punitifs<sup>3</sup> qui vont bien au-delà de la réparation intégrale du préjudice prévue en droit français. Les sanctions pécuniaires sont donc beaucoup plus élevées et nettement plus dissuasives, d'autant qu'elles peuvent se combiner à des recours en *class-action*<sup>4</sup> et à la possibilité pour les juges d'ordonner à un employeur l'adoption de certaines politiques comme une formation à la diversité<sup>5</sup>. Une étude du Département américain de la justice sur des verdicts pour les litiges basés sur le Titre VII (qui ne concerne pas les pouvoirs publics) montre que les indemnités moyennes allouées sont de 250.000\$<sup>6</sup>. Les entreprises souhaitant éviter ces sanctions judiciaires très lourdes et fortement médiatisées choisissent donc de transiger. Ainsi, la filiale américaine du groupe français Sodhexo a choisi en 2005 de verser près de 80 millions de dollars à quelques 3.000 salariés

---

C.S., *Francks v. Bowman Transportation CO*, 424 US 747 (1976) : La Cour suprême a avalisé la pratique consistant à rétrocéder à un salarié ayant été personnellement victime d'une discrimination à l'embauche juridiquement constatée le capital d'ancienneté qui aurait été le sien en l'absence de la discrimination mise en cause.

<sup>1</sup> CALVES G, « La société sous l'emprise du droit. France-États-Unis : deux cultures juridiques », *Cahiers français*, n°288, 1998, p. 31.

<sup>2</sup> PALIERO C. E., « Les codes éthiques et la responsabilité pénale des personnes morales : aperçu de droit comparé », in M. Bordhi, P. Meyer-Bish (ed.), *Ethique économique et droits de l'homme. La Responsabilité commune*, Actes du X<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Université de Fribourg, 9-11 janvier 1997, Editions universitaires de Fribourg, 1998, p. 282.

<sup>3</sup> En Europe, seules les législations de Chypre, d'Irlande et du Royaume-Uni prévoient des dommages et intérêts punitifs dans le contexte de la mise en œuvre des directives relatives à l'égalité. V. C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », *LPA*, 20 novembre 2002, n° 232, pp. 8-17.

<sup>4</sup> La « *Class action suit* » constitue une technique de jonction de causes connexes qui permet d'étendre l'autorité de la chose jugée à l'ensemble des personnes qui se trouvent dans un même rapport de droit avec l'adversaire. Pour faire l'objet d'un jugement, l'étape préalable de certification doit être remplie : le juge saisi vérifie que les membres du groupe présentent bien des caractéristiques communes requises par la procédure. Lorsqu'une telle certification est accordée, le jugement aura autorité de la chose jugée pour l'ensemble des membres de la classe dont les frontières ont été définies au moment de la certification. V. DE SCHUTTER O., *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel des ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, 1999, pp. 907-942.

Dans un arrêt très récent relatif à la plus grande action de groupe jamais lancée aux États-Unis qui concernait des discriminations au travail pour les femmes, la Cour suprême est venue durcir les conditions de certification. Pour démontrer l'existence de questions de droit et de fait communes et donc l'existence de la discrimination systématique alléguée, la Cour exige que les requérantes démontrent que l'employeur utilise des procédures ou méthodes d'évaluation biaisées pour la promotion ou la rémunération des salariés ou apportent des preuves significatives sur l'existence d'une politique générale de discrimination malgré l'apparente autonomie décisionnelle de chaque échelon local (C.S., 23 mai 2011, *Wal-Mart Stores Inc. V. Dukes*, 564 US ).

<sup>5</sup> SUK J. C-H, « Antidiscrimination law in the administrative state », *op. cit.*, p. 455.

<sup>6</sup> *Civil Rights Complaints in U. S. District Courts*, 1990-98, Bureau of Justice Statistics Special Report NCJ 173427 (2000), v. [www.ojp.usdoj.gov/bjs/abstract/crcusdc.htm](http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/abstract/crcusdc.htm).

« de couleur » pour éviter une « *class action* » pour discrimination « raciale » dans l'évolution professionnelle<sup>1</sup>. Faute de disposer en France d'une procédure proche de la « *class action* », les discriminations systématiques à l'égard des femmes repérées par la HALDE au sein de la BNP n'ont pas été sanctionnées<sup>2</sup>.

Le niveau encore relativement bas des sanctions, notamment au regard des sanctions anglo-saxonnes<sup>3</sup>, constitue la « source d'une ineffectivité accrue ». Il y a même un « risque d'effet dissuasif à rebours quand l'issue de la procédure de sanction est telle qu'elle semble conforter l'inversion de l'adage 'le crime ne paie pas' »<sup>4</sup>. De fait, les employeurs français pourraient préférer « payer l'amende et récidiver que changer leurs pratiques »<sup>5</sup>. Pour que les entreprises cessent de considérer les procès comme un aléa normal de leur activité traité dans la durée par leurs services juridiques, et si l'on veut les encourager à négocier des réparations et à prévenir toute violation ultérieure, il est nécessaire que les sanctions reçues en cas de condamnations deviennent réellement dissuasives. Cela vaut également pour les victimes, les associations qui les soutiennent et leur conseil juridique qui doivent affronter des procédures longues, harassantes et coûteuses.

\*

Les nouvelles définitions de la discrimination « raciale », qui tendent à rapprocher le droit du fait social en détachant la discrimination de la preuve de l'intention, sont encore peu mises en œuvre par les institutions juridictionnelles. Les juridictions civiles, maîtresses du sens et des effets qu'elles associent aux nouvelles normes relatives à la discrimination directe<sup>6</sup>, semblent encore prudentes et attachées à une vision étroite de la discrimination qui

---

<sup>1</sup> « Sodexho évite un procès pour discrimination raciale aux États-Unis », *Le Monde*, 30 avril 2005.

<sup>2</sup> C.A. Paris, 5 mai 2010, n° S08/08694-AC.

<sup>3</sup> En Angleterre, les juges ont élaboré plusieurs principes afin d'unifier la jurisprudence en matière de dommages et intérêts pour réparer le seul préjudice moral né de la discrimination (C.A., *Vento v. Chief Constable of West Yorkshire Police*, EWCA civ 1871, 2002). Les dommages et intérêts les plus élevés (entre 15.000 et 20.000£) sont destinés au cas les plus graves tels que de longues campagnes de harcèlement. Dans des cas exceptionnels, la somme attribuée peut être plus importante. Pour les cas intermédiaires, les juges accordent entre 5.000 et 15.000£. Pour les cas de discrimination ponctuel et isolé, la somme sera comprise entre 500 et 5.000£. Les « *aggravated damages* » (dommages et intérêts aggravés), plus limités que les dommages punitifs américains, viennent s'ajouter dans les cas de conduite intentionnelle, malveillante, insultante. In CONNOLLY M. *Townsend-Smith on Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 539 et s.

<sup>4</sup> LASCUMES P., SERVERIN E., « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 144.

<sup>5</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>6</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS V., « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in D. Lochak, V. Champeil-Desplats (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 20.

les rapproche du juge pénal. Ce dernier, davantage mobilisé par les victimes de discrimination « raciales », reste très exigeant sur la preuve de l'intentionnalité en demandant encore trop souvent pour la caractériser que la discrimination s'exprime explicitement. La judiciarisation est donc encore bien timide en France<sup>1</sup>. Enfin, dans les affaires de condamnation pour discrimination « raciale », les sanctions demeurent faibles et ne sont en rien dissuasives eu égard au préjudice individuel mais aussi aux torts collectifs que cause la discrimination « raciale ».

\*

---

<sup>1</sup> Aux États-Unis, depuis 1977, près de 250.000 procès pour discrimination ont été intentés devant les cours fédérales. In DOBBIN F., « Do the Social Sciences Shape Corporate Anti-Discrimination Practice ?... », *op. cit.*, p. 839.

## Chapitre II

### La dynamique de la juridictionnalisation

Le procès, et la sanction judiciaire qui peut en découler, remplit, en matière de lutte contre les discriminations, plusieurs fonctions. Il a évidemment une fonction réparatrice, dans le cadre d'une justice individuelle. Mais il a aussi une incontestable vertu pédagogique en permettant « de valider, de valoriser même, la parole des personnes discriminées »<sup>1</sup>. La mobilisation du droit et la multiplication de sanctions dissuasives favorisent l'intériorisation du droit par les victimes et par l'ensemble de la société, comme le souligne Jean Rivéro<sup>2</sup>. Enfin, la sanction a une portée collective en contribuant à pointer les biais et les procédures problématiques et à prévenir les discriminations. Mais la juridictionnalisation, indispensable pour concrétiser la protection légale des personnes dans un État de droit, n'est en France que balbutiante, et elle est à ce jour presque exclusivement le fait du juge judiciaire. Le sens des nouvelles dispositions relatives à la discrimination directe et indirecte restent à constituer, les normes doivent être mobilisées « pour leur faire produire du sens »<sup>3</sup>. Les apports du droit communautaire et l'évolution de la législation française devraient permettre une plus large juridictionnalisation des discriminations « raciales ».

L'accélération de ce mouvement est dans les mains des professionnels de la justice, de la victime et de la société civile (section 1). Ces acteurs doivent accepter « un nouveau jeu judiciaire (longtemps perçu comme une dérive anglo-saxonne de la tradition française). Mais, pour y parvenir, il faut être convaincu de sa nécessité et de son utilité »<sup>4</sup>. Malgré les frémissements récents constatés en matière sociale, la judiciarisation enregistrée relève en France surtout du juge pénal et tend ainsi à se focaliser sur la discrimination intentionnelle (section 2). Enfin, les procès pour discrimination mettant en cause des institutions restent trop rares alors même que les administrations produisent des discriminations « raciales » malgré leur devoir d'exemplarité (section 3).

---

<sup>1</sup> MINE M., « La ressource que constitue le droit pour promouvoir l'égalité de traitement au sein de nos entreprises », in « La lutte contre les discriminations : initiatives publiques et pratiques d'entreprises », Actes du colloque de la DARES, Paris, 9 décembre 2004, p.46.

<sup>2</sup> RIVERO J., « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *op. cit.*, p. 675.

<sup>3</sup> LANQUETIN M-T, « La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique », *op. cit.*, p. 1.

<sup>4</sup> VALENTIN-MARIE C., « Enjeux actuels de la lutte contre les discriminations en France », *op. cit.*, p. 134.

## **Section 1- La mobilisation des acteurs de l'arène juridictionnelle**

La juridictionnalisation constatée tient à deux facteurs majeurs : la mobilisation des victimes dans l'arène judiciaire et celle de l'appareil judiciaire lui-même. Si une « approche dynamique de la construction de la preuve mettant en jeu les indices de la discrimination » est peu présente dans la tradition judiciaire française<sup>1</sup>, les évolutions relevées dans les affaires de discrimination syndicale comme « raciale » montrent qu'une réelle justiciabilité du droit à la non-discrimination dépend surtout de la mobilisation des acteurs civils (§1). La réception des preuves par les professionnels de la justice dépend alors de leur connaissance du fait discriminatoire et de leur familiarité avec les possibilités légales ouvertes par le droit antidiscriminatoire (§2).

### **§1) La mobilisation des victimes et de leurs représentants**

Si l'on considère que le système judiciaire se borne à traiter ce que les acteurs situés en amont veulent bien lui transmettre<sup>2</sup>, il est nécessaire d'étudier la mobilisation des victimes et le rôle des associations et des syndicats qui les soutiennent ou qui peuvent mettre à jour des discriminations « raciales ». Seule la victime - qui peut être un association représentant des intérêts collectifs - peut déclencher la juridictionnalisation car c'est elle qui peut saisir le juge<sup>3</sup>. Dans le cas contraire, cette carence ne saurait être reprochée au mécanisme juridictionnel. Face à sa méconnaissance du droit de la non-discrimination et aux difficultés de la preuve, la victime peut prendre appui sur les syndicats et les associations antiracistes. Face à l'inertie des parquets (A), leur soutien s'avère souvent nécessaire. À cet égard, les syndicats n'ont pas adopté les mêmes stratégies concernant la juridictionnalisation (B) et les associations antiracistes sont surtout investies dans le contentieux pénal (C).

#### **A) La nécessité de surmonter les obstacles à l'accès au juge**

La conscience et la connaissance du droit constituent des préalables à l'effectivité du droit à une protection juridictionnelle<sup>4</sup>, mais rares sont les Français qui maîtrisent les modalités de répression des discriminations « raciales ». Si la médiatisation de certaines

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>2</sup> LASCOUMES P., SERVERIN E., « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 142.

<sup>3</sup> RIVERO J., « Sanction juridictionnelles et règle de droit », in *Etudes juridiques offertes à Léon de La Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 461.

<sup>4</sup> Selon l'art. 10 de la directive 2000/43/CE, les États doivent s'assurer que les dispositions en vigueur sont portées à l'attention du public par tout moyen.

affaires a récemment favorisé une meilleure réception des normes de non-discrimination par les victimes, l'intériorisation d'un droit au juge est loin d'être acquise, d'autant que les Français ne sont pas, comme les citoyens américains, « pénétrés de l'idée qu'ils peuvent et doivent eux-mêmes veiller au respect des principes fondamentaux »<sup>1</sup>. Il est donc essentiel de renforcer la prise de conscience des victimes des discriminations dont elles sont l'objet, permettre « qu'elles sachent où, comment et à qui s'adresser pour être utilement guidées »<sup>2</sup>.

La victime qui souhaite s'engager dans la voie contentieuse rencontre de nombreuses difficultés. D'abord, le recours au juge est particulièrement difficile dans des relations frappées du sceau de l'inégalité, « lorsque c'est le plus fort qui méconnaît le droit du plus faible »<sup>3</sup>. Ensuite, la victime est confrontée à l'inertie des parquets, à la difficulté d'apporter la preuve de la discrimination souvent détenue par son auteur, à la lenteur de la justice, à la lourdeur d'un procès et au risque de subir des représailles. Les victimes, comme les témoins qui peuvent aussi être à l'origine de la juridictionnalisation, sont certes protégés contre toutes représailles, mais un recours complique toujours les relations du demandeur avec le défendeur et fragilise, par exemple, la position du salarié s'il dénonce son employeur. Quand bien même la victime se décide à saisir le juge malgré ces obstacles, nous avons vu combien il était difficile d'emporter la conviction des juges.

De plus, si le contentieux est en France un contentieux individuel, une proportion importante d'affaires de discrimination - notamment celles qui ne connaissent pas de victime identifiée et sont portées par des acteurs associatifs - ont un aspect collectif<sup>4</sup>. Pourtant, le droit français ne permet pas l'action de groupe (*class action suit*) dont bénéficient les Américains et les Canadiens : en France, chacune des victimes doit se manifester avant le jugement et grimper individuellement dans le wagon procédural. Cette approche individualisée s'avère souvent inadaptée face au nombre de victimes de discriminations « raciales » alors que l'utilisation de recours collectifs permettrait une économie d'échelle<sup>5</sup> et fournirait un effet levier aux réclamations des victimes. Il conviendrait donc d'explorer « la possibilité de

---

<sup>1</sup> CALVES G., « La société sous l'emprise du droit. France- États-Unis : deux cultures juridiques », *Cahiers français*, n° 288, 1998, p. 32.

<sup>2</sup> HALDE, *Rapport annuel 2006*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>3</sup> RIVERO J., « Sanction juridictionnelles et règle de droit », *op. cit.*, p. 464.

<sup>4</sup> Sur les 351 affaires du contentieux civil sélectionnées par M-T LANQUETIN et M., GREVY, 65 affaires sont portées par plusieurs salariés contre la même entreprise. *In Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, *op.cit.*, p. 32.

<sup>5</sup> SABBAGH D., *L'égalité par le droit*, *op. cit.*, p. 56.



véritables actions de groupes dans ce domaine afin de mieux faire surgir la dimension collective des phénomènes discriminatoires »<sup>1</sup>.

Pour sortir de son isolement, la victime peut s'adresser aux acteurs collectifs que sont les associations et les syndicats (si la discrimination survient dans l'emploi). Ces acteurs, lorsqu'ils sont sensibilisés et mobilisés, constituent des vecteurs essentiels de la diffusion du droit de la non-discrimination « raciale ». Ces regroupements ont aussi un rôle majeur dans la recherche de la preuve : le juge pénal réclame souvent un début de preuve avant d'initier toute enquête judiciaire et a tendance à éliminer les plaintes visant des discriminations « raciales » complexes - quand l'auteur n'est pas clairement identifié ou rendu invisible par l'organisation hiérarchique - pour lesquelles le travail de reconstruction apparaît trop coûteux<sup>2</sup> ou celles ayant peu de chances d'aboutir<sup>3</sup> - quand le fondement « racial » de la distinction de traitement reste à démontrer. Devant les juges civil et administratif, il est nécessaire de présenter des éléments de fait laissant supposer une discrimination avant de bénéficier d'éventuelles mesures d'instruction et de l'aménagement de la preuve. Les associations et syndicats peuvent aussi directement saisir les juridictions des faits discriminatoires qui leur sont soumis et constituent ainsi d'utiles relais dans l'accès au juge pour les victimes.

La dynamique juridictionnelle dépend donc de l'existence éventuelle d'acteurs susceptibles de porter ou non des affaires avec efficacité. Si les discriminations syndicales sont surreprésentées devant le juge<sup>4</sup>, c'est parce qu'il s'agit pour les confédérations d'un combat prioritaire en raison de l'atteinte portée à l'organisation syndicale elle-même, au-delà de ses représentants, et finalement au droit syndical. L'éclosion du contentieux des discriminations « raciales » résulte quant à elle de l'implication récente des associations antiracistes françaises dans la lutte contre les discriminations « raciales ». Pour autant, l'existence de ces acteurs collectifs ne suffit pas à garantir la juridictionnalisation. Leur activité est sous-tendue par diverses stratégies, pas toujours formalisées : les victimes de discriminations sexuelles bénéficient de garanties juridictionnelles importantes depuis les

---

<sup>1</sup> LANQUETIN M-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 66. Voir aussi GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations...*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>2</sup> Comme le souligne F. Rangeon, « La recherche exclusive de l'efficacité, c'est-à-dire du moindre coût, risque souvent de contrarier la poursuite de l'effectivité ». In « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 134.

<sup>3</sup> LASCOURMES P., SERVERIN E., « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 143.

<sup>4</sup> Sur les 28 décisions sélectionnées avec pour parties civiles des syndicats, 26 d'entre elles ont trait à l'appartenance syndicale et seulement deux concernent des discriminations « raciales » ; in LANQUETIN M-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 26.

directives de 1976 et 1997 mais le contentieux reste faible, faute sans doute d'acteurs collectifs mobilisés ; *a contrario*, le contentieux relatif aux discriminations syndicales a « explosé » le jour où ces discriminations se sont vu appliquer les mêmes protections, démontrant l'intégration rapide des nouvelles règles juridiques. Dans le domaine des discriminations « raciales », la volonté de juridictionnalisation se traduit surtout devant les tribunaux judiciaires et varie selon les acteurs de la société civile.

### B) L'ambivalence des stratégies syndicales

La loi du 16 novembre 2001 a placé les syndicats en première ligne sur le front de la lutte contre les discriminations au travail, mais les organisations syndicales françaises souffrent d'une faible implantation et sont absentes des petites et moyennes entreprises. Surtout impliquées dans la lutte contre les discriminations syndicales dans la carrière, elles ont su obtenir des avancées précieuses « en traitant d'emblée ces discriminations sur le terrain collectif [...], ce qui permet de rassembler les éléments nécessaires au traitement du dossier »<sup>1</sup>. Concernant les autres types de discrimination, les syndicats semblent moins compétents. Surtout, « on ne peut pas dire qu'ils aient fait de ce dossier une priorité »<sup>2</sup>. Pourtant, des progrès significatifs dans la lutte contre les discriminations « raciales » au travail ne seront obtenus que si les syndicats adoptent une nouvelle culture judiciaire afin de permettre l'extension des acquis substantiels de la jurisprudence sur la discrimination syndicale. Si les récents recours que nous avons relatés ont marqué un investissement réel de la CGT dans la judiciarisation des discriminations « raciales », cette stratégie est encore refusée par d'autres confédérations.

Le dossier *Bosch* illustre ces divergences syndicales : la CGT et la CFDT avaient interpellé la hiérarchie sur le sort des salariés d'origine extra-européenne dont la carrière avait singulièrement stagné. La négociation a abouti sur une trentaine de transactions mais seule la CGT, estimant que ces sommes ne couvraient pas la réparation totale du préjudice subi, a décidé de poursuivre la société en justice tandis que la CFDT acceptait les arrangements à l'amiable<sup>3</sup>. La menace d'une action judiciaire peut encourager les employeurs à négocier des rattrapages importants mais la CFDT revendique son refus d'« une approche essentiellement

---

<sup>1</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>2</sup> LE GOFF J., « Lutter contre les discriminations à l'embauche », *Esprit*, février 2006, pp. 220- 221.

<sup>3</sup> « Bosch : le combat des 'discriminés' », *L'Humanité*, 27 décembre 2005.

judiciaire »<sup>1</sup>, opposant la judiciarisation aux actions de négociation<sup>2</sup> et de prévention qu'elle préconise<sup>3</sup>. Le recours à la justice ne permettrait que « la dénonciation d'un coupable idéal » alors que la responsabilité de la discrimination est souvent diffuse. Enfin, la « culpabilisation » par la pénalisation des discriminations serait inefficace<sup>4</sup>.

Un tel positionnement n'est pas rare et permet de mieux comprendre l'absence de mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 malgré l'importance des phénomènes discriminatoires et les prérogatives dont disposent en la matière les syndicats. « La difficulté, le coût et un certain scepticisme par rapport au fonctionnement de la justice » conduit les syndicats à demeurer prudents sur l'utilisation de cette forme d'action<sup>5</sup>. Il est vrai que la juridictionnalisation tend à isoler le fait discriminatoire, à le faire exister de manière autonome en tant que préjudice individuel : même quand la discrimination est démontrée par le biais de statistiques, les processus qui mènent à la discrimination et la favorisent sont peu analysés<sup>6</sup>. Mais ces contraintes sont aussi les conditions d'une intervention efficace des juristes. De plus, si la juridictionnalisation traduit une attitude défensive et une approche individualisée, elle a, comme nous l'avons vu, bien d'autres fonctions, et du reste, n'est pas incompatible avec d'autres types d'actions. Ainsi, il n'existe aucune contradiction entre le fait de mener une action judiciaire vigoureuse et exemplaire - y compris pour diffuser le principe de non-discrimination - et le fait d'élaborer une stratégie qui vise à ré-historiser la discrimination et à l'inscrire dans sa dimension systémique. Enfin, force est de constater que le risque d'une juridictionnalisation exclusive n'est pas d'actualité. Le testing n'a pas été mobilisé par les acteurs syndicaux alors qu'il pourrait l'être quand ils sont alertés de faits

---

<sup>1</sup> A l'occasion de la présentation devant le Conseil économique et social du rapport Stasi visant à la mise en place d'une haute autorité, le 10 mars 2004, la représentante de la CFDT disait son refus d'« *une approche essentiellement judiciaire* » de la lutte contre les discriminations et souhaitait que la priorité soit donnée à l'élaboration par les partenaires sociaux d'un état des lieux des discriminations par bassin d'emploi et par branche professionnelle et à l'élaboration dans chaque entreprise d'une charte de promotion de l'égalité avec les représentants salariés. In « Oui à la lutte contre les discriminations, non à une approche essentiellement judiciaire », texte d'intervention de Marie-Claude Lasnier au nom de la CFDT, mis en ligne le 20 avril 2004, voir [www.cfdt.org](http://www.cfdt.org).

<sup>2</sup> La rédactrice en chef de *La Revue de la CFDT* estime ainsi dans le numéro consacré à la lutte contre les discriminations raciales de mai-juin 2003 que « *si les instruments juridiques sont des références indispensables, la CFDT privilégie la négociation en préalable à toute action en justice considérant qu'il est important de ne pas se contenter d'une action défensive* ». In « Editorial » de Florence Lugnier, *La Revue de la CFDT*, n°59, Dossier « Combattre les discriminations raciales », mai-juin 2003, p. 2.

<sup>3</sup> *Liaisons sociales*, n° 13092, 10 février 2000.

<sup>4</sup> « *Le judiciaire a le mérite de réparer et de punir mais il ne produit que marginalement du changement collectif, de surcroît s'il baigne dans un environnement où l'échelle des tolérances est lâche. L'accès ou le recours au droit sont aussi fonction d'autres paramètres socioculturels. Ils ne concernent pas équitablement toute la population* ». In Contribution de la CFDT « Agir sur les logiques sociales, refuser la connivence collective », in CNCNDH, *Rapport d'activité 2001*, *op. cit.*, p. 195.

<sup>5</sup> GUIOMARD F., « Syndicats : évolutions et limites des stratégies collectives d'action juridique », *Mouvements*, 4/2003, n°29, p. 51.

<sup>6</sup> FASSIN D., « L'invention française de la discrimination », *op. cit.*, p. 417.

graves de discrimination à l'embauche au sein des entreprises dans lesquelles ils sont implantés<sup>1</sup>. Les réticences évoquées plus haut expliquent cette lacune. Surtout, les syndicats se sentent peu concernés lorsque la discrimination ne touche pas les salariés de l'entreprise. De ce fait, les discriminations « raciales » sont d'abord traitées par les associations antiracistes qui ont particulièrement mobilisé le droit pénal.

### C) L'implication des associations antiracistes dans le contentieux pénal

À partir de la fin des années 1990, le mouvement antiraciste français a réorienté ses activités en faveur de la lutte contre les discriminations « raciales » en misant sur l'arme juridique qui devient une ressource essentielle dans leur combat politique<sup>2</sup>. Des avocats se lient aux associations dans des processus de construction des causes (*cause lawyering*) à l'instar des pays anglo-saxons. Aux États-Unis, le passage par le droit a permis, depuis la fin des années 1970, le déploiement de nombreuses causes émergentes échappant largement aux organisations partisans, telles que la défense du droit des femmes, des homosexuels, des prisonniers, des immigrés...<sup>3</sup>. Leurs actions montrent que l'enceinte judiciaire peut être utilisée comme terrain de lutte, « ce faisant, [elles] contribuent à ancrer l'idée de l'importance du droit dans les luttes sociales »<sup>4</sup>. L'instrumentalisation du droit par les acteurs collectifs a aussi favorisé l'émergence, dans l'espace public français, du problème des discriminations « raciales ». Les associations s'adressent principalement au juge pénal en raison du type de preuves mobilisées et des discriminations ciblées mais aussi parce qu'il s'agit de dénoncer les discriminations « raciales » comme des atteintes aux valeurs de la société et de s'appuyer sur le caractère symbolique de la condamnation pénale. De manière générale, les procès sont utilisés dans leur fonction tribunitienne par les associations qui médiatisent les affaires qu'elles soutiennent pour défendre, à travers un cas particulier, une cause générale et faire reculer le sentiment d'impunité en exploitant la relation entre la « propagande au sujet de la

---

<sup>1</sup> BATAILLE P., « Racisme populaire et relais institutionnels, discrimination systémique et indirecte », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, op. cit., p. 84.

<sup>2</sup> CAILLOSSE J., « Le droit comme méthode ? Réflexions depuis le cas français », in D. Renard, J. Caillosse, De D. De Béchillon (dir.), *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, LGDJ, collection droit et société, 2000, p. 67.

<sup>3</sup> GAÏTI B, ISRAËL L., « Sur l'engagement du droit dans la construction des causes », *Politix*, vol. 16, 2003/62, p. 25-26.

<sup>4</sup> CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, op. cit., p. 98.

sanction et le taux d'effectivité du modèle normatif»<sup>1</sup>. Le procès médiatisé, « mode d'interpellation publique »<sup>2</sup>, permet aussi une sanction indirecte particulière infamante pour l'entreprise qui voit son image ternie.

L'implication des associations s'est avérée primordiale pour voir sanctionner et corriger les discriminations « raciales ». La jurisprudence montre que la conception inquisitoriale du procès pénal qui voudrait que le rôle des parties civiles ne soit que subsidiaire est dépassée<sup>3</sup> : l'intervention des plaignants sur le terrain probatoire est souvent nécessaire et la compétence acquise par les associations particulièrement utile. Le développement du testing est ainsi à mettre au crédit du secteur associatif. Si SOS Racisme a réalisé ses premiers tests et systématisé les plaintes pour discrimination « raciale » à l'entrée des boîtes de nuit, c'est parce que les loisirs, qui semblent aux yeux de certains une question marginale par rapport à celles de l'emploi et du logement, sont sans doute le premier domaine où les jeunes issus de l'immigration sont confrontés à la discrimination. De plus, l'expérimentation d'un outil novateur, tel que le test de situation, était particulièrement bien adapté à l'entrée des discothèques devant lesquelles se déroule une opération de sélection simple au regard des dossiers complexes de candidatures à élaborer pour l'emploi ou le logement. Mais rapidement, les associations ont multiplié les plaintes dans les domaines de l'emploi et du logement et étendu l'usage du testing<sup>4</sup>. Pour autant, le test de situation ne peut être organisé que pour les processus d'entrée relativement simples, mettant en présence des inconnus<sup>5</sup>. Il est en effet difficile d'organiser un test quand le processus d'embauche comprend une série d'entretiens ; une telle opération étant impossible quand il s'agit par exemple de démontrer une discrimination dans l'accès à une promotion. Enfin, le testing présentait l'avantage de constituer à la fois une arme juridique et une arme médiatique en rendant visibles et concrets les comportements discriminatoires.

---

<sup>1</sup> PERRIN J-F, « Qu'est-ce que l'effectivité d'une norme juridique ? », in *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979, p. 94.

<sup>2</sup> GAÏTI B, ISRAËL L., « Sur l'engagement du droit dans la construction des causes », *op. cit.*, p. 18.

<sup>3</sup> MOLINA E., « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *op. cit.*, p. 275.

<sup>4</sup> Cf. Brochure ministérielle « La location sans discrimination » diffusée depuis par le ministère du logement invite les victimes de discrimination à contacter les associations pour utiliser le procédé du testing avant de porter plainte. In *La location sans discrimination*, Direction générale de l'urbanisme, de l'habitat et de la construction, juin 2003, p. 4 (disponible sur [www.logement.equipement.gouv.fr](http://www.logement.equipement.gouv.fr)).

<sup>5</sup> CEDIEY E., Intervention au Séminaire de l'unité Migrations Internationales et Minorités, INED, « Testing – avancées et limites d'une méthode, 5 juin 2007, p. 5.

Néanmoins, le recours au droit pourrait avoir un « effet boomerang », comme on le voit lorsque des policiers, mis en cause pour des abus, répondent par le dépôt d'une plainte pour outrage et/ou rébellion, voire pour dénonciation calomnieuse. Les parties civiles, et notamment les associations qui privilégient la voie pénale, pourraient être confrontées à des plaintes pour dénonciation calomnieuse ou diffamation après avoir médiatisé des affaires qui se soldent par un échec judiciaire (classement sans suite, non-lieu, relaxe). SOS Racisme a été confronté à plusieurs reprises à ce type de « représailles » mais ces plaintes ont été soit abandonnées soit ont donné lieu à des relaxes<sup>1</sup>. Une condamnation pourrait sérieusement mettre en danger la judiciarisation des discriminations souhaitée par les associations en faisant peser sur elle des risques financiers non négligeables.

S'il apparaît nécessaire de mobiliser l'ensemble des acteurs dans la recherche de preuves et de construire des synergies entre associations et syndicats, la juridictionnalisation efficace des discriminations « raciales » est aussi conditionnée par la mobilisation des professionnels de la justice qui sont amenés à traiter les plaintes.

## **§2) La mobilisation des professionnels de la justice**

Si l'action des associations et des syndicats peut favoriser la mobilisation et l'intégration de la norme juridique par les juges, elle ne saurait suffire (A). Parmi les autres acteurs, les premiers concernés sont ceux qui reçoivent les plaintes des victimes et qui doivent enquêter sur les allégations de discriminations « raciales » (B).

### **A) La mobilisation des juges**

Comme le relevait le Rapport Stasi en 2004, l'expertise juridique des discriminations n'est pas répandue au sein de l'institution judiciaire<sup>2</sup>. L'absence de mobilisation de la justice illustre le déficit de connaissance du droit des discriminations chez les magistrats : l'évolution

---

<sup>1</sup> Suite au jugement de relaxe du TGI de Paris intervenu le 5 juillet 2001, le gérant d'un bar mis en cause par SOS Racisme avait porté plainte contre l'association pour diffamation. Mais selon le juge, les éléments dont disposait l'association pouvaient légitimer et fonder sa citation directe (TGI Paris, 6 juin 2003, n° 02/06632). De même, suite au classement sans suite le 22 mai 2001 d'une plainte déposée et médiatisée par SOS Racisme contre Colmar Habitat, le bailleur social porta plainte contre l'association pour dénonciation calomnieuse. Le juge d'instruction conclut au non-lieu estimant pour la plainte, l'association de bonne foi et, pour la médiatisation, qu'on « *on ne saurait reprocher à une association militante de vouloir faire connaître les actions qu'elle conduit* » (TGI Colmar, ord. de non lieu, 21 février 2007, n° 01/10406).

<sup>2</sup> STASI B., *op. cit.*, p. 38.

du droit antidiscriminatoire et leur sollicitation relativement nouvelle en matière de discrimination « raciale » imposent qu'ils soient formés et sensibilisés. Dans le domaine pénal, le parquet détient l'opportunité des poursuites telle que prévue par l'art. 40 al. 1 CPP : il lui revient d'apprécier, lorsque l'infraction lui semble constituée, les suites à donner à une plainte. En l'occurrence, il semble que le taux de réponse pénale en matière de racisme n'est pas plus faible que celui enregistré toutes infractions pénales confondues<sup>1</sup>. Comme nous l'avons vu, les classements sans suite et l'absence de véritable instruction sont encore fréquents mais cette situation n'est pas spécifique aux discriminations puisqu'en 1995, on relevait, sur l'ensemble des plaintes reçues, plus de 50% de classements sans suite du parquet tous domaines confondus. Ces classements sans suite s'expliquent en partie par la nécessité de gérer les flux et les stocks faute de moyens suffisants à la disposition des parquets, des magistrats du siège et des services de constatation et d'enquête<sup>2</sup>.

Néanmoins, depuis 1998, la répression des discriminations « raciales » est affichée comme une priorité<sup>3</sup>. Constatant la rareté des condamnations prononcées sur le fondement de l'art. 225-2 CP, la garde des Sceaux demandait aux procureurs et aux juges d'instruction une vigilance renforcée dans la recherche et la constatation des infractions de discrimination par une circulaire du 16 juillet 1998 en rappelant qu'« *il appartient à l'institution judiciaire de les poursuivre et de les sanctionner à chaque fois que des comportements de cette nature sont portés à sa connaissance* »<sup>4</sup>. Il semble que cette circulaire n'ait pas eu l'effet attendu, puisque d'autres circulaires ont dû intervenir en ce sens<sup>5</sup>. Une circulaire du garde des Sceaux rappelait encore le 26 juin 2006 que « *la lutte contre les discriminations constitue une des priorités de l'institution judiciaire, et les magistrats du ministère public devront donc faire preuve d'une*

---

<sup>1</sup> Intervention de Guy Hascoët, Secrétaire d'État à l'économie solidaire, A.N., session ordinaire de 2000-2001, 3<sup>ème</sup> séance du 3 avril 2001, Discussion de la proposition de loi n° 256 relative à la lutte contre les discriminations, 2<sup>ème</sup> lecture, *J.O., Débats parlementaires*, A.N. (C.R.), n° 18 (3), 4 avril 2001, p. 1714-1715. Il citait ainsi une étude menée en mars 2000 par la Direction des affaires criminelles et des grâces sur le traitement des infractions à caractère raciste, qui montrait que 24% des procédures où l'auteur était identifié avaient donné lieu à poursuites ou à une mesure de 3<sup>ème</sup> voie (rappel à la loi ou médiation pénale).

<sup>2</sup> V. *Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée*, M. Hubert HAENEL, Rapport d'information du Sénat n° 513 du 18 juin 1998 (1997-1998).

<sup>3</sup> Dans son discours d'installation du 23 avril 1998, M. Jean-Pierre Dintilhac, procureur de la République près le TGI de Paris considérait que « trois formes de délinquance doivent être prioritairement concernées par l'action pénale, la violence, la corruption et toutes les formes de discriminations ». Cité in *Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée*, M. Hubert HAENEL, *op. cit.*

<sup>4</sup> Circulaire du Garde des Sceaux, ministre de la Justice aux procureurs généraux des Cours d'appel et des procureurs de la République des TGI, relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie, 16 juillet 1998, CRIM.98-6/E1 16.07.1998, NOR : JUS.D.9830094C.

<sup>5</sup> Circulaire du 2 mai 2000 relative à l'accès à la citoyenneté et la lutte contre les discriminations (NOR: PRMX0004098C, *J.O.* du 16 mai 2000, p. 7328), Circulaire de la Direction des Affaires criminelles et des Grâces du 2 octobre 2000 relative à la lutte contre les discriminations raciales, CRIM2007-07 E1/02-10-2000, NOR : JUS.D.0030169C, *B.O. du ministère de la Justice*, n° 80, oct-déc 2000.

*particulière mobilisation dans l'application des nouvelles dispositions* »<sup>1</sup> législatives et réglementaires intervenus en la matière<sup>2</sup>. L'inertie encore marquée des parquets semble indiquer qu'en la matière, le garde des Sceaux est incapable de faire prévaloir une véritable « politique d'action publique »<sup>3</sup> qui permettrait de coordonner l'ensemble des parquets autour de priorités et d'assurer l'égalité entre citoyens sur tout le territoire.

Pour combler le manque d'expertise des magistrats et surmonter leur inertie, il a été proposé de spécialiser certains d'en eux dans le domaine du droit de la non-discrimination. L'idée d'une spécialisation au sein des juridictions n'est pas iconoclaste. Au Québec, le Tribunal des droits de la personne peut être saisi et régler les litiges concernant la discrimination dans tous les secteurs depuis 1990. Mais les citoyens ne peuvent le saisir directement, le mécanisme de filtrage que constitue l'enquête préalable de la Commission des droits de la personne, équivalent de la HALDE, étant obligatoire. La création d'un tel tribunal a permis « l'éclosion d'une jurisprudence novatrice et audacieuse qui a poussé plus loin la reconnaissance du droit à l'égalité »<sup>4</sup>.

En France, aucune juridiction n'a été spécifiquement créée mais il existe une volonté de spécialiser certains magistrats dans le domaine pénal afin, notamment, de créer une interface avec les acteurs de la société civile engagés dans la lutte contre le racisme et les discriminations « raciales ». Des circulaires du 6 juillet et du 16 décembre 1992 rappelaient déjà la nécessité de concertation entre le parquet et les associations de lutte contre le racisme. Pourtant, seule la 4<sup>e</sup> section du parquet de Paris composée de magistrats spécialisés en matière d'infractions à caractère raciste s'est engagée sur cette voie. La constitution d'une section spécialisée au sein des parquets n'est sans doute possible que dans les plus gros tribunaux mais le Rapport Stasi avait envisagé la possibilité d'un regroupement géographique

---

<sup>1</sup> Circulaire relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances relatives à la lutte contre les discriminations et du décret n° 2006-641 du 1<sup>er</sup> juin 2006 relatives aux transactions proposées par la HALDE, 26 juin 2006, *op. cit.*

<sup>2</sup> La loi d'amnistie n° 2002-1062 du 6 août 2002 était cohérente avec la volonté affichée dans les différentes circulaires par les pouvoirs publics de poursuivre les auteurs de discriminations. Elle prévoit d'amnistier les délits relatifs à la loi sur la presse tout comme les délits qui ont été ou seront punis de moins ou égal à 3 mois d'emprisonnement ou 6 mois de sursis mais prévoyait dans le chapitre XIV consacré aux « Exclusions de l'amnistie » que les délits de discrimination prévus aux articles 225-1 et 225-2 du CP et les articles L. 122-1, L. 412-2 et L. 413-2 du code du travail sont exclus de la présente loi.

<sup>3</sup> Expression de Pierre TRUCHE, *in Rapport au président de la République de la Commission de réflexion sur la justice*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 85.

<sup>4</sup> MAROIS P., président de la Commission des droits de la personne au Québec, « L'action de la commission québécoise dans la lutte contre les discriminations », *in D. Borillo (dir.), Lutter contre les discriminations, op. cit.*, p. 170.



du contentieux des discriminations étant donné la spécialisation qu'il requiert, à l'image de ce qui se fait en matière de délit boursier ou de pratiques anticoncurrentielles<sup>1</sup>.

En 2007, la ministre de la Justice, Rachida Dati, a finalement décidé de créer au sein de chaque tribunal de grande instance des « pôles antidiscriminations » chargés de coordonner « un véritable réseau local, en liaison avec le monde associatif » pour favoriser l'accès des victimes à la justice et améliorer la réponse pénale<sup>2</sup>. La circulaire du 11 juillet 2007 adressée aux procureurs prévoit qu'un magistrat référent doit être désigné par le parquet pour animer le pôle et construire un réseau local, conduire la politique pénale en matière de discrimination, se déplacer le cas échéant pour rencontrer les « populations concernées ». Des conventions-cadres ont, en outre, été signées le 14 décembre 2007 par la garde des Sceaux avec la LICRA et SOS Racisme dans le but de mener des actions de lutte contre les discriminations et de formation<sup>3</sup>. La synthèse de l'action des pôles anti-discriminations, établie par la Direction des affaires criminelles et des grâces en 2010, laisse apparaître une mise en œuvre variable selon les juridictions. Leur activité ne trouve pas encore de traduction majeure dans le nombre de procédures initiées<sup>4</sup>. Néanmoins, la juridictionnalisation dépend aussi de l'implication d'autres acteurs.

## B) La mobilisation des autres acteurs

L'implication de l'inspection du travail, même si ses effectifs sont réduits<sup>5</sup>, du service public de l'emploi et de la MIILOS (Mission interministérielle d'inspection du logement social) pour les discriminations au logement permettrait de dénoncer au juge des discriminations peu accessibles aux associations et peu sanctionnées. Mais pour ce faire, les agents devraient être formés en conséquence<sup>6</sup>. En Belgique, un « Guide de dépistage de la discrimination ethnique » remis aux 350 inspecteurs du travail détaille les moyens pratiques

---

<sup>1</sup> STASI B., *op. cit.*, p. 83.

<sup>2</sup> « Rachida Dati promet des pôles antidiscriminations », *Le Figaro*, 23 juin 2007.

<sup>3</sup> V. CNCDH, *Rapport annuel 2009, op. cit.* p. 74.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>5</sup> Comme le note Bruno Silhol, « s'il y a un service dont la notoriété est inversement proportionnelle à ses effectifs, c'est bien l'inspection du travail » : les effectifs des inspecteurs et des contrôleurs du travail n'ont pas varié depuis 20 ans alors que les tâches administratives et les réclamations individuelles augmentaient fortement, ce qui a pour effet une baisse sensible d'entreprises annuellement visitées et une moindre disponibilité pour enquêter longuement. In « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », *Dr. Soc.*, novembre 2000, n°11, p. 961.

<sup>6</sup> L'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle a ainsi organisé une campagne de sensibilisation dans le cadre de la formation initiale des élèves inspecteurs du travail et de la formation continue avec en particulier pour objectif la mise au point d'un module de formation sur la méthodologie de contrôle des discriminations. In DAUGAREILH I., « La lutte contre les discriminations raciales : nouveau combat... nouvelles perspectives ? », *RD sanit. et soc.*, 35/4, oct-déc. 1999, p. 703.

pour identifier et révéler des discriminations directes et indirectes, notamment à partir de l'étude du fichier du personnel<sup>1</sup>. Une telle démarche en France pourrait permettre l'application de la méthode dite de triangulation par les inspecteurs du travail et participer au mouvement de judiciarisation. Néanmoins, en matière pénale, « le taux de classement sans suite des procès-verbaux établis par l'inspection du travail est étonnamment élevé. Il y a là un élément qui n'est pas sans incidence, on le devine aisément, sur le choix de dresser procès-verbal : les procès-verbaux risquent d'être des « *ultima verba* »<sup>2</sup>. Selon Bruno Silhol, le désintérêt des parquets peut s'expliquer par leur réticence à engager des poursuites contre les chefs d'entreprises parce que des formes plus violentes de délinquance les occupent et en raison de leur manque de formation en droit pénal du travail<sup>3</sup>.

Selon le GELD, « les forces de police constituent le premier obstacle au recours »<sup>4</sup>. En effet, le nombre de plaintes ne correspond pas à la réalité des démarches effectuées par les victimes auprès des services de police : nombre d'entre elles se traduisent dans les commissariats par des « mains courantes »<sup>5</sup> qui ne font jamais l'objet d'enquête. La loi du 15 juin 2000 qui a introduit le nouvel art. 15-3 dans le code de procédure pénale indique pourtant que « *la police judiciaire est tenue de recevoir les plaintes déposées par les victimes d'infractions à la loi pénale et de les transmettre le cas échéant, au service ou à l'unité de police judiciaire territorialement compétent* »<sup>6</sup>. Ce choix de la main courante résulte d'une mauvaise connaissance des phénomènes discriminatoires et d'une frilosité de la police face à certains types de délinquance. Il est aussi symptomatique de l'absence de sensibilisation et de formation du personnel policier et du fait que « certains d'entre eux ont en outre des préjugés peu compatibles avec cette mission »<sup>7</sup>. La police peut ne pas apparaître aux yeux des victimes comme un relais efficace des plaintes pour discrimination « raciale » quand elle est elle-même suspectée de comportements discriminatoires impunis. Une étude interne, datée de décembre 2005, qui porte sur « les modalités d'évaluation de la qualité de l'accueil dans les services de

---

<sup>1</sup> « La Belgique affine sa lutte antidiscrimination », *Le Monde*, 13 juin 2006.

<sup>2</sup> SILHOL B., « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », *op. cit.*, p. 959.

<sup>3</sup> *Ibid*, p. 962.

<sup>4</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations...*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>5</sup> Registre tenu par les policiers dans lequel ils consignent à titre informatif des faits qui leur sont rapportés. La « main courante » n'a pas valeur de procès verbal.

<sup>6</sup> Loi n° 2000-516 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes du 15 juin 2000, *J.O* n° 138 du 16 juin 2000, p. 9038.

<sup>7</sup> COHEN-JONATHAN G., « Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale », *op. cit.*, p. 673. Il faut noter que le personnel de la justice n'est pas non plus à l'abri de tels préjugés. Pour exemple, le président du tribunal de commerce de Nice a été condamné le 25 mai 2000 par le tribunal de police à 3.000 F d'amende pour injure non publique à caractère raciste (*Libération*, 6 juillet 2000).

police et de gendarmerie », confirme l'absence de prise en compte des discriminations par les services de police et de gendarmerie<sup>1</sup> qui se déplacent rarement en cas de signalement<sup>2</sup>.

Face aux réticences des policiers et aux difficultés de les former correctement dans un domaine aussi complexe, il a été proposé que certains d'entre eux soient spécialisés et se voient spécifiquement attribuer la répression des discriminations « raciales ». Ainsi, Azouz Begag, ministre délégué à la Promotion de l'égalité des chances, souhaitait en 2004 que soit créée une « Brigade Anti-discrimination » (BAD) dans chaque commissariat, poste de police ou de gendarmerie des villes ou des communes qui comptent des sites de quartiers sensibles et une forte population immigrée pour « impliquer davantage la police et la gendarmerie dans la lutte contre les discriminations et le racisme »<sup>3</sup>. Cette brigade aurait pu accueillir les victimes et le cas échéant organiser des testings mais, comme le note L. Collet-Astril, les policiers sont aujourd'hui largement « occupés à d'autres tâches »<sup>4</sup>. Fort logiquement, ces propositions n'ont pas abouti, mais l'idée de spécialisation a rejailli au niveau des parquets.

Enfin, les avocats jouent un rôle majeur. Ils sont ceux vers qui se tournent les victimes pour estimer leurs chances de succès devant le juge et analyser les voies de recours pertinentes. De plus, le régime probatoire, en matière civile notamment, impose un « renouveau du rôle de l'avocat »<sup>5</sup>. Les juristes de *common law* ont une conception empirique et évolutive du droit, en prise avec les phénomènes sociaux et influencée par les recherches interdisciplinaires, et ils sont rompus aux techniques de recherche de preuves. Leurs collègues français ont une expérience limitée de la casuistique et reçoivent une formation surtout théorique. Pour une intervention efficace des avocats, il semble donc nécessaire de mieux les former au droit de la non-discrimination, aux techniques de la recherche de preuve et à l'évaluation des préjudices moraux et matériels.

---

<sup>1</sup> Enquête menée conjointement par les Inspections générales de l'Administration (IGA), de la Police nationale (IGPN) et de l'Inspection de la Gendarmerie nationale (IGN). In « L'accueil des particuliers dans les commissariats et gendarmeries laisse à désirer », *Le Monde*, 27 mai 2006.

<sup>2</sup> Le Ministre délégué à la promotion de l'égalité des chances, A. Begag, annonçait en juillet 2005 la mise en œuvre d'un dispositif expérimental en liaison avec le ministère de l'Intérieur, la préfecture de police et le parquet de Paris qui devrait permettre l'intervention immédiate de la police en cas de discrimination à l'entrée d'une discothèque. Le nom des établissements dans lesquels se répètent des incidents seraient transmis au parquet pour suites à donner, indépendamment du pouvoir de fermeture administrative que le préfet pourrait utiliser. Ce dispositif devait être appliqué d'abord à Paris avant d'être étendu. On a attendu en vain les échos de cette expérimentation parisienne. In Entretien d'Azouz Begag, ministre délégué à la promotion de l'égalité des chances, *Le Parisien/Aujourd'hui en France*, 27 juillet 2005.

<sup>3</sup> BEGAG A., *La République à ciel ouvert*, Rapport pour le ministre de l'Intérieur, de la sécurité et des libertés locales, Paris, La Documentation française, 2004, p. 39-40.

<sup>4</sup> COLLET-ASTRIL L., « Testing or not testing ?... », *op. cit.*, p. 1314.

<sup>5</sup> LATRAVERSE S., « L'ouverture de la jurisprudence en matière d'accès à la preuve : le défi de la mise en œuvre du droit de la discrimination en France », *op. cit.*, p. 7

Si le mouvement de juridictionnalisation s'incarne avant tout devant le juge judiciaire, il faut souligner que c'est le juge pénal qui est principalement mobilisé en matière de discrimination « raciale » par les victimes et les associations. Certains estiment que la relative absence du contentieux civil, et notamment social, explique en grande partie l'atonie de la lutte contre les discriminations en France.

## **Section 2- Le déséquilibre entre les voies pénale et civile**

Contrairement aux pays anglo-saxons, les pays de tradition juridique romano-germanique, comme la France, ont privilégié une approche répressive de la lutte contre les discriminations<sup>1</sup>. La juridictionnalisation des discriminations « raciales » en particulier est, en effet, marquée en France par une forte tendance à la pénalisation. Cette préférence française trouve une explication historique : la discrimination « raciale » a pour la première fois été interdite en droit interne par une loi de 1972 qui a précisément modifié le code pénal<sup>2</sup>. Cette loi intervient alors pour élargir le champ du décret-loi Marchandeu de 1939 pénalisant la diffamation raciale en modifiant les articles 43, 44 et 48 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881<sup>3</sup>. Les discriminations « raciales » constituaient donc une autre manifestation d'un racisme qui avait été, par le passé, combattu par la voie pénale. Une disposition proscrivant les discriminations n'est intervenue dans le code du travail qu'une dizaine d'années après, suite à la transposition des directives communautaires relative au principe d'égalité entre hommes et femmes. L'interdiction des discriminations « raciales » en droit social apparaît alors comme une disposition « accidentelle », marginale au sein de la loi Auroux de 1982 qui contient des dispositions générales pour améliorer les droits des salariés. Si tous les pays européens n'ont pas recours au droit pénal pour traiter des discriminations « raciales », la France est loin d'être le seul État à prévoir des sanctions pénales en cas de discrimination<sup>4</sup>. Néanmoins, le lien tissé

---

<sup>1</sup> STASI B., *op. cit.*, p. 56-57.

<sup>2</sup> La loi de 1972, nous l'avons vu, est venue transposer au droit interne les dispositions de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Mais la Grande-Bretagne, qui applique cette même convention, n'a pas choisi de privilégier la voie pénale et privilégie des sanctions civiles et administratives.

<sup>3</sup> Décret du 21 avril 1939, art. 1<sup>er</sup>, *J.O.*, 25 avril 1939, p. 5295.

<sup>4</sup> C'est notamment le cas de la Belgique, des Pays-Bas, de la Finlande, de l'Italie, de l'Espagne... In SUK J., « Procedural Path Dependence: Discrimination and the Civil-Criminal Divide », *Washington University Law Review*, vol. 85, 2008, p. 1317.

entre l'acte et la parole pour caractériser l'intention en matière pénale pose problème et déteint sur l'ensemble du droit antidiscriminatoire français<sup>1</sup>.

### §1) Une pénalisation excessive ?

L'harmonisation souhaitée et favorisée par les directives communautaires tout comme les interventions de la Commission européenne et le financement de programmes intercommunautaires pourraient difficilement s'accommoder de cette spécificité française du choix pénal. Certains auteurs considèrent que « la lutte contre les discriminations ne relève pas du juge criminel »<sup>2</sup> et dénoncent une pénalisation excessive des discriminations « raciales » en France. Ce n'est pas toujours justifié (A). De plus, toutes conditions ne sont pas réunies pour favoriser la mobilisation de la voie civile (B).

#### A) La priorité accordée au pénal

La voie pénale est particulièrement privilégiée par les victimes et les associations antiracistes qui les soutiennent en matière de discrimination « raciale ». La procédure pénale est en France inquisitoriale et gratuite pour le demandeur, contrairement à la procédure civile. Les opposants au principe de pénalisation ont souligné la difficulté de la preuve qui serait une raison majeure de l'inefficacité de la voie pénale, mais ce constat ne résiste pas tout à fait à l'étude précise de la jurisprudence. Au-delà des avantages de la procédure pénale, « les fonctions et caractéristiques de la sanction pénale devraient de prime abord conduire à la privilégier »<sup>3</sup>. En donnant à la victime le droit d'être partie au procès pénal, l'action civile exercée devant le juge pénal a un caractère « qui peut être non seulement restitutif, mais rétributif et répressif, tendant à l'application d'une peine, d'un châtiment »<sup>4</sup>. Si dans les pays de *common law*, la prédominance conférée au procès civil par le législateur et la priorité accordée à la réparation du dommage sur la sanction du manquement marque la volonté de traiter les discriminations comme une conduite défailante dans un système de libre concurrence et de confiance, la pénalisation insiste, elle, sur l'atteinte à un droit fondamental

---

<sup>1</sup> C'est en effet à partir du paradigme de la liberté syndicale - pour lequel l'intentionnalité n'est jamais loin - que le droit du travail de la non-discrimination se développe.

<sup>2</sup> RECHT S., NIESSEN J., CHOPIN I. (eds), *Anti-discrimination Legislation in EU Member States, France : A comparison of national anti-discrimination legislation on the grounds of racial or ethnic origin, religion or belief with the Council Directives*, Vienne, EUMC, 2002, p. 10.

<sup>3</sup> MASSIAS F., « Faut-il pénaliser le racisme ? », *op. cit.*, p. 601.

<sup>4</sup> DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit*, Paris, PUF, coll. Quadriga, 2004 [1986], p. 86.

de notre société<sup>1</sup>. Enfin, le caractère public et la portée symbolique du procès pénal constituent des atouts non négligeables.

Plusieurs pays ont été amenés à poser des critères de choix ou d'évitement du juge pénal afin de donner une cohérence à l'ensemble du réseau de sanctions<sup>2</sup>. Des critères ont été proposés pour orienter le choix entre voie pénale et réseau extra-pénal, chaque critère connaissant plusieurs degrés pour indiquer la proximité avec la catégorie pénale : la faute peut être intentionnelle, d'imprudence ou matérielle ; l'intérêt protégé peut être une valeur à haute protection, à protection relative ou une simple règle disciplinaire ; le dommage peut être fort, faible ou éventuel. Dès lors que la combinaison de ces indicateurs dépasse un certain seuil, le comportement relèvera du réseau pénal<sup>3</sup>. Selon, Florence Massias, ce seuil décisif est atteint pour les discriminations « raciales ». Si les autres réseaux devaient intervenir, « ce ne pourrait être qu'à titre complémentaire et non alternatif sauf à affaiblir la dimension symbolique du droit pénal »<sup>4</sup>.

Du point de vue de l'élément moral, le législateur a visé ces discriminations comme des distinctions intentionnelles fondées sur un critère inacceptable. Sur le plan de la nature des valeurs protégées, les discriminations contreviennent si fortement au principe d'égalité qu'elles portent aussi atteinte au principe de dignité humaine, valeur absolue qui dépasse les seuls intérêts de la personne en cause. Les victimes de discriminations qui s'engagent dans la voie contentieuse privilégient la voie pénale sans doute parce qu'avant de léser des intérêts privés dont l'atteinte est « l'un des critères indiquant une forte proximité avec le réseau des sanctions civiles »<sup>5</sup>, les discriminations, « qui mettent en cause l'exercice de droits et de libertés, sont d'abord des atteintes à l'ordre public »<sup>6</sup>, aux valeurs démocratiques de la société. G. Cohen-Jonathan rejoint ce point de vue<sup>7</sup>. Sur le plan du dommage, l'atteinte est toujours qualitativement et quantitativement forte car un comportement discriminatoire porte le risque de la diffusion et de la banalisation du racisme. Ainsi, la sanction pénale des discriminations est « un indice fort du degré de réprobation que la société manifeste à l'égard de

---

<sup>1</sup> SUK J., « Procedural Path Dependence: Discrimination and the Civil-Criminal Divide », *op. cit.*, p. 1350.

<sup>2</sup> Comité européen pour les problèmes criminels, *Rapport sur la décriminalisation*, Affaires juridiques, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1980, 294 p.

<sup>3</sup> DELMAS-MARTY M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, Thémis, PUF, 1992, p. 286 et s.

<sup>4</sup> MASSIAS F., « Faut-il pénaliser le racisme ? », *op. cit.*, pp. 607-610.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 608

<sup>6</sup> STASI B., *op. cit.*, p. 37.

<sup>7</sup> COHEN-JONATHAN G., « Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale », *op. cit.*, p. 674. Voir aussi M. MINE, « Les apports de la nouvelle loi à la lumière du droit communautaire », *op. cit.*, p. 21.

comportements socialement répréhensibles »<sup>1</sup>. De plus, la réparation civile n'apparaît pas adéquate pour des discriminations quotidiennes telles que le refus d'accès à l'emploi, au logement, aux loisirs en l'absence d'un véritable dommage financier. Dans d'autres circonstances, la réparation civile peut être plus efficace, mais « il y a des valeurs qui se déroberont à l'évaluation pécuniaire, des dommages irréparables, et même si l'annulation de la décision irrégulière peut assurer un avenir conforme au droit, elle ne peut revenir sur le passé, (...) faire que ce qui a été vécu n'ait pas existé »<sup>2</sup> et répondre au besoin symbolique de dénonciation et de reconnaissance.

Pourtant, selon Erik Bleich, c'est la priorité donnée depuis 1972 à la voie pénale pour sanctionner les discriminations qui explique la faiblesse du nombre de condamnations obtenues en France. À titre de comparaison, entre juin 1994 et mai 1995, 1365 plaintes pour discriminations à l'embauche étaient déposées auprès de l'équivalent britannique de nos conseils des prud'hommes et, sur ce total de réclamations, 72 avaient obtenu gain de cause et réparation tandis que 325 cas s'étaient réglés par conciliation hors de l'audience<sup>3</sup>. Mais reste à savoir si ce constat de l'ineffectivité de la pénalisation est juste et, le cas échéant, s'il appelle alors un changement de réseau juridictionnel ou s'il doit seulement conduire à améliorer l'efficacité du système pénal retenu jusqu'alors.

Les actions pénales ont certes un champ plus restreint que les recours civils car elles ne peuvent viser que les discriminations intentionnelles et la preuve de l'intention reste exigeante. Les textes internationaux de l'ONU ou de l'OIT, comme les directives communautaires et la jurisprudence de la CJUE, visent l'effet de la distinction opérée, le résultat discriminatoire : le mobile et les intentions de l'auteur peuvent ne pas être pris en considération car la discrimination existe indépendamment de toute recherche sur le but. Alors que la recherche de l'intention renvoie aux débats sur les éléments constitutifs de l'infraction pénale, cette conception objective de la discrimination est conforme à la

---

<sup>1</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations...*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>2</sup> RIVERO J., « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *op. cit.*, p. 376.

<sup>3</sup> BLEICH E., « Histoire des politiques françaises antidiscrimination : du déni à la lutte », *Hommes et Migrations*, n° 1245, septembre-octobre 2003, p. 9. La sur-mobilisation du droit antidiscriminatoire dans les pays anglo-saxons est sans doute liée à l'absence de protection du contrat de travail. La norme antidiscriminatoire apparaît comme la seule voie pour contester certaines pratiques de l'employeur alors qu'en France, le droit du travail est bien plus protecteur (pour exemple, l'obligation de justifier les licenciements date de 1977 : certains arrêts français sur le licenciement concernent la discrimination, mais nul n'est besoin de passer par cette voie).

conception civile<sup>1</sup> et milite pour que soit donnée la priorité aux recours civils. Ainsi, le GELD estimait désormais que la voie pénale « ne peut donc constituer le mode normal de traitement des discriminations »<sup>2</sup>. La faiblesse du traitement civil tenait jusqu'ici pour l'essentiel à la nécessité pour la personne discriminée d'apporter la preuve de la discrimination. Isolée et privée de véritables moyens d'investigation (à la différence du juge d'instruction), la victime ne pouvait guère obtenir une reconnaissance judiciaire. Le recours au juge pénal serait donc aujourd'hui particulièrement inadapté parce que les victimes de discrimination « raciale » peuvent bénéficier devant le juge civil du nouveau régime probatoire.

Ainsi, sous l'influence du droit communautaire, la réparation par le juge civil semble pouvoir être privilégiée. Cette évolution serait imminente selon certains observateurs au regard des pratiques observées dans les pays étrangers. Au Royaume-Uni, quand l'approche pénale s'est avérée « inadéquate en raison de l'exigence relative à la charge de la preuve et de la réticence du ministère public à porter les affaires devant les tribunaux, l'approche américaine consistant à imposer une responsabilité civile pour des actes de discrimination directe et de discrimination indirecte, fut adoptée »<sup>3</sup>. L'objectivation de la discrimination en France devrait également rendre ce changement de réseau inéluctable même si l'idée d'admettre une discrimination déconnectée de toute recherche d'intention apparaît contre-nature dans le système juridique français en raison de la criminalisation des pratiques discriminatoires et du rôle symbolique que tient le droit pénal<sup>4</sup>.

## B) Les conditions d'un traitement civil

Certains plaident pour un investissement massif des acteurs dans le champ civil car, contrairement à la plainte pénale dont le sort repose entre les mains du procureur de la République ou du juge d'instruction et reste ainsi soumis aux aléas de la procédure, la voie civile permettrait de garder la maîtrise de l'action judiciaire. Mais l'analyse de la jurisprudence pénale a montré que les acteurs parviennent souvent à contourner l'inertie des

---

<sup>1</sup> LANQUETIN M-T., « La notion de discrimination dans le droit international et communautaire », in *La lutte contre les discriminations, entre théorie et pratique, entre droit et politique, Actes du séminaire du 21 juin 2000*, CREDOF, Université de Paris X- Nanterre, 2002, p. 17.

<sup>2</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations...*, *op. cit.*, p. 18

<sup>3</sup> O'CONNOR C., « Les biens et les services : description de la situation », In *Réflexions sur l'intégration des différents motifs de discrimination dans les dispositions sur l'égalité-Quel avenir ?*, Rapport de la 7<sup>ème</sup> réunion d'experts accueillie par la commission d'égalité pour l'Irlande du Nord, 17-18 juin 2004, Bruxelles, Migration Policy Group, 2004, p. 4.

<sup>4</sup> FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 36.



procureurs en recourant à la plainte avec constitution de partie civile et à la citation directe. Néanmoins, le développement de la procédure du référé permet au juge civil d'intervenir plus rapidement pour faire cesser la discrimination<sup>1</sup>. De plus, l'objectivation de la discrimination tout comme l'aménagement de la preuve, innovations encore récentes en droit français, devraient permettre au droit d'être plus efficace à condition que les acteurs puissent se saisir de ces nouveaux outils<sup>2</sup>. Pourtant, comme le relevait Nathalie Ferré, cette construction pourrait souffrir d'un manque d'effectivité si les juridictions ne favorisent pas l'accès aux preuves et si « le juge, souverain dans l'appréciation des éléments de preuve, se montre trop exigeant pour retenir la présomption de discrimination »<sup>3</sup>.

Le régime de l'aménagement de la preuve qui est issu du droit anglo-saxon est en effet articulé, aux États-Unis comme en Angleterre, à un droit d'accès à la preuve (communication des pièces détenues par la partie adverse, expertises indépendantes et auditions contradictoires des témoins)<sup>4</sup>. Le juge se montre aussi particulièrement actif pour obliger l'employeur à fournir des documents utiles au plaignant, ce qui n'est pas le cas dans les pays de droit continental, ceci expliquant les difficultés de mise en œuvre du nouveau régime probatoire. Certes, l'art. 131 du nouveau code de procédure civile (NCPC) indique que chacune des parties doit transmettre les documents qui fondent ses allégations. Le juge peut aussi prendre des mesures d'office<sup>5</sup> et est autorisé à prendre des mesures d'instruction pour éclaircir les faits sur lesquels la résolution du litige repose, si l'une des parties le demande<sup>6</sup> : il peut exiger de la personne mise en cause la production de documents pour permettre d'étayer les allégations du salarié. Mais l'article 146 NCPC prévoit qu'« *en aucun cas une mesure d'instruction ne peut*

---

<sup>1</sup> Sur la compétence du juge des référés pour ordonner la réintégration sous astreinte d'un salarié licencié en violation des dispositions de l'art. L. 1132-1 CT, v. C.A. Paris, 15 novembre 1995, *Droit ouvrier*, 1996, p. 173, note P. M. et Chambéry, 21 mai 1996, *Droit ouvrier*, 1996, p. 415, obs. P. Darves Borno. La décision de référé ayant ordonné provisoirement la réintégration d'un salarié est dépourvue de l'autorité de chose jugée, cf. Cass. soc., 1<sup>er</sup> avril 2008, *J.C.P. S* 2008, p. 1337, note Frai.

<sup>2</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations...*, *op. cit.*, p. 19. Les juges du fond n'ont ainsi pas l'obligation de relever d'office une discrimination, cf. Cass. soc., 5 juillet 2005, n° 03-44.281 : la Cour d'appel « *qui était saisie du seul point de savoir si le principe "à travail égal, salaire égal" avait été méconnu, n'avait pas à se prononcer sur une discrimination en raison de l'un des cas énumérés par l'article L. 122-45 du Code du travail* ».

<sup>3</sup> FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 39.

<sup>4</sup> Pour une présentation de la procédure dite de « *Discovery* » appliquée par les tribunaux civils américains dès que la victime a formulé une allégation courte et sommaire de discrimination, v. SUK J., « Procedural Path Dependence : Discrimination and the Civil-Criminal Divide », *Washington University Review*, vol. 85, 2008, p. 1353-1357. Néanmoins, celle-ci indique que cette facilité d'accès aux preuves qui permet aux victimes d'étayer leurs allégations vient justifier la limitation de la responsabilité des employeurs (*Ibid.*, pp. 1357-1360).

<sup>5</sup> Art. 10 NCPC.

<sup>6</sup> Art. 142 et 145 NCPC.

*être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve* ». Il est donc nécessaire en France de présenter en amont des éléments de preuve de la discrimination suffisants pour obtenir du juge une ordonnance de communication de documents<sup>1</sup>. De plus, le juge civil n'a qu'exceptionnellement recours à l'expertise. La charge de la preuve qui pèse sur le demandeur reste donc lourde. Enfin, alors que le standard de prépondérance (*preponderance of evidence*) - qui veut qu'un fait soit considéré comme prouvé s'il paraît vraisemblable - s'applique en droit civil américain, en France, le recours à l'intime conviction indique une exigence supérieure<sup>2</sup>.

Pour que le nouveau régime probatoire prenne toute sa place devant les tribunaux français, les juges doivent conclure à l'apparence de discrimination sans rechercher de faute et transférer la charge de la preuve en exigeant du défendeur des justifications objectives à la différence de traitement. Ils doivent aussi permettre au demandeur d'accéder aux informations en possession du défendeur. Un mouvement d'ouverture des mesures d'instruction civile « pourrait fonder une réelle théorie du droit d'accès à la preuve »<sup>3</sup> en matière de discrimination. Pour favoriser une telle évolution du rôle du juge, les avocats doivent, comme leurs confrères anglo-saxons, se familiariser avec l'usage des procédures pour favoriser l'accès à la preuve alors qu'aujourd'hui, « les acteurs maîtrisent mieux l'approche du recours et de la preuve en matière pénale »<sup>4</sup>. La jurisprudence innovante de la Cour de cassation relative à la discrimination syndicale et la méthodologie de la preuve<sup>5</sup> doivent donc être diffusées, enseignées aux praticiens et étendues aux autres critères de discrimination. Alors

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 4 octobre 2005, n° 03-45491 (rejet) : les juges ne peuvent ordonner une expertise pour caractériser l'existence d'une discrimination si le salarié n'a pas lui-même procédé à une comparaison de son évolution de carrière et de rémunération avec celles des salariés placés dans le même environnement et présentant la même ancienneté et la même formation.

<sup>2</sup> Voir Groupement de droit comparé, *L'expertise et la preuve : analyse comparée des systèmes américain, britannique et français*, Conférence du 17 octobre 2007, Paris.

<sup>3</sup> LATRAVERSE S., « L'ouverture de la jurisprudence en matière d'accès à la preuve : le défi de la mise en œuvre du droit de la discrimination en France », *op. cit.*, p. 7.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>5</sup> Sophie Latraverse esquisse les contours de ce savoir-faire nécessaire pour construire « une théorie de la cause ». Il s'agit de mobiliser les preuves accessibles en identifiant les documents auxquels le plaignant a accès ou dont il pourra parfois disposer (documents de l'entreprise accessibles en tant que salarié et par l'intermédiaire du syndicat et des instances représentatives du personnel, documents accessibles en vertu du droit d'accès à l'information, attestation de divers témoins, correspondance avec l'inspection du travail ou des organismes publics, certificat médical...). Certaines preuves ne pourront être obtenues qu'après des procédures motivées qu'il s'agira de présenter au moment opportun devant le juge. De même, une expertise (médicale, technique, scientifique, sociologique) pourra être utile pour compléter la présentation du demandeur, analyser les preuves rassemblées : l'avocat du demandeur devra alors s'impliquer dans la définition du mandat de l'expert. Enfin, les témoignages, qui occupent une place majeure dans le processus de preuve des pays anglo-saxons, peuvent constituer un enjeu important pour compléter, éclairer les preuves documentaires et permettre de confronter les contradictions du défendeur. In « Le droit d'accès à la preuve : le défi de la preuve de discrimination dans les pays de droit civil - L'exemple de la France », Académie de droit européen, Trèves, 2 et 3 mai 2005, pp. 6-8.

que de telles méthodes n'ont été utilisées que dans de rares affaires de discrimination « raciale » portées devant les juridictions sociales, la situation pourrait évoluer si les syndicats choisissent de s'investir davantage dans ce domaine et si les associations, plus familières des prétoires pénaux, s'emparent de cette méthodologie.

## **§2) La recherche d'une meilleure articulation entre les voies pénales et civiles**

« L'importance prise par la répression pénale est sans nul doute l'indice de l'effritement des valeurs communes autour desquelles les sociétés pouvaient s'identifier : faute d'acceptation tacite des règles du jeu social, la répression devient le seul moyen de les faire prévaloir »<sup>1</sup>. Le législateur français a continué de souligner la spécificité pénale du droit français de la non-discrimination en consacrant l'admissibilité du *testing* devant les seuls tribunaux pénaux (loi du 31 mars 2006) et en marquant sa volonté d'améliorer l'accès au juge pénal des victimes de discriminations avec la création des « pôles anti-discrimination » au sein des parquets. Surtout, la voie pénale présente, comme nous l'avons souligné, un intérêt réel qui est parfois négligé. Voilà pourquoi, s'il n'est pas question de préconiser une utilisation systématique de la voie pénale, « son quasi-abandon doit être redouté »<sup>2</sup> dans un contexte de relative banalisation et d'impunité des discriminations « raciales » et ce d'autant plus que les discriminations intentionnelles n'ont pas disparu depuis que le droit prend en compte les discriminations directes inconscientes et les discriminations indirectes<sup>3</sup>. Pourtant, nous l'avons dit, la voie civile présente elle aussi des atouts. Face aux possibilités qu'offre les différentes juridictions (A), il s'agit donc, plutôt que d'opposer les réseaux judiciaires, de jouer sur la complémentarité des juridictions civile et pénale et d'articuler les procédures pertinentes (B).

### A) Le choix du forum judiciaire

Les champs couverts par l'interdit discrimination du code pénal et du code du travail ne superposent pas. Les actes visés par le code du travail sont plus nombreux (même si le délit

---

<sup>1</sup> CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 105.

<sup>2</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations...*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>3</sup> Malgré des dizaines d'années de lutte anti-discriminatoire aux États-Unis, les chercheurs estiment que la discrimination intentionnelle fondée sur la « race » ou le sexe touche près de 2 millions de salariés américains. In BLUMROSEN A. W., BLUMROSEN R. G., « The Reality of Intentional Job Discrimination in Metropolitan America », 1999 ([www.eeol.com](http://www.eeol.com)).

de « fichage ethnique » n'est prévu que par le code pénal), ce qui laisse un rôle important à jouer à l'incrimination spéciale. En matière de discriminations « raciales », le juge pénal ne peut prononcer de sanction pénale que pour l'embauche, l'accès à un stage ou à une formation, la sanction disciplinaire et le licenciement (art. 225-2 CP) alors que le juge civil est compétent pour toutes les mesures patronales prises dans le cadre de son pouvoir de direction (art. L. 1132-1 CT) et notamment pour les mesures de représailles à l'égard d'une victime ou d'un témoin.

La loi du 9 mars 2004 a aggravé les sanctions prévues par le code pénal pour les faits de discrimination visés par celui-ci<sup>1</sup> mais le niveau des peines prévues par le code du travail en réponse aux mêmes discriminations dans l'emploi (syndicales et sexistes) reste beaucoup plus faible<sup>2</sup>. Il en résulte une disparité d'approche difficilement compréhensible, laissant à penser que certaines décisions discriminatoires seraient moins graves que les autres parce qu'elles sont envisagées uniquement par le code du travail (déroulement de carrière ou sous-rémunération). Lorsque le préjudice est issu d'une infraction pénale, c'est-à-dire d'une discrimination intentionnelle, la victime peut avoir le choix entre juridictions pénale et civile. Elle peut alors exercer l'action civile en même temps que l'action publique devant la même juridiction (art. 3 CPP) mais elle peut aussi l'exercer séparément (art. 4 CPP). Le juge civil ne peut statuer tant que le juge pénal ne s'est pas prononcé définitivement sur l'action publique, si celle-ci a été mise en mouvement. Afin de prévenir tout conflit entre les décisions civile et pénale, primauté est donnée au juge pénal en raison notamment des moyens d'investigation plus efficaces dont dispose le juge répressif. Le principe de la chose jugée s'impose alors au juge civil tandis que la décision prise par le juge civil est dépourvue de toute autorité à l'égard de la juridiction pénale qui conserve son entière liberté d'appréciation<sup>3</sup>. Logiquement, la constitution de partie civile devant les juridictions pénales implique un désistement de l'action civile<sup>4</sup>. S'il est théoriquement possible de combiner les deux voies en exerçant d'abord un recours civil, en pratique, ni les victimes ni les associations ne se lancent dans des démarches judiciaires aussi fastidieuses : quand les périmètres des droits civil et pénal se chevauchent, « il faut choisir le forum judiciaire »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> 3 ans d'emprisonnement et 45.000 € d'amende s'agissant des personnes physiques.

<sup>2</sup> 3750 € et/ou un an d'emprisonnement.

<sup>3</sup> Cass. crim., 11 février 2002, n° 02-81918.

<sup>4</sup> Le GELD recommandait de « permettre au juge pénal de sanctionner le dommage extra-pénal en matière de discrimination raciste en cas de relaxe » tel que le prévoit l'art. 470-1 CPP (*in Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations...*, *op. cit.*, p. 54).

<sup>5</sup> *Ibid.* Néanmoins, après un échec devant le juge pénal, la victime peut se tourner vers le juge civil qui n'est pas censé avoir les mêmes exigences quant à la preuve et le caractère intentionnel de la discrimination.

L'étude de la jurisprudence montre le pragmatisme des stratégies développées. Dans le contentieux civil et le contentieux pénal de la discrimination à l'emploi, on constate que les mesures patronales visées diffèrent en nature. D'abord, dans les cas de subordination d'une offre d'emploi ou de logement à un critère discriminatoire et en l'absence de victime identifiée, les associations ne peuvent s'adresser qu'au juge pénal. De plus, si le contentieux pénal concentre les discriminations liées à l'embauche, les juridictions sociales ignorent quant à elles totalement les litiges sur les discriminations à l'embauche et se focalisent sur le déroulement de carrière et la rupture du contrat<sup>1</sup>. Cela s'explique en raison des preuves que les plaignants détiennent (la liberté de la preuve prévaut au pénal) et du fait que le refus d'embauche reste un préjudice difficile à évaluer pour les juridictions civiles. Jusqu'à récemment, tant que la promesse d'embauche n'était pas signée, le Conseil des prud'hommes se déclarait incompétent et le candidat devait soumettre sa demande de dommages et intérêts à la juridiction civile de droit commun<sup>2</sup>. Si les juridictions sociales se sont récemment reconnues compétentes pour trancher des litiges relatifs à l'art. L. 1132-1 CT concernant l'embauche<sup>3</sup>, ces rares affaires ont toujours en commun le fait que le plaignant et le défendeur avaient noué des relations professionnelles en amont d'une éventuelle embauche<sup>4</sup>. De plus, la victime ne peut pas demander à la juridiction du travail saisie « une remise en l'état », comme c'est le cas lorsque la discrimination touche l'exécution du travail ou le licenciement<sup>5</sup>. Enfin, le testing, preuve de prédilection de la discrimination à l'embauche, ne sera sans doute pas admis devant le juge civil ; plus généralement, le régime organisé des preuves peut freiner

---

<sup>1</sup> Voir LANQUETIN M-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, pp. 40-41.

<sup>2</sup> La circulaire DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles, de nature interprétative, accompagne la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1993 - dont l'art. 27 a modifié l'art. L. 122-45 CT en y ajoutant les faits de discrimination à l'embauche - et indiquait : « *il est précisé que le contrat de travail n'ayant pas été conclu, le conseil des prud'hommes ne saurait être compétent pour connaître ces litiges* » (*B.O. Trav.*, 5 juin 1993, n° 10).

<sup>3</sup> Cette interprétation marque la volonté des magistrats d'établir un « bloc de compétence » au profit de la juridiction prud'homale devant laquelle on bénéficie de l'aménagement de la preuve (Communiqué de presse accompagnant la publication de l'arrêt). In TOURREIL J-E, « La demande d'indemnisation d'un salarié victime de discrimination à l'embauche relève des prud'hommes », *Jurisprudence sociale Lamy*, n° 205, 13 février 2007, p. 17.

<sup>4</sup> Voir C.A. Limoges, ch. Soc., 14 mars 2000, *M. K. E. C/ EDF-GDF*, inédit (le recours émanait d'une jeune Française d'origine maghrébine qui avait obtenu son diplôme suite à un contrat d'apprentissage dans l'entreprise mais n'avait pas été recrutée à l'issue de celui-ci. Les juges n'ont finalement pas retenu la discrimination « raciale » à l'embauche mais ont condamné l'entreprise au versement de dommages et intérêts pour non-respect de la procédure statutaire prévoyant l'information des représentants du personnel en cas de difficulté remettant en cause l'embauche) ; Cass. soc., 20 décembre 2006, n° 06-40864, *Bull.* 2006 V n° 404, p. 390 (il s'agissait en l'espèce d'un litige introduit par un correspondant local de la Nouvelle République ayant le statut de travailleur indépendant et payé sous formes d'honoraires qui s'était vu refuser un emploi de journaliste) ; C.A. Toulouse, 4<sup>ème</sup> ch. section 2, 19 février 2010, n° 140/2010 (discrimination « raciale » à l'embauche de la société Airbus : le requérant était un intérimaire employé à plusieurs reprises par l'entreprise).

<sup>5</sup> FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 51.

l'enquête dans le cadre d'un recours civil<sup>1</sup>. En cas de refus d'embauche pour un motif discriminatoire, la voie pénale paraît donc la plus pertinente. Pour des raisons similaires, le recours au pénal s'impose souvent quand la pratique consiste en un refus de fourniture de biens et de services.

Si l'intention de discriminer est manifeste, la voie pénale doit être privilégiée, mais il peut être judicieux d'entamer un recours civil quand l'intention discriminatoire ne peut être démontrée afin de bénéficier de l'aménagement de la preuve qui prévaut devant les juridictions civiles<sup>2</sup>. L'aménagement de la charge de la preuve suppose que la victime ne doit présenter que des éléments laissant apparaître une différence de traitement : elle n'a pas à prouver que le critère « racial » a motivé l'inégalité de traitement. C'est alors au défendeur d'apporter en retour des éléments objectifs étrangers à tout critère discriminatoire justifiant l'inégalité de traitement. De plus, la voie civile peut être pertinente au regard des délais de prescription plus longs dont bénéficie la victime devant le juge civil<sup>3</sup>. Enfin, s'il est aujourd'hui difficile d'évaluer l'efficacité de la voie civile faute de jurisprudence en matière de discriminations « raciales », on peut considérer que la multiplication des recours civils permettrait une meilleure compréhension et intégration de la discrimination dans sa dimension objective. S'il faut améliorer la construction de la preuve, les évolutions apportées dans les affaires de discrimination syndicale montrent qu'il s'agit avant tout d'un problème de mobilisation des acteurs en ce sens et notamment des syndicats, acteurs les plus à même de débusquer des discriminations dans l'entreprise.

## B) Combiner les voies civile et pénale

Comme le soulignent M-T Lanquetin et M. Grévy, « la voie civile et la voie pénale [...] devraient non s'opposer mais se conforter »<sup>4</sup>. Le référé prud'homal peut s'insérer dans une stratégie alliant procédures civile et pénale car il n'exclut pas le recours pénal et peut servir à le nourrir. Le juge des référés est le juge de la protection des libertés et des droits

---

<sup>1</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>2</sup> La décision *Dekker* de la CJUE dans l'affaire *Dekker*, selon laquelle le droit à un recours ne dépend pas de la faute commise par le discriminateur, confirme que les sanctions pénales (qui dépendent de la faute commise par le discriminateur) ne peuvent suffire à elles seules compte tenu des définitions imposées par le droit communautaire » (CJCE, 8 novembre 1990, *E.J.P. Dekker c/ Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus*, aff. 177/88, *Rec.*, p. I-3441).

<sup>3</sup> Cinq ans à partir du moment de la révélation de la discrimination en civil contre trois ans au pénal.

<sup>4</sup> LANQUETIN M-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 73.

fondamentaux, son intervention rapide peut permettre de mettre fin au comportement discriminatoire avant qu'il n'ait produit des conséquences irréversibles en termes de rémunération ou de promotion<sup>1</sup>. Il est toujours compétent dans les cas de discrimination car l'urgence est sous-entendue par la nécessité de mettre fin à un comportement manifestement illicite. De plus, il détient un pouvoir d'injonction intéressant et la remise en l'état sera d'autant plus pertinente que le temps écoulé entre l'illicéité et l'intervention judiciaire n'aura pas rendu la situation de fait irréversible<sup>2</sup>. Il pourrait à ce titre ordonner à l'employeur, sous astreinte, d'accorder à un salarié la qualification ou la formation refusée pour un motif discriminatoire.

Le droit d'alerte « libertés » dont bénéficient les délégués du personnel, est à ce jour peu utilisé et il ne semble mis en œuvre que pour des discriminations syndicales et sexuelles. L'article L. 2313-2 du code du travail prévoit en effet que si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, une atteinte injustifiée aux droits des personnes, par exemple une mesure discriminatoire, il peut saisir immédiatement l'employeur qui doit alors procéder à une enquête sur les faits dénoncés. En cas de carence de l'employeur ou à défaut de solution, le salarié ou le délégué du personnel peut saisir le Conseil des prud'hommes qui statue en référé, c'est-à-dire dans l'urgence et sans préalable de conciliation. Ce procédé mérite donc d'être enfin découvert et mobilisé. On pourrait imaginer que dans ce cadre, le juge soit amené à imposer à l'employeur un véritable plan de prévention : « voilà à tout le moins une piste sur laquelle quelques juges audacieux pourraient bien vouloir s'engager »<sup>3</sup>. Mais le problème de sa compétence est souvent discuté : les juges s'abritent derrière l'existence d'une contestation sérieuse de la discrimination - quand ils reconnaissent que des faits établissent son existence - ou derrière l'absence d'urgence pour écarter leur compétence, alors que le juge des référés peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en l'état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite<sup>4</sup>.

Dans la recherche de preuve, il faut aussi savoir utiliser les différentes procédures disponibles telles que l'ordonnance sur requête auprès du président du TGI ou le référé prévu

---

<sup>1</sup> L'art. L. 2313-2 al. 4 CT prévoit que « le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser [l'atteinte constatée] ».

<sup>2</sup> MOUSSY P., « Le référé prud'homal face aux discriminations », *Droit ouvrier*, octobre 1992, pp. 366-374.

<sup>3</sup> ADAM P., « Harcèlement moral : une affaire remarquable (ou l'occasion de mettre en lumière et en discussion l'art. L. 422-11 du Code du travail) », *Droit ouvrier*, n° 696, juillet 2006, p. 325.

<sup>4</sup> LANQUETIN M-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 74.

par l'art. 145 NCPC selon lequel « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instructions légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou 'en référé'* ». Ainsi, sur la base d'une ordonnance sur requête, procédure moins lourde que le référé, le président du TGI peut donner mandat à un huissier de pénétrer sur des lieux privés pour se faire remettre des documents afin de conservation des preuves, car ces documents risqueraient de disparaître (y compris dans le cadre d'un référé). Certes, la partie adverse « peut » toujours refuser les demandes de l'huissier sans grand risque (les poursuites étant inexistantes)<sup>1</sup>, mais une telle attitude pourrait constituer un indice fort de discrimination. Dans le cas d'une commission rogatoire du juge d'instruction, la partie est dans l'obligation de se soumettre à la perquisition. De même, dans le cadre d'une procédure pénale, le référé-expertise par lequel un expert peut être désigné par le tribunal civil pour analyser les preuves et en tirer toute conclusion peut s'avérer très utile en pré-constituant une preuve qui sera ensuite versée au dossier pénal.

Plutôt que d'en appeler à la dépenalisation des discriminations « raciales » au profit des juridictions civiles, il s'agit surtout d'orienter les recours vers les juridictions adéquates selon les domaines dans lesquels intervient la discrimination contestée et selon la nature des preuves rassemblées. Il s'agit ainsi de combiner les atouts des procédures offertes par les différentes voies judiciaires. À ce titre, comme le préconisait le Rapport Stasi, il serait pertinent que le ministère de la Justice se dote d'une cellule à compétence transversale composée de magistrats et d'experts pour renforcer la coordination entre les différents départements (affaires civiles, affaires criminelles, service d'accès au droit, politique de la ville) ainsi qu'entre le ministère et les juridictions pour contribuer à l'élaboration de circulaires ou d'instructions données dans le domaine de la lutte contre les discriminations aux procureurs<sup>2</sup>. Mais en définitive, l'orientation de la juridictionnalisation dépendra de l'attitude des juridictions elles-mêmes : si les mesures d'instructions se multiplient et si les réparations accordées par le juge civil deviennent particulièrement dissuasives et exemplaires, les victimes se tourneront plus volontiers vers cette voie.

---

<sup>1</sup> Voir Requête de SOS Racisme au Président du TGI de Bordeaux, 7 mars 2001, n° 255/01 ; TGI de Bordeaux, Ordonnance de non-lieu, 6 mars 2002, n° 01/50505, *op. cit.*

<sup>2</sup> STASI B., *op. cit.*, p. 83.



### **Section 3- La faible juridictionnalisation des discriminations « raciales » institutionnelles<sup>1</sup>**

Les recours pour discrimination « raciale » restent avant tout ciblés sur les agents économiques privés alors même que les usagers de services publics ou les agents des collectivités publiques peuvent en être victimes. Ainsi, 25 % des agents de la fonction publique affirmaient avoir été victimes de discrimination sur leur lieu de travail au cours de l'année 2010 et l'« origine ethnique » constitue alors le principal critère des discriminations vécues et observées<sup>2</sup>. Le droit de la fonction publique apparaît « doublement concerné par la lutte contre les discriminations : auteurs ou victimes potentiels de discrimination, les agents publics ont un devoir de non-discrimination et un droit à la non-discrimination »<sup>3</sup>. Ainsi, l'agent public bénéficie en tant que victime potentielle d'une double protection, une protection pénale et une protection statutaire qui découle de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée qui fixe les droits et obligations des fonctionnaires. En tant qu'auteur, il s'expose à des sanctions disciplinaires et pénales.

Pour les requérants qui cherchent à faire sanctionner une administration ou un fonctionnaire pour discrimination « raciale », la tendance est de se tourner vers les juridictions pénales comme si le juge administratif ne constituait pas une ressource pertinente. Le contentieux administratif relatif aux discriminations « raciales » semble aujourd'hui encore quasi inexistant (§1). Les affaires mettant en cause des politiques administratives discriminatoires ont été portées devant le juge pénal (§2).

---

<sup>1</sup> L'expression ici utilisée recouvre l'ensemble des discriminations produites par des agents ou plus généralement par les administrations et représentants politiques. Nous ne reprenons pas ici l'expression anglaise de « racisme institutionnel » issue du Rapport Macpherson publiée en février 1999 (cf. Macpherson of Cluny William, *The Stephen Lawrence Inquiry : Report of an Inquiry*, London : The Stationery Office, 1999, 2 vol., 340 p.). Le « racisme institutionnel » est défini comme la « manifestation par une organisation dans son ensemble de son incapacité à fournir un service professionnel adéquat aux individus en raison de la couleur de leur peau, de leur origine culturelle ou ethnique. Ce racisme se manifeste dans des processus, des attitudes et des comportements qui, dans leur ensemble, ont un résultat discriminatoire par le biais de préjugés inconscients, de l'ignorance, d'un manque de considération et l'emploi de stéréotypes racistes qui désavantagent les membres des minorités ethniques » (OSLER A., STARKEY H, « Le racisme institutionnel : de l'invention politique à la recherche d'outils », *Migrations Sociétés*, septembre-octobre 2010, n° 131, p. 634).

<sup>2</sup> HALDE/OIT, *Perceptions des discriminations au travail : regards croisés salariés du privé et agents de la fonction publique*, Synthèse de l'institut CSA, Baromètre 4<sup>ème</sup> édition, décembre 2010, p. 14

<sup>3</sup> FITTE-DUVAL A., « Le fonctionnaire et la discrimination : approche administrative et pénale », *L'Actualité juridique-Fonctions publiques*, janvier-février 2003, p. 7.

## §1) L'absence de visibilité du contentieux administratif

La discrimination peut être directe ou indirecte et s'incarner en un acte normatif ou un comportement, une attitude discriminatoire. Le juge administratif sera compétent pour contester la validité d'un acte réglementaire. S'agissant d'une décision individuelle, la victime peut d'abord intenter un recours gracieux auprès de l'auteur de la décision discriminatoire ou de son supérieur hiérarchique. Si un fonctionnaire ou un agent contractuel d'un service public administratif (SPA) souhaite contester une mesure individuelle, le litige relèvera de la compétence des juridictions administratives (sauf en ce qui concerne les contrats de type « emploi-jeune » ou « emploi-solidarité »). Si un agent employé dans un service public à caractère industriel ou commercial (SPIC) veut contester une mesure individuelle, il devra s'adresser aux juridictions civiles. Dans tous les cas, comme prévu par l'art. 6 al 5 de la loi le Pors, les instances disciplinaires peuvent être saisies.

Si un usager s'estime victime d'une atteinte au principe d'égalité devant le service public et souhaite contester une décision individuelle qu'il estime injustifiée et discriminatoire, il devra se tourner vers le juge administratif pour un SPA et vers le juge civil pour un SPIC. Le recours en excès de pouvoir permettra de demander l'annulation de cette mesure tandis que le recours de plein contentieux permettra à la fois de solliciter son annulation et de demander réparation des dommages causés par l'action de l'administration.

Dans les cas de demande d'indemnisation d'un préjudice né d'une faute d'un agent, il faudra déterminer la nature de cette faute. Si la faute est personnelle et détachable du service, seul le juge civil pourra accueillir la demande de réparation sur le fondement de l'art. 1382 du code civil. Si la faute constitue une faute de service, la victime pourra engager la responsabilité de l'administration devant le juge administratif sauf si, commise dans l'exercice des fonctions, elle revêt un caractère particulièrement grave. Les tribunaux judiciaires ne seront pas compétents pour réparer les conséquences dommageables d'une faute non détachable du service engageant la responsabilité d'une personne morale de droit public à l'occasion de la gestion d'un SPA<sup>1</sup>.

Certains actes échappent au contrôle du principe d'égalité, en particulier ceux qui ont pour objet l'individualisation d'un droit ou d'un avantage. Le Conseil d'État se montre très

---

<sup>1</sup> Cass. crim., 30 septembre 2008, n° 07-87734, *Bull. crim.* 2008, n° 199. Dans cette affaire, un agent de l'ANPE avait été condamné par les juridictions pénales pour discrimination « raciale ». La juridiction pénale se déclarait logiquement incompétente pour faire droit à l'action civile du requérant.

réticent à reconnaître une rupture d'égalité déduite de la succession d'actes individuels, d'autant plus si certains d'entre eux ont été jugés illégaux. L'administration n'est pas dans l'obligation d'étendre la mesure gracieuse à tous les individus<sup>1</sup>, celle-ci ne résultant pas d'un droit de l'individu, mais d'une faveur de l'administration. Ainsi, l'impossibilité de faire valoir les décisions individuelles antérieures est un principe constant du droit fiscal<sup>2</sup>, ou du droit disciplinaire des fonctionnaires<sup>3</sup>. L'administration est ainsi rarement liée par les précédents.

Si la juridiction administrative n'a eu à connaître que peu d'affaires traitant de discrimination, c'est avant tout parce qu'elle adopte une démarche formaliste. La preuve d'une discrimination demeure donc difficile, car il suffit à l'auteur de prendre soin de ne pas fonder sa distinction directement sur un motif prohibé. Néanmoins, le contrôle du juge s'inscrit dans le droit fil de sa conception du principe d'égalité<sup>4</sup>. Les juges administratif et constitutionnel sont certes intervenus pour annuler des normes discriminatoires mais celles-ci sont rarement fondées sur l'origine (A). De plus, il semble que le recours au juge administratif pour les discriminations de fait soient plus difficiles (B).

#### A) La contestation de normes fondées sur des critères discriminatoires

L'essentiel du contentieux administratif en matière de discrimination concerne des actes réglementaires qui se fondent sur des critères interdits mais pour lesquels l'autorité publique peut, en certaines matières, légitimement instituer des différences de traitement. Ces différences de traitement, fondées sur les critères du sexe, de l'âge ou de la nationalité, seront contrôlées par le juge notamment au regard de leur conformité aux dispositions constitutionnelles et internationales. Néanmoins, ce n'est guère le cas du critère de l'origine « raciale » ou « ethnique » frappé d'une interdiction absolue.

Le juge administratif a ainsi eu à connaître des décisions instaurant des différences de traitement fondées sur les critères du sexe, de l'âge et de la nationalité. Dans ce cas, il les traite au regard des principes qu'il a posés, à savoir qu'une différence de traitement n'est acceptable et ne viole pas le principe d'égalité que si elle est justifiée par une différence de situation ou un intérêt général. Il existe ainsi une jurisprudence fournie concernant l'égalité

---

<sup>1</sup> C.E., 24 juillet 1981, *Letailleur*, Rec. tables, p. 683.

<sup>2</sup> cf. C.E., 12 juin 1986, *Commune. De Gaillac*, n° 78335.

<sup>3</sup> C.E., 1<sup>er</sup> octobre 1976, *Soucasse*, D. 1977, p. 552, note Pacteau.

<sup>4</sup> Cf. C.E., 24 novembre 1982, *Confédération française démocratique du travail et autres*, n° 14775, 14776, 14805, 14814 : « le principe de non-discrimination entre les sexes est le corollaire quant au recrutement des fonctionnaires du principe d'égal accès aux emplois publics ».

entre les sexes, qui sous l'influence du droit communautaire, marque l'affermissement des exigences d'égalité en la matière<sup>1</sup>. De même, les juridictions administratives ont été plus récemment saisies de recours concernant des actes fondés sur l'âge<sup>2</sup> et l'état de santé<sup>3</sup>, critères dont l'illicéité est plus récente.

À l'exception d'une circulaire récente du ministre de l'Intérieur demandant aux préfets d'assurer une évacuation « prioritaire » des campements illicites de « Roms », qui a été logiquement censurée par le Conseil d'État<sup>4</sup>, il n'y a guère - et c'est heureux - de normes directement fondées sur la « race »<sup>5</sup>. En revanche, on connaît un contentieux administratif important en matière de nationalité. Si le critère de la nationalité se trouve aux frontières de la discrimination « raciale », le raisonnement qui lui est appliqué est différent car le critère n'est pas en soi frappé d'interdit. Comme nous l'avons déjà dit, le juge administratif, comme le juge constitutionnel, considère en effet que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Il estime ainsi

---

<sup>1</sup> C.E., 29 juillet 2002, *Geismar c/ ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie*, n° 141112 : le fait de réserver aux femmes la bonification pour le calcul d'une pension de retraite, accordée aux fonctionnaires qui ont assuré l'éducation de leurs enfants, est contraire au principe d'égalité de rémunération des travailleurs des deux sexes protégé par l'art. 141 TCE (actuel 157 TFUE) car des hommes placés dans une situation identique sont exclus de son bénéfice.

<sup>2</sup> C.E., 25 avril 2006, *Avenir Naviguant*, n° 278105 ; C.E., 1<sup>er</sup> mars 2006, *Syndicat parisien des administrations centrales économiques et financières*, n° 268130 (limites d'âge).

<sup>3</sup> C.E., 16 janvier 2006, *M. J-M A. c/ Conseil médical de l'aéronautique*, n° 267563, *AJDA*, n° 14, 10 avril 2006, p. 782 : le conseil médical de l'aéronautique avait rejeté un recours gracieux dirigé contre son refus de la demande de dérogation formée contre la décision du centre d'expertise médicale du personnel naviguant de la société Air France qui avait déclaré le requérant inapte aux fonctions de personnel naviguant commercial en se fondant sur sa séropositivité. Le Conseil d'État a annulé cette décision pour erreur de droit car il n'avait pas été recherché si le requérant suivait ou non un traitement de nature à bloquer son affection (ce qui était le cas).

<sup>4</sup> Suite aux pressions des associations et de la Commission européenne, la circulaire du 5 août 2010 a été remplacée par celle du 13 septembre 2010. Mais, dès lors qu'elle avait reçu application avant son abrogation, le Conseil d'État a admis la recevabilité de la requête et annulé le texte qui méconnaissait le principe d'égalité devant la loi en mettant en œuvre « une politique d'évacuation des campements illicites désignant spécialement certains de leurs occupants en raison de leur origine ethnique » (C.E., 7 avril 2011, *Association SOS Racisme*, n° 343387, *Rec.*).

<sup>5</sup> Il faut évidemment mettre à part les textes qui visent à rétablir dans leurs droits les victimes de la législation de Vichy tel que l'arrêté du 23 décembre 1997 portant création d'un traitement automatisé d'informations nominatives mis en œuvre par la mission d'étude sur la spoliation des personnes considérées comme juives par les autorités de Vichy. La légalité du décret n° 2000-657 du 13 juillet 2000 a ainsi été contestée au motif qu'il instituait des réparations particulières pour les orphelins dont les parents avaient été victimes de persécutions antisémites et qu'il était donc discriminatoire à l'égard des enfants de déportés non juifs. Mais le Conseil d'État a considéré que le texte ne violait ni le principe constitutionnel d'égalité ni la prohibition des discriminations fondées sur la « race » : du fait que les « personnes tombant sous le coup des mesures antisémites ont fait l'objet, pendant l'occupation de la France, d'une politique d'extermination systématique qui s'étendait même aux enfants », le gouvernement a pu légitimement considérer qu'il existait une différence de situation entre les mineurs (C.E., Ass., 6 avril 2001, *Pelletier, RFDA* 2001, p. 712, concl. Austry ; *AJDA* 2001, p. 144, chr. Guyomar et Collin).

qu'une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique, ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi. Comme le juge de Strasbourg, le juge français qualifie donc de discrimination toute différence de traitement injustifiée quand bien même celle-ci n'est pas fondée sur un critère prohibé.

De nombreuses différences de traitement fondées sur la nationalité ont été peu à peu interdites<sup>1</sup>. Après des années de procédure<sup>2</sup>, les anciens combattants issus des anciennes colonies françaises ont ainsi obtenu que le Conseil d'État reconnaisse que la loi de cristallisation des pensions équivalait à instaurer une différence de traitement fondée sur la seule nationalité et était à ce titre discriminatoire : rapporté à l'objet des pensions de retraite, le critère de nationalité ne saurait justifier le régime dérogatoire de cristallisation<sup>3</sup>. L'État se voyait ainsi dans l'obligation de procéder à la revalorisation de la pension des requérants. Finalement, l'art. 68 de la loi de finances rectificative pour 2002 n° 2002-1576 procéda à un dégel partiel des pensions. Le critère de résidence était adopté pour le calcul des prestations afin de prendre en compte le coût de la vie de chaque pays, mais ce critère ne s'appliquait pas

---

<sup>1</sup> Dans la lignée de son arrêt *Ville de Paris* de 1989, par lequel le Conseil d'État avait fermement rejeté toute discrimination fondée sur la nationalité dans l'attribution des prestations sociales facultatives (C.E., 30 juin 1989, *Ville de Paris c. Lévy*, R. p. 157 ; *RFDA* 1990.575, concl. Lévis ; *Dr. Soc.* 1989.767, note Prétot), il a successivement censuré les dispositions réservant la médaille de la Famille française et les avantages qui y sont attachés aux familles dont tous les membres ont la nationalité française (C.E., 17 décembre 2003, *Gisti*, mentionné aux Tables), un décret retirant aux artisans étrangers la qualité d'électeur et maintenant l'exigence de nationalité française pour l'éligibilité aux chambres des métiers (C.E., Ass. 31 mai 2006, *Gisti*, R. p. 268 ; *RFDA* 2006.1194, concl. Casas ; *AJDA* 2006.1830, chr. Landais et Lenica), ou encore les dispositions du code rural subordonnant à une condition de nationalité française le bénéfice de certaines aides sociales aux agriculteurs (C.E., 24 janvier 2007, *Gisti*, publié au Lebon).

<sup>2</sup> Dès 1985, des anciens combattants sénégalais avaient saisi le Comité des droits de l'homme des Nations unies en invoquant la violation de l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques qui garantit l'égalité devant la loi. Le Comité leur a donné raison, mais le Conseil d'État, contre les conclusions de son commissaire du gouvernement, a estimé que cet article n'était pas invocable pour réclamer le bénéfice d'un droit social (C.E., Avis, 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, *RFDA* 1996, p. 808, concl. Philippe Martin). Dès 1989, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale créé par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965 était saisi d'un recours qui invoquait une « *discrimination raciale en raison de la couleur de peau* » après la cristallisation des pensions opérée par les pouvoirs publics français. Dans sa décision *Gueye c. / France* du 3 avril 1989, le Comité a conclu « *que la différence de traitement dont les auteurs sont l'objet n'est pas fondée sur des critères raisonnables et objectifs et constitue une discrimination interdite par le Pacte* » sans qualifier la discrimination en cause (CERD, Décision *Ibrahim Gueye et al* du 13 avril 1989, in *Sélection des décisions du Comité des droits de l'homme prises en vertu du Protocole facultatif*, vol. 3, N.U., 2002, p. 107. Voir *AFDI*, 1989, chr. G. Cohen-Jonathan, p. 424).

<sup>3</sup> C.E., Ass. 30 nov. 2001, *Min. de la Défense c. Diop*, R. p. 605 ; *RFDA* 2002.573, concl. Courtial ; *AJDA* 2001.1039, chr. Guyomar et Collin. Le Conseil d'État tirait ainsi les conséquences de l'arrêt de la Cour EDH *Gaygusuz c/ Autriche*, du 16 septembre 1996 (n°17371/90). V. F. SUDRE, « La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis d'assemblée du Conseil d'État du 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 16 septembre 1996 *Gaygusuz c/ Autriche* », *RFDA*, vol. 13, n°5, septembre-octobre 1997, pp. 967-976 ; J. MOULY et J-P MARGEAUD, « Protection sociale et nationalité : un nouvel exemple de l'influence de la Convention européenne sur le droit social », *Dalloz*, 1998, p. 438.

aux ressortissants français résidant à l'étranger<sup>1</sup>. Néanmoins, le Conseil constitutionnel, saisi par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité, a finalement abrogé en 2010 les dispositions législatives litigieuses en considérant que si le législateur pouvait fonder une différence de traitement selon le lieu de résidence en tenant compte des différences de pouvoir d'achat, il ne pouvait établir de différence de traitement entre les étrangers et nationaux résidant dans un même pays étranger<sup>2</sup>.

Pourtant, toute norme fondée sur le critère de nationalité française n'est pas systématiquement jugée illégale par le juge administratif. Pour exemple, le Conseil d'État, saisi d'un recours contre une délibération de la CNIL du 22 décembre 1998 qui avait retenu que l'utilisation de la nationalité comme critère de pondération dans l'évaluation de la capacité de crédit des clients (*scoring*) était discriminatoire et prohibée, a annulé cette délibération. Il considère que « *la prise en compte de la nationalité d'un demandeur de prêt comme élément d'appréciation d'éventuelles difficultés de recouvrement des créances correspond à une finalité* » légitime et qu'« *il ne ressort pas [...] que cette prise en compte soit disproportionnée* ». De plus, « *la référence à la nationalité comme l'un des éléments de pur fait d'un calcul automatisé du risque, dont la mise en œuvre n'entraîne pas le rejet d'une demande sans l'examen individuel de celle-ci, ne constitue pas une discrimination* »<sup>3</sup>. Comme le souligne D. Lochak, « d'un côté, il se fonde sur l'existence d'un examen individuel des demandes, en aval du « *scoring* », pour écarter l'allégation d'une discrimination qui résulterait de la seule mise en œuvre du traitement incluant la variable « nationalité » (...), de l'autre, il met au contraire en avant le fait que la prise en compte de la nationalité est un argument « de pur fait » d'un « calcul automatisé », donc l'absence de volonté délibérée de discriminer »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Le Conseil d'État décidait le 18 juillet 2006 que cette différence de traitement relevait de la marge d'appréciation que les stipulations de l'art. 14 Conv. EDH réservent au législateur national et que ces nouvelles règles permettaient d'assurer aux titulaires des conditions de vie en rapport avec la dignité des fonctions passées (C.E., 18 juillet 2006, n°286122). Néanmoins, sur le fondement de l'« Accord Euro-méditerranéen » du 26 février 1996 qui prohibe toute discrimination entre les États parties en matière sociale, les pensionnés du Maghreb voyaient, eux, leur recours aboutir.

<sup>2</sup> C.C., décision n°2010-1 QPC du 28 mai 2010 relative à la cristallisation des pensions, cons. 9. Afin de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, la législation a été modifiée (art. 211 de la Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, *J.O.* du 30 décembre 2011).

<sup>3</sup> C.E., 30 octobre 2001, n° 204909, *association française des Stés financières*. Voir l'article « Testing, scoring, ranking... », *Revue trimestrielle de droit civil*, juillet-septembre 2002, n° 3, p. 498.

<sup>4</sup> LOCHAK D., « Loi du marché et discrimination », *op. cit.*, p. 21-22.

## B) Le juge administratif face aux discriminations « raciales » de fait

Les discriminations proprement « raciales » dont les institutions sont à l'origine, qu'il s'agisse de discriminations ponctuelles ou de discriminations plus structurelles, donnent lieu à peu de contentieux. Le juge administratif a rarement eu l'occasion d'annuler des actes fondés sur l'origine « raciale » ou « ethnique » des individus<sup>1</sup>. Cette situation pourrait signifier que les autorités ont veillé attentivement à ce que les institutions respectent spontanément les interdictions fondamentales posées par le Préambule de la Constitution de 1946 et l'art. 1<sup>er</sup> de la Constitution<sup>2</sup>. On pourrait ainsi croire que les institutions s'abstiennent de tout comportement et décision discriminatoire. Il est vrai que la fonction publique comme le service public se prétendent fondamentalement non-discriminants<sup>3</sup> et que l'administration est tenue de traiter tous les administrés sur un pied d'égalité. Toutes les entreprises ont un droit égal à contracter avec l'administration, tous les administrés ont un droit égal à utiliser les dépendances du domaine public et à bénéficier dans les mêmes conditions des prestations des services publics, tous les citoyens ont un droit égal à accéder aux emplois publics.

Pour la fonction publique, les concours visent à assurer une stricte égalité entre candidats et le système indiciaire donne une base objective à la fixation des rémunérations et exclut toute individualisation qui serait incompatible avec le caractère impersonnel du traitement. Il reste néanmoins de la place pour la discrimination car plus de la moitié des marchés de l'État sont passés de gré à gré et de nombreux emplois publics sont pourvus par d'autres voies que le concours (recrutements directs pour les emplois ne nécessitant pas de qualifications particulières, tour extérieur, emploi à la décision du gouvernement, emplois aidés, postes contractuels, *etc.*). De plus, si la grille indiciaire est rigide et l'égalité de traitement dans le déroulement de carrière des fonctionnaires s'applique aux agents appartenant au même corps<sup>4</sup>, l'existence de primes inégalement réparties selon les services et

---

<sup>1</sup> Le conseil d'État a ainsi jugé discriminatoire un acte refusant le bénéfice d'un congé à une catégorie d'agents publics en raison de leur origine « ethnique » (C.E., 21 novembre 1962, *République Malgache c/ Mme Rasafindranaly*, Rec. p 618). De même, il a relevé l'illégalité d'un décret de 1933 qui réservait l'accès à certaines fonctions publiques sur le territoire de la Polynésie française aux seuls « notables » et qui le refusaient aux « domestiques » et « serviteurs à gages » (C.E., Ass., 22 janvier 1982, *Ah Won*, Rec. p 33).

<sup>2</sup> Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité, Extraits du rapport public 1996, op. cit.*, pp. 35-36.

<sup>3</sup> Ainsi, dans le cadre de l'étude réalisée pour le compte du Haut conseil à l'intégration (HCI) sur les discriminations « raciales » (visant à connaître aussi bien le discours et les politiques des directions des ressources humaines que la perception, par l'encadrement, de la question de l'ascension professionnelle des personnes d'origine étrangère et originaires des DOM-TOM), « il est significatif que ce soient les services de l'État qui aient adopté l'attitude la plus négative à l'égard des enquêteurs ». *In* Avant-propos de Roger Fauroux, HCI, *Les parcours d'intégration*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 2001, p. 7.

<sup>4</sup> ZARCA A., « L'inapplicabilité du principe d'égalité entre fonctionnaires de corps différents : une pétition de principe discutable », *AJFP*, 2005, p. 10.

les corps et distribuées discrétionnairement remet en cause l'égalité des rémunérations<sup>1</sup>. Pour autant, la démultiplication des motifs discriminatoires prohibés et l'interdiction des représailles « contribue, du moins en théorie, à réduire le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives »<sup>2</sup>. De plus, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel tendent à se fonder moins sur le corps des fonctionnaires que sur la nature de la fonction ou de l'activité effectivement exercée, cela permet l'application du principe d'égalité entre des fonctionnaires de corps différents, qui exercent des fonctions similaires<sup>3</sup>.

Si les cas de discrimination directe - en dehors du harcèlement - sont peut-être plus rares que dans le secteur privé, ne serait-ce qu'à l'embauche, il peut néanmoins exister des mesures individuelles d'affectation ou de mutation discriminatoires d'autant que les agents contractuels ne bénéficient pas des mêmes garanties que les fonctionnaires. De leur côté, les agents de l'administration peuvent se rendre coupables de discrimination dans le cadre de leurs fonctions. Ainsi en va-t-il du refus d'un droit accordé par la loi, de l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique, de l'exigence de documents non indispensables, ou encore du comportement agressif de certains agents... Les institutions ne sont donc pas exemptes de toute discrimination, comme le confirme le nombre de saisines de la HALDE concernant les services publics ou la fonction publique<sup>4</sup>.

Les victimes se heurtent au caractère souvent diffus de la discrimination, à une organisation institutionnelle complexe, à un pouvoir discrétionnaire fort, et l'attachement au principe formel d'égalité rend paradoxalement la preuve de la discrimination difficile. En outre, « plus l'agent public dispose d'une liberté de choix dans son appréciation, plus il apparaît difficile de lui imputer une volonté discriminatoire »<sup>5</sup>. Ainsi, les propos tenus par Philippe Bataille en 2001 sont toujours d'actualité : « les domaines de l'activité sociale et économique régis par les lois du marché se corrigent plus aisément que ceux pourtant contrôlés par l'État ». En effet, il semble « plus aisé de dénoncer les pratiques d'embauche d'un grand magasin que ce qui se passe dans un commissariat de police ou ce qui se dit dans

---

<sup>1</sup> CARTON J-P, « Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires », *L'Actualité juridique-Fonctions publiques*, mars-avril 2002, pp. 4-11.

<sup>2</sup> FITTE-DUVAL A., « Le fonctionnaire et la discrimination : approche administrative et pénale », *L'Actualité juridique-Fonctions publiques*, janvier-février 2003, p. 10.

<sup>3</sup> SWEENEY, *L'égalité en droit social. Au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, op. cit., pp. 96-98.

<sup>4</sup> La HALDE indique que les saisines reçues en 2009 relatives à l'embauche dans l'emploi public constituent 3,5% du total des saisines, 13,5% pour la carrière dans l'emploi public, 5% concernent la réglementation, 10% le fonctionnement des services publics, 2% le domaine du logement public et enfin 6% sont relatives à l'éducation (*Rapport annuel 2009*, La Documentation française, mars 2010, p. 16).

<sup>5</sup> FITTE-DUVAL A., « Le fonctionnaire et la discrimination : approche administrative et pénale », op. cit., p. 15.



un conseil de classe »<sup>1</sup>. Surtout, les agents ou usagers concernés peuvent contester une décision discriminatoire en se fondant sur d'autres motifs que la discrimination et obtenir éventuellement une annulation sans que le juge non plus n'y fasse référence<sup>2</sup>. C'est sans doute pour ces raisons que le contentieux administratif relatif à la discrimination « raciale » semble rare ou, en tout cas, invisible.

La force du principe d'égalité et le lourd interdit constitutionnel et politique qui pèse sur le critère « racial » expliquent que les décisions explicitement fondées sur des phénotypes tels que la couleur de peau, le patronyme ou sur l'ascendance supposément extra-européenne des individus soient extrêmement rares. La preuve de la discrimination « raciale » ressentie est alors bien difficile. L'affaire *El Haddioui* relative aux conditions de l'entretien du concours interne d'officier de police montre pourtant qu'elle n'est pas impossible. Le Conseil d'État indique que si « *l'appréciation faite par un jury de la valeur des candidats* » échappe à tout contrôle juridictionnel, le juge n'en est pas moins fondé à « *vérifier que le jury a formé cette appréciation sans méconnaître les normes qui s'imposent à lui* ». En analysant les questions contestées par le candidat<sup>3</sup>, le Conseil d'État relève qu'elles portent sur son « *origine* », sur « *ses pratiques professionnelles et celles de son épouse* ». Alors que l'administration soutenait qu'il s'agissait de questions pertinentes pour s'assurer de son sang-froid, le juge estime qu'elles sont « *étrangères aux critères permettant d'apprécier l'aptitude du candidat* » et « *constitutives de l'une des distinctions directes ou indirectes prohibées* » à

---

<sup>1</sup> CREDOF, *La lutte contre les discriminations, entre théorie et pratique, entre droit et politique*, Actes du séminaire du 21 juin 2000, Université de Paris X- Nanterre, 2002, p. 12.

<sup>2</sup> Ainsi, le Conseil d'État, statuant en référé sur la légalité de l'ordonnance du préfet de police interdisant la distribution de la « soupe au cochon » sur la voie publique par une association d'extrême-droite, a estimé que la liberté de manifestation, liberté fondamentale, pouvait être limitée au vu de l'atteinte à l'ordre public et à la dignité des personnes exclues de la distribution. Mais il n'a pas repris les arguments du ministre de l'Intérieur qui pointait le caractère discriminatoire de la distribution ce qui montre la gêne de la juridiction administrative à l'égard de la notion de « discrimination » entendue étroitement (C.E., ord. du 5 janvier 2007, *Ministre de l'Intérieur C/ Association « Solidarité des Français »*, n° 300311). De même, le tribunal administratif de Grenoble a-t-il annulé le 9 avril 2003 l'arrêté de préemption du maire de Pont-de-Chéruy pour détournement de pouvoir et erreur de droit au motif que la préemption n'était pas justifiée par un projet concret et réalisable d'aménagement et de restructuration à la date de la décision attaquée sans s'intéresser à la portée discriminatoire de cet acte de préemption (T.A. de Grenoble, 2<sup>ème</sup> ch., 9 avril 2003, *Melle Sylvia Akdag c/ Pont-de-Chéruy*, n°014087, C.A.A. Lyon, 6 avril 2004, n° 03LY01028). Dans une affaire d'attribution de logement social, le juge administratif considère la décision de la commission d'attribution comme un acte détachable du contrat de bail susceptible de recours devant le juge administratif, mais la décision de refus est annulée pour erreur de droit (en ne se fondant que sur le seul motif tiré de ce que le requérant disposait de ressources insuffisantes) parce que le motif est rarement explicitement discriminatoire (T.A. Versailles, 6 juillet 2001, *M. Taga Fosso c/ Versailles Habitat*, n° 010174, *AJDA*, octobre 2001, p. 827).

<sup>3</sup> Questions dont la preuve avait été apportée grâce à l'enquête de la HALDE et qui n'avaient donc pas été contestées par l'administration.

l'art. 6 de la loi du 13 juillet 1983<sup>1</sup>. On constate ici que le juge n'utilise pas le terme de « discrimination » alors qu'il s'agit en l'espèce d'une discrimination directe fondée sur l'origine et la religion du candidat. Cet arrêt se place dans la droite ligne de l'arrêt *Barel* de 1954<sup>2</sup> : à partir du moment où le critère de distinction illicite est utilisé, il y a « méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics » sans qu'il y ait besoin d'établir un lien de causalité entre les questions du jury et l'échec du candidat<sup>3</sup>.

Dans le sillage de l'arrêt *El Haddioui*, le Conseil d'État a confirmé l'annulation d'un refus de titularisation pour insuffisance professionnelle d'un fonctionnaire stagiaire, gardien de police municipale en estimant que « dans un contexte de harcèlement à connotation raciste », la Cour administrative d'appel avait justement retenu la partialité des auteurs des rapports et appréciations portées sur le requérant<sup>4</sup>.

Dans les cas où l'on ne parvient pas à obtenir la preuve de l'utilisation du critère illicite, le requérant bénéficie de l'aménagement de la preuve. L'institution de ce mécanisme procédural ne modifie pas réellement les règles applicables au contentieux de la fonction publique. Comme l'indiquait déjà l'arrêt *Barel*, la preuve de la rupture d'égalité dans l'accès aux emplois publics ne pèse pas intégralement sur le requérant. À l'appui de ses allégations, celui-ci doit apporter des commencements de preuve dont le caractère sérieux et précis est apprécié avec plus ou moins de bienveillance par le juge. Celui-ci étudiera les justifications de l'administration puis complétera le cas échéant le dossier par des mesures d'instruction<sup>5</sup>. Néanmoins, nous avons déjà pu voir dans l'arrêt *Perreux* relatif à une discrimination syndicale que la bienveillance des juges semblait, en matière de discrimination cachée, plutôt favorable à l'administration et que la preuve d'une discrimination est, dans ces conditions, particulièrement difficile à apporter<sup>6</sup>. Attaché à un contrôle formel du principe d'égalité, le

---

<sup>1</sup> C.E., 10 avril 2009, *M. El Haddioui*, n° 311888, *RFDA*, 13 juillet 2009, p. 1388.

<sup>2</sup> C.E., ass., 26 mai 1954, *Barel*, *GAJA*, 16e éd., n° 72 ; *Lebon* 308.

<sup>3</sup> La simple mention d'une caractéristique prohibée est illégale quand bien même elle n'a été à l'origine d'aucune différence de traitement : C.E. 16 juin 1982, *Chéreau*, n° 23276-23277 (mention des convictions personnelles sur les notes de notation de deux enseignants), C.E., 28 sept. 1988, *Merlenghi*, n° 43958 (mention des opinions politiques et de l'appartenance syndicale du candidat).

<sup>4</sup> C.E., 13 janvier 2010, *A c/ Communes de Lattes*, n° 314923. Le Conseil d'État a néanmoins censuré pour erreur de droit l'injonction de la cour d'appel de procéder à la titularisation. Celle-ci se fondait sur la circonstance que son comportement se serait amélioré durant son stage ; or l'annulation du refus de titularisation de M. A n'était pas fondée sur une erreur manifeste d'appréciation du maire de Lattes mais sur le fait que les circonstances du déroulement du stage n'avaient pas permis que soient appréciées les capacités professionnelles de M. A. Le Conseil donne seulement injonction au maire de procéder au réexamen de la titularisation dans un délai d'un mois.

<sup>5</sup> G. CALVES, « Le contrôle juridictionnel des questions posées lors de l'épreuve d'entretien », note sous C.E., 10 avril 2009, n° 311888, *M. El Haddioui*, *RFDA*, 13 juillet 2009, p. 1388.

<sup>6</sup> Sur l'arrêt *Perreux*, v. *Supra* p. 139.

juge administratif apparaît ainsi souvent incapable de saisir les discriminations qui subsistent dans les faits sous des formes sournoises, inconscientes et diffuses.

Le contrôle du juge peut aussi s'exercer en cas de discrimination indirecte mais les recours sur ce fondement sont quasi inexistant<sup>1</sup>. En droit public, la généralité de la règle tend à entraîner la conformité au principe d'égalité. La réticence du juge administratif à se référer à la notion de discrimination indirecte a cependant été abandonnée avec l'arrêt *Spaggiari* relatif à la libre circulation des travailleurs au sein de l'UE<sup>2</sup>. Le rôle du juge administratif quant à la reconnaissance et la sanction des discriminations « raciales » directes et indirectes pourrait donc évoluer. Encore faut-il que les juridictions soient sensibilisées et mobilisées dans ce domaine. Ainsi, en 2006, la CNCDH regrettait que son souhait de voir étendue l'institution de magistrats référents aux juridictions administratives n'ait pas été pris en compte par les autorités<sup>3</sup>.

## §2) Les discriminations institutionnelles devant le juge pénal

À ce jour, les recours contre des discriminations perpétrées par l'administration sont surtout exercés devant les juridictions pénales. Le contentieux relatif aux personnes dépositaires de l'autorité publique (art. 432-17 CP) reste très faible<sup>4</sup>. La preuve de la discrimination est ainsi particulièrement difficile à apporter<sup>5</sup> et les juges semblent avoir plus de difficulté à mettre en cause le secteur public. Les investigations à diligenter seraient importantes au regard de la dissimulation organisée de la discrimination et de la dilution des

---

<sup>1</sup> Le tribunal administratif de Marseille a été amené, suite à un référé, à suspendre les critères d'attribution du règlement intérieur de la commission d'attribution d'un office HLM parce qu'ils tendaient à exclure les candidats les plus modestes et en particulier les familles nombreuses (T.A. de Marseille, 23 avril 2001, *Association Droit au logement Marseille-Provence*, n° 01-1684, Obs. J-P. BROUANT, *Actualité juridique du droit immobilier (AJDI)*, juillet/août 2001, pp. 145-148). Ce dernier critère pourrait être qualifié de discrimination indirecte.

<sup>2</sup> C.E., *Spaggiari*, 18 octobre 2002, n° 224804, 236744, *AJDA* 2003 p. 36. V. *Supra.*, pp. 79-80.

<sup>3</sup> CNCDH, *La lutte contre le racisme et la xénophobie – Rapport d'activité pour 2006*, *op. cit.*, p. 144.

<sup>4</sup> V. la condamnation de la maire de Vitrolles pour une « prime à la naissance » réservée aux couples européens (C.A. Aix-en-Provence, 18 juin 2001; Cass. crim. 17 décembre 2002, n° 01-85650).

<sup>5</sup> Une aide-soignante d'origine maghrébine multipliant les contrats précaires dans un centre hospitalier malgré de bonnes appréciations constate que des stagiaires qu'elle a elle-même contribué à former ont été recrutées. Par ailleurs, quand elle avise sa chef de service devant témoins des insultes racistes dont elle a été l'objet de la part de collègues, celle-ci fait à son tour preuve de racisme et sa notation chute. Malgré trois témoignages écrits relatant son échange avec sa supérieure, le procureur conclut au non-lieu pour l'absence de charges suffisantes pour poursuivre l'hôpital, dont la direction décide d'infliger un simple blâme aux collègues mises en cause (« Au centre hospitalier de Lons-le-Saulnier, le combat d'une aide soignante contre la discrimination raciale », *Le Monde*, 11 juin 2003).

responsabilités au sein d'organisations administratives complexes et peu transparentes<sup>1</sup>. Les politiques de trois secteurs institutionnels ont cependant été particulièrement contestées : le logement social (A), l'administration pénitentiaire(B) et la police (C).

#### A) La question du logement social

Les condamnations exceptionnelles, notamment de certains offices HLM, n'ont été obtenues qu'au prix d'un long combat contre l'inertie du parquet et des juges d'instruction. Ces affaires revêtent une importance politique : elles pointent les dysfonctionnements dans les attributions de logements sociaux dans une situation de ségrégation « ethno- raciale » et les dérives de l'objectif de mixité sociale. Cette problématique n'est pas nouvelle, comme l'illustre la condamnation pour discrimination en 1991 du PDG de la Société centrale immobilière de la Caisse des dépôts et de l'ancienne responsable de l'unité de gestion locative de Versailles, suite à un courrier envoyé à une demandeuse de logement qui indiquait « *un appartement libéré par un Français doit obligatoirement être reloué à un Français* ». Le PDG avait admis que la nationalité des candidats jouait un rôle dans la répartition des logements pour assurer « *leur intégration harmonieuse dans la société française et éviter la constitution de ghettos* »<sup>2</sup>. Cette volonté des autorités de contrôler la répartition « ethno- raciale » des habitants se retrouve dans les condamnations pour préemption discriminatoire que trois maires ont essuyées<sup>3</sup>. Dans ces affaires aussi, les instructions ont été semées d'embuches pour les parties civiles<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Dans une affaire de refus discriminatoire d'un logement social attesté par une lettre de la commission d'attribution établissant que l'avis défavorable était exclusivement fondé sur les origines maghrébines du demandeur, le tribunal avait condamné l'auteur de la lettre, président de la commission, sur le fondement de l'art. 187-1 de l'ancien code pénal (actuel 432-17 CP) (TGI de Grenoble, 16 novembre 1993, *MRAP c/ Moulin et Bertrand*, n° 4649) mais la Cour d'appel infirma le jugement au motif que l'attribution ou le rejet d'une demande de logement (et donc la discrimination) relève de la compétence exclusive de l'office départemental HLM : l'avis de la commission municipale est purement consultatif et on ne pouvait imputer, au seul président de la commission une décision prise collégalement (C.A. de Grenoble, 7 octobre 1994, n° 932/94).

<sup>2</sup> TGI Paris, 25 mars 1991, *Mme Tolba c/ Vitse et Pascal*, P. 90/2820364/2. Le jugement indique que l'intentionnalité est caractérisée quels que les mobiles du prévenu, et prévoit des peines de 8.000 F et 4.000 F d'amende pour chacun des prévenus ainsi que le versement de 50.000 F de dommages et intérêts à la victime (+5.000 F au titre de l'art. 475-1 CPP).

<sup>3</sup> TGI Marmande, 23 mai 2002, *Argacha et MRAP*, n° 01001483 (mairie de Wasselonne) ; C.A. Grenoble, 8 novembre 2006, n° 06/00053 (M. Dézempte maire de Charvieu-Chavagneux) ; C.A. Grenoble, 16 juin 2010, n° 09/01625 (M. Tuduri, maire de Pont-de-Cheruy). Voir J. MOREAU, « Quand le droit de préemption de la commune est détourné pour cause de discrimination raciale », *JCP A*, n°51, 18 décembre 2006, pp. 1684-1687 V. *infra*, pp. 219-220.

<sup>4</sup> Finalement, comme nous l'avons vu, la condamnation du maire de Charvieu-Chavagneux fut annulée par la Cour de cassation qui estima que les dispositions de l'art. 432-7-1° CP, qui punit la discrimination 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, lorsqu'elle consiste à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi,

Les politiques de peuplement des offices HLM reposent tout d'abord sur la constitution de « fichiers ethniques » des habitants et impliquent une discrimination « raciale » pour les demandeurs de logements sociaux ou parmi les habitants qui souhaitent avoir accès à d'autres zones du parc social<sup>1</sup>. L'Enquête « logement » de 1996 montrait ainsi que les immigrés connaissaient des délais d'attente moyens trois fois plus longs que la moyenne des ménages entre le dépôt de la demande et son obtention. Ce délai pourrait s'expliquer par une offre faible de grands logements car les ménages immigrés demandeurs de logement HLM sont souvent de taille élevée<sup>2</sup>, mais « l'ancienneté de la demande n'est pas seulement liée à la taille des familles, puisque les ménages d'une à quatre personnes sont proportionnellement aussi nombreux à attendre au moins 3 ans ». Enfin, quand il est obtenu, le logement attribué aux immigrés se situe à 96% dans un grand ensemble ancien<sup>3</sup>. Comme le relève le GELD, « dans la plupart des cas, les pratiques discriminatoires se dissimulent derrière d'autres justifications »<sup>4</sup> et pas plus les victimes que les différents observateurs de ces pratiques ne parviennent, aux yeux des juges, à mettre en évidence de façon indiscutable une intention discriminatoire.

Conformément à l'art. 226-19 CP issu de la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978, les organismes HLM n'ont pas le droit d'enregistrer des données nominatives relatives aux origines des demandeurs ou locataires. En 1984<sup>5</sup>, puis en 1997<sup>6</sup>, la CNIL a modifié la norme simplifiée n°20, édictée par délibération du 26 mai 1981, pour la collecte et le traitement informatisé d'informations nominatives dans la gestion du patrimoine immobilier à caractère social, qui permet aux organismes concernés de transmettre à la CNIL leurs fichiers sous la forme de déclaration simplifiée. Ont été établies les différentes fonctions du traitement informatisé et les différentes données dont le recueil est permis : la nationalité est incluse<sup>7</sup>, comme l'état civil du conjoint ou la nature et la validité du titre de séjour pour

---

ne pouvaient trouver à s'appliquer à l'exercice d'un droit de préemption (Cass. crim., 17 juin 2008, n° 07-81.666 *Bull. crim.* 2008, n° 148).

<sup>1</sup> GELD, *Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social*, Note n°3, mai 2001, 83 p.

<sup>2</sup> Ce déficit de construction de logement de grande taille pourrait être éventuellement analysé comme une discrimination indirecte.

<sup>3</sup> BOËLDIEU J. et THAVE S., « Le logement des immigrés en 1996 », *INSEE Première*, n° 270, août 2000, 4 p.

<sup>4</sup> GELD, *Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social*, *op. cit.*, p. 34-35.

<sup>5</sup> CNIL, délibération n° 84-35 du 16 octobre 1984 relative à l'utilisation, par les organismes de logement social, de l'information afférente à la nationalité portant modification de la norme simplifiée n° 20 (concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs à la gestion du patrimoine immobilier à caractère social), *J.O.* du 29 décembre 1984.

<sup>6</sup> CNIL, délibération n° 97-005 du 21 janvier 1997 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatives à la gestion du patrimoine immobilier à caractère social, *J.O.* du 13 mars 1997, p. 4005.

<sup>7</sup> Elle a autorisé la collecte de l'information relative à la nationalité des demandeurs de logement et des locataires pour la mise en œuvre des mécanismes destinés alors à inciter à la construction de logements réservés aux populations immigrées et permettre la mise en œuvre des politiques sociales de l'habitat. V. Circulaire

permettre l'examen des conditions de recevabilité de la demande. La liste des destinataires des différentes informations recueillies est précisée, les organismes sont notamment autorisés à transmettre l'information sur la nationalité dans sa forme nominative aux instances d'attribution des logements sociaux.

En cas de violation de la loi de 1978, la CNIL avait la possibilité d'adresser un avertissement aux organismes en cause et de les dénoncer au parquet<sup>1</sup>. Depuis la loi du 6 août 2004<sup>2</sup>, la CNIL dispose dorénavant de mesures coercitives et de sanctions plus importantes : après une mise en demeure infructueuse et à l'issue d'une procédure contradictoire, la commission peut prononcer une sanction pécuniaire (à l'exception des traitements mis en œuvre par l'État), une injonction de cesser les traitements (pour ceux relevant du régime déclaratif) ou encore retirer son autorisation. Le montant des sanctions pécuniaires susceptibles d'être dorénavant infligées pourra atteindre 150.000 € lors du premier manquement constaté et 300.000 € ou 5% du chiffre d'affaire hors taxe du dernier exercice s'il s'agit d'une entreprise dans la limite de 300.000 €. Le montant des sanctions devra être proportionné au manquement commis et aux avantages tirés de ce manquement. Il est aussi prévu dans la loi de 1978 modifiée que la Commission peut rendre publics ses avertissements et, en cas de mauvaise foi du responsable du traitement, ordonner son insertion dans des publications dont les frais sont supportés par les personnes sanctionnées. Pour autant, nombre d'affaires démontrent que ces pratiques de « fichage ethnique » sont monnaie courante dans les offices HLM<sup>3</sup>. La CNIL s'est jusque là contentée d'obtenir la suppression des fichiers

---

interministérielle du 20 juillet 1976 prise pour l'application de l'arrêté du 11 mai 1976 publié au *J.O.* du 26 mai 1976 relatif aux modalités de versement et d'utilisation de la fraction de la participation des employeurs à l'effort de construction réservée par priorité au logement des travailleurs immigrés

<sup>1</sup> La CNIL n'a adressé, depuis sa création, que 61 avertissements et 36 dénonciations au parquet. In « Après la loi du 6 août 2004 : nouvelle loi « informatique et libertés », nouvelle CNIL ? », S. VUILLET-TAVERNIER, *Droit social*, décembre 2004, n°12, p. 1064.

<sup>2</sup> Chapitre VII de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>3</sup> Pour exemple, en 2000, l'association SOS Racisme portait plainte en vain contre 32 organismes utilisateurs du logiciel Habitat 400 qui comportait parmi les données informatisées une rubrique relative au « *pays d'origine* ». V. « Une polémique met en cause l'utilisation de critères ethniques par les HLM », *Le Monde*, 1<sup>er</sup> juillet 2000 ; « Fichiers HLM : un outil pour la discrimination ethnique », *Info-HLM CLCV*, septembre 2000. Les enquêtes menées, même dans le cadre de la plainte avec constitution de partie civile, resteront souvent limitées. Si dans le cadre des auditions, la collecte de données relative à la mention « pays d'origine » était parfois reconnue, les directeurs des organismes concernés se défendaient de toute mise en œuvre de cette rubrique dans les attributions. Les investigations ne furent pas approfondies et l'ensemble de ces plaintes fut classé sans suite après que les organismes concernés se sont engagés à supprimer la rubrique litigieuse suite à la médiatisation de la procédure judiciaire entamée par l'association. Voir les classements sans suite des procureurs de la République de Montpellier (4 janvier 2001, Dos. n°72/2000 FT/AMS), Thionville (27 février 2001, aff. n°00/06729), de Nîmes (5 avril 2001, aff. n°00/22631), d'Angers (13 mai 2001, aff. n°13587/00), d'Orléans (16 mai 2001, n°72/2000 FT/AMS), de Valence (17 mai 2001, aff. n°2000/24602), de Colmar (22 mai 2001 J00/11642)...

informatiques mis en cause, mais a néanmoins jugé nécessaire d'encadrer davantage la collecte des données relatives à la nationalité<sup>1</sup>.

Les parties civiles, et notamment l'association SOS Racisme, peinent à surmonter les réticences des juges d'instruction pour que de réelles enquêtes soient menées<sup>2</sup>. Et, malgré des éléments corroborant la constitution de « fichiers ethniques » contraires à l'art. 226-19 CP ainsi que des documents indiquant des politiques d'attribution fondées sur l'origine étrangère des candidats, la justice a longtemps refusé tout procès contre un office HLM<sup>3</sup>. L'argument de la « mixité sociale »<sup>4</sup> qui fonde la politique de peuplement des organismes devient devant les juges un fait justificatif de la constitution de fichiers non prévus par la loi et de discriminations « raciales » dans l'accès au logement social<sup>5</sup>. La seule condamnation obtenue

---

<sup>1</sup> Alertée par l'association SOS Racisme, la CNIL a opéré 11 missions de contrôle et de vérification sur place auprès de différents organismes. Elle a conclu qu'« aucun élément n'atteste que les fichiers manuels ou informatisés sont susceptibles de générer ou de faciliter des discriminations » (délibération n°01-061 du 20 décembre 2001 portant recommandation relative aux fichiers de gestion du patrimoine immobilier à caractère social, *J.O.* du 11 mai 2002). Pourtant, la CNIL a semble-t-il jugé nécessaire de rappeler que l'art. 31 de la loi du 6 janvier 1978 interdit que des informations « faisant apparaître directement ou indirectement les origines raciales » soient collectées auprès des demandeurs et qu'« aucune information relative aux 'origines' du demandeur ou au pays de naissance de ses parents n'est pertinente au regard de la finalité de tels traitements ». Elle rappelle aussi qu'aucun tri n'est autorisé sur le critère du pays de naissance ni d'enregistrement hors des champs relatifs à l'état civil. Elle signale que la date d'arrivée en France n'est pas prévue dans la norme simplifiée qui s'applique et qu'il s'agit d'un critère non pertinent pour apprécier l'ordre de priorité des demandes. Si elle renouvelle son autorisation de collecter la nationalité des demandeurs, elle indique que la collecte de cette information auprès des locataires est sans pertinence dans les enquêtes d'occupation des logements sociaux au regard de la finalité des traitements de gestion et de la loi du 6 janvier 1978 (par la délibération n° 01-062 du 20 décembre 2001, la CNIL a modifié la norme simplifiée n° 20 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatives à la gestion du patrimoine immobilier à caractère social en ce sens). Ce simple rappel à la loi indique pourtant que la CNIL s'est satisfaite des promesses orales des responsables des organismes de faire cesser les manquements constatés.

V. aussi C.A. Paris, 5<sup>ème</sup> ch. de l'instruction, 19 décembre 2007, n°2007/02037.

<sup>2</sup> V. pour exemple, « Fichage ethnique chez un bailleur social », *Le Figaro*, 4 juin 2009 (une société anonyme de HLM était mise en examen par un juge d'instruction de Nanterre suite à une plainte pour discrimination de 2005 d'un demandeur d'origine ivoirienne qui avait essuyé un refus au motif qu'il y avait « déjà beaucoup de personnes d'origine africaine et antillaise ») ; AFP, « Plainte de SOS Racisme pour discrimination au logement : poursuite de l'enquête », 7 décembre 2010 (après une plainte datée de 2004 contre l'un des principaux organismes collecteurs du 1% logement, la Cour d'appel de Paris ordonne le 7 décembre 2010 la poursuite de l'enquête).

<sup>3</sup> C.A. Paris, 5<sup>ème</sup> ch. de l'instruction, 19 décembre 2007, *op. cit.* (confirmation d'une ordonnance de non lieu suite à la plainte déposée en 2003 par SOS Racisme à l'encontre de l'office HLM de Vitry-sur-Seine) ; Cass. crim., 30 septembre 2008, n° 08-81148 (irrecevabilité du pourvoi car à l'époque des faits, l'art. 226-19 CP ne couvrait pas le tableau récapitulatif l'origine des locataires par immeubles et cages d'escaliers - selon les catégories Français, étrangers, DOM-TOM - car ce ne sont pas des données nominatives. C'est seulement aux termes de la loi du 6 janvier 1978 telle que modifiée par la loi du 6 août 2004 que les « informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou indirectement l'identification de personnes physiques auxquelles elles s'appliquent » sont réputées nominatives).

<sup>4</sup> Selon la décision du C.C. n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000 relative à la loi SRU, la mixité sociale répond à un objectif d'intérêt général pouvant justifier une atteinte au principe d'égalité (mais pas au principe de non-discrimination « raciale »).

<sup>5</sup> La Cour d'appel de Paris, confirmant une ordonnance de non lieu, indiqua ainsi « que si des mis en cause ont admis avoir pu tenir compte de l'origine des familles pour la répartition, entre les groupes d'immeubles ou les immeubles, des candidats retenus, il ne se vérifie pas davantage que cette pratique ait eu une fonction discriminatoire » (C.A. Paris, 5<sup>ème</sup> ch. de l'instruction, 19 décembre 2007, *op. cit.*)

à l'encontre d'un office HLM pour enregistrement et conservation de données nominatives « sensibles » sans l'accord des intéressés date du 3 février 2009. Là encore, c'est une grille de peuplement fondée sur l'origine et un plan stratégique réalisés pour atteindre l'objectif de « mixité sociale », révélés par un rapport de la MILOS en 2005<sup>1</sup> et confirmés par l'enquête de police, qui étaient mis en cause. Si l'OPAC de St-Etienne a été condamné au titre de l'art. 226-19 CP, la décision précise néanmoins que « *si les moyens mis en œuvre revêtaient à l'évidence un caractère délictueux, ils ne procédaient pas d'une intention moralement blâmable* »<sup>2</sup>.

### B) La ségrégation en prison

Dans les prisons françaises, la sociologue Anne-Marie Marchetti relève que « les étrangers, et de façon générale ceux qui sont assimilés aux étrangers parce qu'ils ont un nom à consonance étrangère, ce qui représente un pourcentage important de la population carcérale, sont défavorisés ». Selon elle, « trois types 'ethnoculturels' (selon une terminologie courante chez les surveillants) semblent particulièrement stigmatisés : les arabes, les manouches et les noirs »<sup>3</sup>. Si cette discrimination systémique n'est pas contestable devant les tribunaux, le traitement défavorable qui peut s'incarner dans des mesures disciplinaires, un régime carcéral plus sévère, le refus d'accéder à certaines demandes pourraient être l'objet de recours au titre de la discrimination « raciale ». Mais à ce jour, aucune décision n'est intervenue en ce domaine.

SOS Racisme a cependant déposé plusieurs plaintes simples, d'abord contre X puis contre la Maison d'arrêt de la Santé avant le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile pour discrimination par personne dépositaire de l'autorité publique le 10 octobre 2002. Ces plaintes avaient été suscitées par deux articles du *Monde* qui révélaient une distribution

---

<sup>1</sup> Il a été rappelé à l'OPAC que la collecte d'information sur l'origine « ethnique » était interdite par la loi de 1978. L'organisme a justifié sa démarche dans le cadre du projet de renouvellement urbain et du problème de « ghettoïsation » de certains sites : sa volonté était à la fois de rechercher la « mixité sociale » et d'équilibrer le peuplement dans un contexte où 50% des demandes sont issues de l'immigration. La MILOS a répondu que le plan stratégique de peuplement ne pouvait reposer sur un seul critère mais devait intégrer d'autres éléments tels que le niveau de ressource et le montant des loyers. Concluant qu'il s'agissait de « pratiques discriminatoires », elle n'a cependant pas transmis au juge pénal ce dossier sur le fondement de l'art. 40 CP (*in Rapport public 2005 de la Mission interministérielle d'inspection du logement social*, S. BAIETTO-BESSON, J. BOUTIN (MILOS), Paris, La documentation française, 2006, p. 4).

<sup>2</sup> TGI St-Etienne, 3 février 2009, n° 304/09. L'OPAC fut condamné à 20.000 € d'amende avec sursis (notons que la majorité municipale avait changé) et à verser 10.000 € de dommages et intérêts à SOS Racisme ainsi que 5.000 € au titre de l'art. 471-1 CPP, et 300 € de dommages et intérêt à un locataire fiché qui s'était porté partie civile.

<sup>3</sup> Citée par M. FAURE *in* « Catégorisation de la population pénale et discrimination », *VEI Enjeux*, n°121, juin 2000, p. 63.



très « ethnicisée » des détenus dans la prison<sup>1</sup>. Le dossier de plainte était accompagné de plusieurs témoignages<sup>2</sup> et études<sup>3</sup> attestant le tri « ethnique » appliqué et de conditions de détention inégales. Une discrimination religieuse était aussi relevée<sup>4</sup>.

Dans le cadre de l'instruction, il a été procédé à de nombreuses auditions et à des enquêtes. La journaliste du *Monde*, entendue sur commission rogatoire, déclara qu'elle avait constaté que les détenus étaient affectés selon leurs origines « ethniques » dans des blocs différents et ce, sans considération des délits commis<sup>5</sup> : le bloc A n'accueillait que des « Blancs » à quelques exceptions près ; il en était de même pour le bloc C réservé aux détenus maghrébins ou d'origine maghrébine à une dizaine d'exceptions près sur 200 à 300 détenus. Enfin, elle affirma qu'il était flagrant que le bloc A était « mieux entretenu, plus propre, moins bruyant (...), plus clair, plus calme » et que le bloc C était le moins bien entretenu. Yves Jégo, directeur de la prison de la Santé, a précisé que cette répartition était mise en œuvre depuis 1980 et l'a justifiée par les demandes régulières des détenus en ce sens et l'intérêt convergent de l'administration pénitentiaire pour une telle répartition dans la

---

<sup>1</sup> « Petites débrouilles et grande détresse », *Le Monde*, 13 avril 2000, « De nuit comme de jour, une ronde perpétuelle », *Le Monde*, 14 avril 2000.

<sup>2</sup> Par courrier adressé à SOS Racisme, une responsable locale du Syndicat national des personnels de l'administration pénitentiaire (SNEPAP-FSU) attestait que la section syndicale de la prison de la Santé avait déjà interpellé le directeur sur la répartition des détenus se fondant uniquement sur des critères ethniques voire de couleur de peau (« certains Antillais étaient affectés au bloc B, bloc 'réservé' quasiment exclusivement aux ressortissants africains », les détenus d'origine marocaine ou algérienne étaient affectés au bloc C ; le bloc A, « réservé habituellement aux Occidentaux », était celui où les conditions de détention et de salubrité étaient en 2000 les meilleures). In Lettre de Mme Marie LAURAS, membre du SNEPAP-FSU, du 10 juillet 2002 figurant au dossier de plainte.

<sup>3</sup> « Il apparaît, tout d'abord, que le milieu pénitentiaire peut laisser se constituer en prison les ségrégations et les conflits qui ont lieu à l'extérieur : elle est ainsi, bien souvent, un lieu de partage conflictuel des territoires entre détenus, suivant diverses logiques ségrégatives, le plus souvent spontanées mais parfois aussi tolérées par l'administration pénitentiaire. Ce cas de figure caractérise la « politique de peuplement » de nombreux établissements, consistant à regrouper les détenus selon des critères d'origine nationale ou ethnique, ou de religion (...) ». In HCI, *Affaiblissement du lien social, enfermement dans les particularismes et intégration dans la cité*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1997, p. 63. Dans le cadre du rapport de l'Assemblée nationale au nom la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises, le rapporteur M-J Floch relevait que certains établissements, comme la prison de la Santé à Paris ou Les Baumettes à Marseille, utilisaient, dans un contexte de surpopulation carcérale, l'origine « ethnique » comme critère d'affectation des détenus plutôt que les impératifs tenant à la personnalité du détenu. In MERMAZ L., FLOCH J., *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises*, Paris, Assemblée nationale, 11<sup>ème</sup> législature, n°2521, tome 1, 2000, p. 38.

<sup>4</sup> L'association relevait ainsi une discrimination à l'encontre des Musulmans via notamment la carence d'aumônier agréé. L'OIP, relevait aussi dans sa revue *Dedans/Dehors* de mars 1998, que « tout rassemblement ou réunion sont interdites aux détenus musulmans de la prison de la Santé de Paris, contrairement aux chrétiens et aux israélites qui peuvent assister à des offices ou des événements religieux. L'administration pénitentiaire justifie cette interdiction par la crainte du prosélytisme islamiste susceptible d'opérer lors de prières en langue arabe » (cité par Mikhaël FAURE in « Catégorisation de la population pénale et discrimination », *op. cit.*, p. 61). Cette interdiction était pourtant contraire à l'art. D.432 CPP qui prévoit que « chaque détenu doit pouvoir satisfaire aux exigences de sa vie religieuse morale et spirituelle » et « peut à ce titre participer aux offices ou réunions organisées par des personnes agréées à cet effet ».

<sup>5</sup> La répartition n'obéit pas à l'art. D.90 CPP qui prévoit la séparation sur les lieux de détention des condamnés et des prévenus.

régulation des conflits<sup>1</sup>. Enfin, il a attesté qu'aucun fichier « ethnique » n'avait été constitué pour réaliser cette répartition, seule la nationalité des détenus figurant dans les fichiers. Par contre, il rejeta l'accusation de discrimination en matière d'hygiène ou de taux d'occupation : si les différents blocs présentaient à certaines époques des conditions de détention différentes, c'était en raison de l'étalement du programme de travaux qui ne furent terminés, dans le fameux bloc C, qu'en septembre 2002. Une ordonnance de non-lieu était finalement rendue le 17 juillet 2003 par la chambre d'instruction du TGI de Paris et confirmée le 10 novembre 2003 par la chambre d'instruction de la Cour d'appel de Paris.

Le premier juge d'instruction estimait que « *ce système de répartition géographique des détenus ne génère pas, en soi, la privation de droits pour une catégorie particulière de personnes, ce qui serait constitutif d'une discrimination au sens du code pénal* »<sup>2</sup>. Dans son ordonnance, la Cour d'appel considère que « *l'ensemble des investigations diligentées par le magistrat instructeur a permis d'établir qu'il existait bien à la maison d'arrêt de la Santé et depuis de nombreuses années, un système de répartition de la population pénale en différents bâtiments ou 'blocs' regroupant des personnes d'origine géographique similaire ou proche* » et reconnaît « *que cette distinction était effectivement opérée entre les détenus à raison de leur origine et de leur appartenance à une nation, une religion ou une ethnie* » et, si elle n'était pas systématique, « *elle était incontestablement majoritairement opérée lors des affectations des détenus arrivants* ». Si le premier élément constitutif du délit de discrimination est constitué, le juge estime que le fait que bloc A était mieux entretenu et plus propre que les autres ne peut être assimilé au refus du bénéfice d'un droit prévu par l'art. 432-7 CP. En ce qui concerne l'art. 225-1 CP, il considère que les conditions de détention ont évolué dans les blocs au fur et à mesure des travaux dont il n'a pas été démontré que l'ordre avait été choisi pour favoriser délibérément tels ou tels détenus. Pour finir, la Cour d'appel entérine l'argument selon lequel les détenus sont favorables à ces regroupements et conclut que le délit prévu à l'art. 225-1 et 432-7 CP n'est pas constitué<sup>3</sup>.

Enfin, dans le cadre de sa réponse à une question écrite du parlementaire Michel Dreyfus-Schmidt du 31 juillet 2003 concernant le « tri ethnique en milieu carcéral », le garde

---

<sup>1</sup> Aucun incident raciste n'a pourtant pu être relevé. De plus, comme le notait le HCI en 1997, cette ségrégation « *ne peut cependant que renforcer les particularismes et hypothéquer les convergences possibles entre individus différents* » (in *Affaiblissement du lien social, enfermement dans les particularismes et intégration dans la cité*, *op. cit.*, p. 63).

<sup>2</sup> Ord. de non-lieu du juge d'instruction du TGI de Paris n°243/02/88 du 17 juillet 2003.

<sup>3</sup> C.A. Paris, 1<sup>ère</sup> ch. d'instruction, appel d'une ordonnance de non lieu, 10 novembre 2003, n° 2003/05865. Le pourvoi en cassation de l'association était rejeté par la chambre criminelle le 11 mai 2004 dans le cadre d'une application stricte de l'art. 575 CPP qui déclare irrecevable le pourvoi d'une partie civile seule contre un arrêt de la chambre d'instruction (Cass. crim., 11 mai 2004, n° 2003-2810, rejet).

des Sceaux a rappelé que la répartition des détenus relevait, selon l'art. D.91 CPP, des compétences du chef de l'établissement pénitentiaire et qu'« afin d'éviter l'isolement de certains détenus étrangers (...) et afin de prévenir des difficultés ou des conflits liés à de trop grandes différences culturelles et d'habitude de vie, les chefs d'établissement (...) peuvent décider de répartir les détenus selon leurs origines géographiques, mais de manière non systématique »<sup>1</sup>. Cette politique de peuplement ainsi autorisée ne semble pourtant pas concerner les seuls détenus ayant commis une infraction à la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers et rappelle la politique de peuplement institutionnelle dans le domaine du logement social, celle-ci se fondant alors sur la justification inverse de recherche de « mixité sociale ». Il est donc légal pour les pouvoirs publics d'organiser la ségrégation « ethnique » s'il n'est pas démontré que cette répartition est adossée à un fichier « ethnique » et qu'elle n'est pas l'instrument de discriminations. Cela semble pourtant en contradiction avec le principe de cécité aux origines protégé par la Constitution qui devrait gouverner les services publics tels que les prisons.

La ségrégation des affectations n'est donc pas considérée en France comme une forme de discrimination « raciale ». Le *Race relation Act* de Grande-Bretagne définit le fait de séparer ou répartir des travailleurs en fonction d'un critère prohibé comme un acte discriminatoire<sup>2</sup>. Aux États-Unis, la Cour suprême autorise le regroupement de détenus en fonction de leur « race » si les autorités peuvent démontrer un objectif prépondérant<sup>3</sup>. En 1968, elle censura la politique pénitentiaire de l'Alabama en rejetant les arguments qui accusaient la déségrégation d'entraîner violence et indiscipline<sup>4</sup>. Mais, en 2005, tout en réaffirmant l'idée que les classifications « raciales » sont susceptibles de renforcer l'hostilité entre prisonniers et les divisions « ethno-raciales », elle ne déclara pas inconstitutionnelle la politique du *California Department of Correction*, qui instituait une séparation raciale pendant 60 jours dans les centres de réception à l'entrée d'un détenu dans un nouvel établissement pénitentiaire. Cette question étant renvoyée devant les juridictions du fond, l'État pourra démontrer que cette pratique permet de prévenir la violence des gangs racistes et de déterminer la dangerosité de chaque détenu avant son placement<sup>5</sup>. Reste à noter que la

---

<sup>1</sup> Question écrite n° 08690 du 31 juillet 2003 du sénateur M. Dreyfus-Schmidt, Réponse du Garde des Sceaux publiée au *J.O* du 6 novembre 2003, p. 3289.

<sup>2</sup> RRA, Part. II, S. 2.

<sup>3</sup> « États-Unis : ségrégation en prison mise en cause », *Le Monde*, 25 février 2005.

<sup>4</sup> C.S., *Lee v. Washington*, 390 US 333 [1968].

<sup>5</sup> C.S., 23 février 2005, *Garrison S. Johnson v. California et al.*, 543 US 499 [2005].

violence, et particulièrement la violence « inter- raciale » des prisons américaines n'a rien à voir avec la situation carcérale française<sup>1</sup>.

### C) Les pratiques de la police

La police est elle aussi régulièrement mise en cause pour des discriminations « raciales » expressément interdites par le code de déontologie de la Police<sup>2</sup>. Comme dans le cas du logement, des fichiers « ethniques » de la police ont pu être mis à l'index. Néanmoins, l'interdiction de collecter des données nominatives sensibles comporte des dérogations parmi lesquelles l'existence d'un motif d'intérêt public<sup>3</sup>. À cette fin, le gouvernement peut autoriser la collecte de telles données par décret en Conseil d'État et après avis de la CNIL. Ainsi, dans sa délibération du 7 décembre 1982, la CNIL considéra que « *le recueil des informations sur le "type racial" est d'intérêt public, dès lors que ces informations constituent des éléments de signalement des personnes (...)* », et ne s'opposa donc pas à ce que de telles données figurent dans les dossiers spécifiques des Renseignements Généraux (RG)<sup>4</sup>. De 1982 à 1988, la doctrine de la CNIL fut la suivante : dans le cadre de leur mission de prévention des troubles à l'ordre public, les RG pouvaient faire référence à l'origine « ethnique »<sup>5</sup> des intéressés dans leurs fichiers si, et seulement si, ces données n'avaient d'autres fins que de permettre l'identification de la personne concernée.

Conforté par l'opinion favorable de la CNIL qu'il suivit à la lettre, le Gouvernement Rocard prit donc, le 27 février 1990, le décret n° 90-184 autorisant dans certains cas précisés les services des renseignements généraux (RG) « *à collecter, conserver et traiter des informations nominatives [faisant] apparaître l'origine ethnique en tant qu'élément de signalement (...) des personnes majeures, pour l'accomplissement exclusif de leurs missions de recherche et de centralisation des renseignements d'ordre politique, social et économique nécessaires à l'information du Gouvernement* ». La publication de ce décret suscita

---

<sup>1</sup> Voir notamment L. WACQUANT, « Quand ghetto et prison se ressemblent et s'assemblent », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 139, 2001, pp. 31-52.

<sup>2</sup> L'art. 7 du code de déontologie de la Police établit que les officiers de police « *doivent montrer un respect absolu pour toutes les personnes quels que soit leur nationalité, leur origine, statut social ou leurs opinions politiques, religieuses ou philosophiques* ».

<sup>3</sup> V. *Infra* p. 502.

<sup>4</sup> Délibération 82-205 du 7 décembre 1982 portant avis conforme sur le projet de décret pris en application des dispositions de l'article 31 al. 3 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 aux traitements automatisés d'informations nominatives mis en œuvre par les services des renseignements généraux.

<sup>5</sup> La substitution du terme « ethnique » au terme « racial », proposée par le gouvernement de l'époque et approuvée par la CNIL dans ses délibérations du 16 février 1988 (n° 88-17 et 88-18), ne changea strictement rien à la règle : dans toutes les délibérations de la CNIL, il était bien fait référence à la couleur de la peau, en tant qu'élément d'identification.

l'indignation de l'opinion publique et le retrait du décret. Un nouveau texte fut proposé et soumis à l'avis de la CNIL qui autorisa la collecte par les RG d'informations nominatives sans « aucune information relative aux origines raciales des personnes »<sup>1</sup> et précisa que les informations collectées peuvent être « complétées par tout élément nécessaire à l'identification de l'intéressé à savoir le signalement (...) »<sup>2</sup>. La CNIL valida donc la substitution par le gouvernement de l'expression « origine ethnique » par « signes physiques particuliers, objectifs et inaltérables, comme éléments de signalement ». Le décret du 14 octobre 1991<sup>3</sup> fut adopté après avis conforme de la CNIL. Les RG peuvent donc mettre et conserver en mémoire informatisée des données qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou ethniques d'individus, dans un cas prévu par la loi.

Néanmoins, en dehors du cadre précis prévu par la loi, de telles collectes ne sont pas autorisées<sup>4</sup>. La nouvelle base « Prévention des atteintes à la sécurité publiques »<sup>5</sup> qui prévoit une catégorisation par « origine géographique »<sup>6</sup> et la base « Enquêtes administratives liées à la sécurité publique », qui prévoient de fichier les « signes physiques particuliers et objectifs » des personnes et dérogent ainsi à l'art. 1<sup>er</sup> de la loi de 1978, viennent remplacer en octobre 2009 le fichier RG. L'inflation du nombre de fichiers de police<sup>7</sup> et leur accessibilité sont inquiétantes. La police et la gendarmerie continuent d'être ainsi régulièrement mises en cause quant à la légitimité et la légalité de fichiers faisant apparaître les origines « raciales » ou « ethniques » des personnes<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Délibérations n°91-054 du 9 juillet 1991 et n° 91-083 du 24 septembre 1991.

<sup>2</sup> Délibération n° 91-055.

<sup>3</sup> Décret n° 91-1051 du Premier ministre et du ministre de la Défense portant application aux fichiers informatisés, manuels ou mécanographiques gérés par les services des renseignements généraux des dispositions de l'article 31, alinéa 3, de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés du 14 octobre 1991, *J.O.* du 15 octobre 1991.

<sup>4</sup> Des membres de la police municipale de La Tremblade ont été condamnés à 3.000 F d'amende pour la constitution d'un fichier d'informations nominatives illicites. La commune a été déclarée civilement responsable (1F et 800 F pour les frais de recours). Le ministère public avait néanmoins requis la dispense de peine (TGI Rochefort sur Mer, 3 mars 1992, *Pieux, Tierce, Giraud, Sennavoine et la Commune de La Tremblade*). Cité par GELD, in *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations...*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>5</sup> Décret n° 2009-1249 du 16 octobre 2009 portant création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à la prévention des atteintes à la sécurité publique, *J.O.* du 18 octobre 2009 (art. 3)

<sup>6</sup> Cette notion a été explicitée par la CNIL : les données pouvant être enregistrées au titre de l'origine géographique doivent être de nature factuelle et objective conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 15 novembre 2007 (décision n°2007-557 DC, loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, cons. 29). Ainsi, il peut s'agir du lieu de résidence ou du lieu d'origine, en France ou à l'étranger (CNIL, délibération n° 2009-355 du 11 juin 2009 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État portant création de l'application relative à la prévention des atteintes à la sécurité publique, saisine n° AV 08023079).

<sup>7</sup> A.N., Rapport d'information sur les fichiers de police n° 1548 déposé le 24 mars 2009 par Mme Delphine Batho et M. Jacques Alain Bénisti. Près de 58 fichiers de police ont été dénombrés.

<sup>8</sup> Voir pour exemple le rapport des RG rendu public le 6 janvier 2006 qui, suite aux émeutes urbaines de novembre 2005, répertoriait l'origine « ethnique » « de 436 meneurs recensés dans 24 quartiers sensibles ». Les conclusions du rapport, citées dans *Le Monde* du 25 février 2006, indiquaient que, parmi les meneurs, « 87% ont

Au-delà de des fichiers de police, ce sont les pratiques policières qui sont contestées et qualifiées de discriminatoires<sup>1</sup>. Une étude récente sur les contrôles d'identité a démontré le traitement discriminatoire dont les personnes noires et d'origine maghrébine pouvaient faire l'objet<sup>2</sup>. La « confusion entre extranéité et criminalité relève du racisme en même temps qu'elle y incite » et cette confusion est largement nourrie pas « la chasse à l'étranger en situation irrégulière » qui constitue l'un des objectifs de la police et qui se traduit notamment par des contrôles d'identité « typiques de dérives qui devraient être remises en cause »<sup>3</sup>. Dans sa décision du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel précise que la vérification du port de documents de séjour propres aux étrangers « doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant (...) toute discrimination », ce qui vise les « recherches au faciès »<sup>4</sup>. Pourtant, les vérifications d'identité - menées notamment dans le cadre d'opérations de contrôles de la régularité du séjour de plus en plus fréquentes - visent souvent les personnes « phénotypées » même si elles sont formellement justifiées par les situations prévues par la loi<sup>5</sup>.

---

*la nationalité française, 67% sont d'origine maghrébine et 17% d'origine africaine. Les Français d'origine non immigrée représentent 9% des meneurs* ». Selon la Direction générale de la police nationale, aucun fichier n'aurait été créé pour ce faire par un service de police, les chiffres du rapport étant « le résultat d'une évaluation effectuée sur la base des renseignements d'état civil figurant obligatoirement dans les procès-verbaux d'audition ». Enfin, cette étude serait « uniquement chiffrée et non nominative », c'est-à-dire non constitutive du délit de fichage prévu à l'art. 226-19 CP (« SOS Racisme accuse les RG d'avoir constitué un fichage ethnique des délinquants », *Le Monde*, 23 août 2006).

Voir aussi « Roms : plainte contre un fichier ethnique à la gendarmerie », *Libération*, 7 octobre 2010, « La CNIL n'a pas trouvé de « fichier ethnique » à la gendarmerie nationale », *Le Monde*, 16 octobre 2010. Après avoir effectué des contrôles les 8 et 12 octobre 2010 auprès de la gendarmerie nationale, la CNIL rend publiques les conclusions d'un rapport préliminaire le 14 octobre 2010 dans lequel elle constate l'absence de fichier à caractère « ethnique ». Elle a toutefois relevé l'existence de données « ethniques » dans plusieurs fichiers qui ignorent largement la loi de 1978.

<sup>1</sup> WIHTOL DE WENDEN C., « Etude sur la part des discriminations dans les manquements à la déontologie », in Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS), *Rapport 2004*, Paris, La Documentation française, 2005, pp. 492-523.

<sup>2</sup> GORIS I., JOBARD F., LEVY R., *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, NY, Open Society Institute, 2009, 80 p. Voir aussi, Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), 3<sup>ème</sup> rapport sur la France, adopté le 25 juin 2004, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 15 février 2005, p. 29.

<sup>3</sup> MASSIAS F., « Faut-il pénaliser le racisme ? », *op. cit.*, p. 614-615.

<sup>4</sup> C.C, décision n° 93-325 D.C du 13 août 1993 Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, cons. 16. Dans le même esprit, v. la décision n° 93-323 du 5 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité (cons. 9 : « s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle »).

<sup>5</sup> « Toute référence à la couleur de la peau dans le procès-verbal (comme « un individu de race noire ») est susceptible d'entraîner la nullité de l'interpellation, même si, le cas échéant, les policiers évoquent d'autres circonstances comme une menace à l'ordre public ou un comportement considéré comme suspect de l'individu contrôlé. Si les tribunaux considèrent que c'est bien cet élément discriminatoire qui a été déterminant pour justifier l'intervention policière, l'interpellation est alors considérée comme irrégulière ». In GISTI, *Le contrôle d'identité des étrangers*, Note pratique, mai 2003, p. 5.

L'Art. 78-2 CPP prévoit que les agents de police judiciaire « *peuvent inviter à justifier, par tout moyen, de son identité toute personne à l'égard de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction* »<sup>1</sup>. Cette rédaction qui date de 2003 autorise les officiers de police judiciaire à une appréciation très subjective<sup>2</sup>. Sur la question de la sélection des individus contrôlés, comme le relève la Cour de cassation, « la jurisprudence n'a (...) guère eu l'occasion de sanctionner le caractère discriminatoire d'interpellations de personnes dont le choix aurait été fondé sur des critères illégitimes liés, par exemple, à la couleur de peau ou à leur race »<sup>3</sup>. S'agissant des autres hypothèses de contrôle d'identité qui sont de plus en plus employées prévues par les alinéas 2 à 5 de l'art. 78-2 CPP, elles permettent, dès lors que les conditions légales sont réunies, d'inviter quiconque à justifier de son identité. « Dans ces conditions, et à supposer même que cela puisse, le cas échéant, entraîner l'annulation de la procédure, la preuve de comportements policiers discriminatoires paraît particulièrement difficile à rapporter »<sup>4</sup>. Enfin, l'appréciation des juges du fond sur la régularité des opérations ne peut intervenir que dans le cas où la personne contrôlée ne veut pas ou ne peut justifier de son identité<sup>5</sup> et fait alors l'objet d'une rétention pour vérification ou dans le cas où le contrôle d'identité précède immédiatement une mesure de garde à vue ou de placement en rétention administrative de l'étranger<sup>6</sup>. Dès lors qu'il n'y a pas interpellation, une personne d'origine immigrée contrôlée plusieurs fois par jour n'aura aucun recours contre une telle pratique discriminatoire de « profilage racial »<sup>7</sup>.

Globalement, les comportements discriminatoires des policiers sont rarement réprimés et les victimes découragées de dénoncer des représentants de la loi qui répondent quasi-systématiquement par des plaintes pour outrage ou dénonciation calomnieuse<sup>8</sup>. Quand

---

<sup>1</sup> Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, *J.O.* du 19 mars 2003.

<sup>2</sup> Les stipulations antérieures fondaient le contrôle d'identité sur l'existence d'« *un indice faisant présumer* » que la personne avait commis une infraction ou s'appropriait à en commettre une. Le texte dans sa rédaction actuelle est parfois considéré comme contraire à la jurisprudence du Conseil constitutionnel et pourrait faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cadre d'un recours. V. « La rédaction équivoque de l'article 78-2 sur les contrôles d'identité laisse place à l'arbitraire policier », Entretien avec Dominique Rousseau, *Le Monde*, 24 mai 2011.

<sup>3</sup> Cour de cassation, *Rapport annuel 2008*, La Documentation française, 2009, v. troisième partie : Etude : Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation, « Le contrôle variable des distinctions justifiées », point 2.3.1.1. Voir Cass. civ., 14 juin 2005, n° 04-50068, *Bull.*, n° 248.

<sup>4</sup> Cour de cassation, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, point 2.3.1.2.

<sup>5</sup> Cass. crim., 13 janvier 1986, n° 89-90041, *Bull. crim.* n°19.

<sup>6</sup> Cass, civ., 14 février 2006, n° 05-12641, *Bull. I*, n° 77. V. FERRE N., *Les contrôle d'identité au miroir des étrangers*, Thèse de droit pénal, Université Paris X-Nanterre, 1993.

<sup>7</sup> ECRI, *Recommandation générale n°11 sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans les activités de police*, 29 juin 2007, 26 p.

<sup>8</sup> Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), *3<sup>ème</sup> rapport sur la France*, adopté le 25 juin 2004, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 15 février 2005, p. 29. Voir la question écrite n° 16410 de M. Roger

une plainte pour violence aboutit, les peines sont souvent légères<sup>1</sup> et l'aspect discriminatoire n'est pas pris en compte<sup>2</sup>. Cette dérive discriminatoire et l'impunité dont elle bénéficie fait peser sur l'ensemble du corps policier un soupçon. Les contrôles policiers se transforment parfois en incidents graves notamment dans les banlieues défavorisées où ils peuvent constituer le point déclencheur d'émeutes urbaines plus ou moins localisées<sup>3</sup>.

\*

Il semble donc aujourd'hui que la ségrégation et le fichage « ethnique » bénéficient d'une relative impunité devant les juges français, alors que l'égalité dans la ségrégation est impossible et que le fichage constitue aujourd'hui un instrument de discrimination systématique. Plus globalement, la sanction des discriminations « raciales » produites par les agents publics ou de services public et, plus largement, des discriminations institutionnelles reste à réaliser afin d'équilibrer le mouvement de juridictionnalisation entamée sur le front de la lutte contre les discriminations « raciales ». Si les acquis du droit communautaire sont réellement intégrés par les requérants et par le juge, la juridiction administrative pourrait se trouver davantage sollicitée qu'elle ne l'est. Mais la doctrine tend surtout à encourager un développement des recours civils face à une pénalisation des discriminations « raciales » considérée comme inefficace, alors même que c'est la complémentarité des voies pénales et civiles qui doit être mieux exploitée.

\*

La juridictionnalisation des discriminations « raciales » est encore timide. Si le juge pénal est davantage sollicité depuis une dizaine d'années, c'est logiquement au sujet des

---

Madec (*J.O. Sénat* du 10 mars 2005, p. 652) et la réponse du Ministère de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire (*J.O. Sénat* du 14 juillet 2005, p. 1910).

<sup>1</sup> « L'arrestation mortelle ne touche pas les juges », *Libération*, 6 juillet 2000 : cinq policiers étaient accusés d'homicide involontaire devant le tribunal correctionnel de Lille. Celui-ci a finalement relaxé trois d'entre eux et condamné deux autres le 5 juillet 2000 à des peines symboliques de 7 mois de prison avec sursis. L'avocat de la LDH releva que des peines presque similaires étaient prononcées pour des faits d'outrages et rébellion à agent.

<sup>2</sup> Voir notamment sur l'impunité des violences policières en France : ONU, Comité des droits de l'Homme, *Observations finales sur le troisième rapport périodique fourni par la France à propos de son application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, doc. ONU CCPR/C/97/Add.80, 4 août 1997, § 15 ; Conseil de l'Europe, Bureau du Commissaire aux droits de l'Homme, *Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, sur le respect effectif des droits de l'Homme en France suite à sa visite du 5 au 21 septembre 2005*, CommDH 2006/2, du 15 février 2006, §171-174.

<sup>3</sup> V. LAPEYRONNIE D., « Révolte primitive dans les banlieues françaises. Essai sur les émeutes de l'automne 2005 », *Déviance et société*, n°30, 2006, pp. 439-444 ; MOHAMMED M., MUCCHIELLI L., « La police dans les "quartiers sensibles" : un profond malaise », in L. Mucchielli, V. Le Goaziou, *Quand les banlieues brûlent. Retour sur les émeutes de novembre 2005*, La Découverte, coll. « Sur le vif », Paris, 2006 p. 98-119.



seules discriminations intentionnelles. Celles-ci sont encore courantes en France, au point que des systèmes de fichages « ethniques » sont mis en place pour organiser la discrimination. Quand bien même de nouvelles modalités de preuve telles que le testing ont été acceptées, l'étude de la jurisprudence montre qu'il reste difficile d'emporter la conviction du juge. En matière pénale, la preuve de l'intentionnalité exige encore trop souvent que la discrimination soit explicite. Pour les discriminations directes cachées voire inconscientes pour lesquelles seuls les juges civil et administratif sont compétents, on a pu récemment observer un frémissement de la juridictionnalisation. Pour autant, le niveau d'exigence des juridictions sociales alors même que les requérants bénéficient de l'aménagement de la preuve. Le juge administratif semble à ce jour encore largement à l'écart de ce processus.

De manière plus générale, il apparaît particulièrement ardu d'obtenir la condamnation des institutions pour leurs politiques discriminatoires, et la notion de discrimination indirecte, dont les contours méritent d'être précisés, reste largement ignorée par la jurisprudence. Enfin, le montant des sanctions et des indemnités allouées en cas de condamnation reste dans la plupart des cas très en-deçà des sanctions dissuasives et proportionnées réclamées par le droit communautaire et des lourdes sanctions imposées Outre-Atlantique<sup>1</sup>. Les employeurs français sont donc peu incités à initier d'eux-mêmes des politiques antidiscriminatoires<sup>2</sup>. Néanmoins, les stratégies de visibilité et de médiatisation des procès ont favorisé la diffusion du droit à la non-discrimination « raciale » et l'affichage par les entreprises d'engagements en faveur de la lutte contre les discriminations. Elles ont aussi contribué à enclencher la mobilisation des pouvoirs publics.

L'amplification de cette juridictionnalisation frémissante dépend largement des acteurs collectifs, associations et syndicats, impliqués dans la lutte contre les discriminations « raciales » au vu des réticences qu'il reste à vaincre dans le monde de la justice. On sait combien dans d'autres domaines, les grands procès conduits sur la scène publique ont permis de modifier la perception des actes déviants et d'assurer un meilleur respect du droit. « Rappelons-nous par exemple comment les syndicats, en poursuivant les chefs

---

<sup>1</sup> OPPENHEIMER D. B., « Evaluating the U.S. Policy of Using Private Lawsuits to Remedy Employment Discrimination », *Droits et Cultures*, n° 49, janvier 2005, p. 128. Néanmoins, une analyse de Michael Selmi montre que les affaires centrées sur les seules réparations financières (sans imposition d'un programme d'action) produisent peu de changements au sein des entreprises concernées même quand des discriminations structurelles sont révélées par les litiges (Cité in SUK J., « Procedural Path Dependence : Discrimination and the Civil-Criminal Divide », *Washington University Review*, vol. 85, 2008, p. 1364)

<sup>2</sup> DOBBIN F., « Do the Social Sciences Shape Corporate Anti-Discrimination Practice ?... » , *op. cit.*, p. 840.

d'entreprise pour homicide ou blessures volontaires, ont modifié l'histoire de la répression des accidents du travail »<sup>1</sup>.

\*

---

<sup>1</sup> FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 53.

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Sous l'influence du droit communautaire, la législation française a intégré une définition élargie du concept de discrimination « raciale ». Aux discriminations intentionnelles sont venues s'ajouter des formes de discriminations plus subtiles. La discrimination directe recouvre ainsi des traitements discriminatoires inconscients et la discrimination indirecte vise des pratiques apparemment neutres qui ont un impact particulièrement désavantageux pour les membres relevant des catégories protégées. Dans un souci d'effectivité, le droit se focalise moins sur des discriminations explicites portées par des acteurs individualisés et s'intéresse dorénavant à des discriminations objectivées : les pratiques et leurs effets sont analysés concrètement. La discrimination est alors appréhendée comme un phénomène produit par la société toute entière : il n'y a pas d'organisation, d'individu qui ne soit *a priori* source de discrimination. Et si le droit ne peut pas tout face à un phénomène autant banalisé et enraciné, il a su évoluer pour épouser la complexité du fait social contre lequel il s'agit de lutter plus efficacement.

Ces nouvelles définitions de la discrimination « raciale » ont été par touches successives finalement intégrées par le droit français mais sans induire de refonte du cadre législatif antérieur, ce qui peut faire obstacle à un bon accès au droit. De plus, alors que la discrimination était jusqu'ici marquée par l'intentionnalité, la portée de la discrimination directe comme indirecte n'a guère été questionnée lors de leur intégration dans la législation française et les juges n'ont pas véritablement entériné ces novations. Grâce à la mobilisation des acteurs associatifs et à la construction de nouveaux instruments de preuve tels que le testing, la pénalisation des discriminations intentionnelles progresse. Mais la discrimination directe reste, en dehors du champ pénal, encore trop cantonnée à la preuve d'une intention malveillante et la preuve comparative statistique est encore souvent jugée peu convaincante sur le terrain des discriminations « raciales ». Enfin, la discrimination indirecte, notamment dans sa dimension quantitative, c'est-à-dire quand la mesure neutre n'est pas intrinsèquement suspecte, n'a pas connu d'application. Attachés à une vision individualisée des discriminations (des victimes comme des auteurs), les juges semblent aussi réticents à sanctionner des politiques antidiscriminatoires. Malgré les mécanismes procéduraux institués pour encourager les recours des victimes, le mouvement de juridictionnalisation des discriminations reste ainsi trop timide en France pour légitimer les normes antidiscriminatoires.

À l'instar des juridictions et des acteurs qui les saisissent, les autorités françaises commencent à peine à prendre la mesure de la portée des notions innovantes de discrimination. Les nouvelles définitions juridiques, qui s'appliquent dorénavant pour tous les critères, imposent en effet le respect d'une véritable indifférence de traitement qui s'apprécie concrètement, au vu des effets des décisions et des pratiques dans le réel, pour les individus protégés. Concernant le critère « racial », cette exigence d'indifférence de traitement est absolue<sup>1</sup>. Considérant la dimension structurelle des discriminations, le respect du principe d'indifférence de traitement impose aux acteurs une logique de prévention des discriminations et des stratégies cohérentes pour les anticiper et les corriger (action proactive). Néanmoins, la protection juridictionnelle n'est pas encore assez crédible et dissuasive pour induire chez les organisations une véritable remise en cause de leur fonctionnement et pour emporter la construction de nouvelles pratiques qui viendraient anticiper le risque judiciaire<sup>2</sup>. L'action de la justice contre les discriminations « raciales », dont le rôle est à la fois répressif et préventif, constitue donc l'un des éléments d'un système plus vaste et d'une politique globale nécessaire face à « des habitudes discriminatoires institutionnalisées et enracinées »<sup>3</sup>.

\*

---

<sup>1</sup> Cette indifférence de traitement vaut pour tous les critères qui se voient appliquer des notions identiques de discriminations directe, indirecte, de harcèlement discriminatoire ou d'injonction à discriminer. Néanmoins, le champ *rationae materiae* de ces interdictions de discriminer est à ce jour plus large pour certains critères tels que la « race » ou le sexe. De plus, contrairement aux critères de la religion et du handicap qui mobilisent la notion d'accommodement raisonnable et aux critères du sexe ou de l'âge qui peuvent fonder une action positive, le critère de la « race » ne peut fonder - même partiellement ou positivement- une décision légale (exception faite des exigences professionnelles essentielles et déterminantes dont le champ d'application, pour le critère de l'origine, reste extrêmement étroit).

<sup>2</sup> NOËL O., « Comment prévenir les discriminations raciales à l'emploi en France ? », *Hommes et migrations*, n° 1246, novembre-décembre 2003, p. 50.

<sup>3</sup> Commission européenne, Direction Emploi et affaires sociales, *L'égalité des droits dans la pratique. Témoignages clés 2004*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2004, p. 6

## **SECONDE PARTIE :** **ÉLIMINER LES DISCRIMINATIONS « RACIALES »** **L'ÉMERGENCE D'UNE POLITIQUE PUBLIQUE**

Les définitions juridiques de la discrimination induisent le volontarisme des organisations : si elles souhaitent éviter d'être tenues pour responsables des discriminations directes et indirectes qui se déploient en leur sein, elles doivent mettre en place des actions de prévention et corriger leurs procédures (action proactive). Le droit de la non-discrimination impose aussi un engagement d'une nouvelle nature aux États : il ne s'agit pas seulement de s'abstenir de toute discrimination mais d'une obligation d'agir. Le droit communautaire prévoit ainsi des obligations précises minimales à la charge des autorités étatiques telles que la création d'une haute autorité<sup>1</sup> et la conduite de négociations collectives sur le thème de la lutte contre les discriminations<sup>2</sup>. À travers ces instruments, les autorités publiques ont le devoir d'assurer le déploiement du droit en vue d'assurer l'effectivité du principe de non-discrimination « raciale ». De même, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 exige des États signataires qu'ils s'engagent dans la lutte contre les préjugés qui nourrissent les discriminations raciales<sup>3</sup>. Ce nécessaire interventionnisme public, qui prend acte de la dimension structurelle des discriminations et de la responsabilité collective qui en découle, est affiché par les plus hautes autorités françaises depuis la reconnaissance des discriminations « raciales » et l'affirmation d'une politique globale de lutte contre les discriminations en 1997. Depuis l'alternance de 2002, la lutte contre les discriminations « raciales » est restée une priorité revendiquée par les Présidents Jacques Chirac<sup>4</sup> et Nicolas Sarkozy<sup>5</sup>.

Au nom de l'efficacité des politiques publiques, la lutte contre les discriminations implique donc, au-delà de l'interdiction législative et de la réparation individuelle, de

---

<sup>1</sup> Directive 2000/43, Préambule, § 24.

<sup>2</sup> Directive 2000/43, Préambule, § 23.

<sup>3</sup> Article 7 : « *Les États parties s'engagent à prendre des mesures immédiates et efficaces, notamment dans les domaines de l'enseignement, de l'éducation, de la culture et de l'information, pour lutter contre les préjugés conduisant à la discrimination raciale* ».

<sup>4</sup> Le Président Chirac, dès le début de son mandat, a rappelé, et ce à plusieurs reprises, la nécessité d'une implication « énergique » des pouvoirs publics dans la lutte contre les discriminations « raciales » (à Troyes le 14 octobre 2002 dans un discours consacré à « l'intégration », puis à l'Élysée, le 3 décembre 2002 à l'occasion du renouvellement des membres de la CNCDH et le 23 décembre 2003 à l'occasion d'un discours sur « la laïcité »).

<sup>5</sup> Discours de M. Président de la République, École Polytechnique, Palaiseau, 17 décembre 2008.

rechercher un impact collectif maximum à toute action et de jouer, dans cet objectif, de la complémentarité des voies défensives et préventives. La création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité (HALDE) à la fin de l'année 2004 renvoie à la nécessité de combiner efficacement répression des comportements déviants et prévention des discriminations pour optimiser la protection du droit à la non-discrimination<sup>1</sup>. Ce nouvel acteur doit permettre d'assurer « en continu l'interactivité entre le droit et le fait »<sup>2</sup> et de faire évoluer la règle selon l'évolution des comportements sur le terrain. La novation que constitue la création d'une Autorité Administrative Indépendante (AAI) dévolue à la lutte contre les discriminations est réalisée au nom de l'effectivité du droit à la non-discrimination. Cette autorité, dont nous analyserons l'activité au cours de sa brève existence, constitue aussi un vecteur d'unification des régimes juridiques relatifs aux différents critères discriminatoires. Elle marque également une volonté d'unification opérationnelle d'un dispositif public de lutte contre les discriminations éclaté et vient réaffirmer la fusion des missions d'éradication des discriminations ponctuellement identifiées et de prévention des discriminations encore inconnues.

Les politiques publiques volontaristes de diffusion du droit antidiscriminatoire menées au niveau national comme décentralisé se déclinent dans une démarche régulatrice en associant les « mis en cause » à l'édiction de normes souples (« droit réflexif ») et en évitant les procédés de contrainte (« droit incitateur »)<sup>3</sup>. La régulation, qui associe donc des moyens d'action juridiques et d'autres non-juridiques (*soft law*), conduit le juriste « à sortir de la sphère du droit strictement entendue pour déboucher sur des analyses de sciences administratives ou politiques »<sup>4</sup>. L'étude de la régulation antidiscriminatoire implique donc de prendre ses distances avec une représentation rigide du droit pour s'intéresser à l'ensemble de l'action publique déployée en matière d'égalité de traitement. Il ne s'agit pas non plus

---

<sup>1</sup> L'exposé des motifs du projet de loi portant création de la HALDE indique ainsi que la création de la Haute autorité répond à « la nécessité impérieuse de trouver, dans notre pays, les voies et moyens de lutter efficacement contre les pratiques discriminatoires qui portent atteinte au principe d'égalité et par là même à la cohésion sociale ». In Projet de loi portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, n° 1732, présenté au nom de J-P Raffarin, Premier ministre, par J-L Borloo, ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, enregistré à la présidence de l'A.N. le 15 juillet 2004.

<sup>2</sup> Conseil d'État, *Rapport public 2000 sur les autorités administratives indépendantes*, E.D.C.E., n° 52, Paris, La Documentation française, 2001, p. 280.

<sup>3</sup> CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001, n° 49, p. 832.

<sup>4</sup> AUTIN J-L., « Réflexion sur l'usage de la régulation en droit public », in M. Maille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 52.

d'opposer réglementation juridique et régulation souple à l'image de certains acteurs<sup>1</sup>. Néanmoins, la pertinence du choix d'un droit négocié et incitateur, qui s'impose dans le domaine de la lutte contre les discriminations « raciales » en excluant souvent le recours à des procédés plus contraignants, mérite d'être discutée. La question se pose aussi de savoir si, au sein de l'action publique réactive comme proactive, les acteurs et les modes d'intervention classiques et régulateurs, souvent présentés comme opposés, voire contradictoires, ne seraient pas plus efficaces si leur complémentarité était reconnue et assumée.

Le succès du paradigme de la diversité qui tend, depuis quelques années, à se substituer à l'impératif de lutte contre les discriminations n'est ici pas sans incidence. La définition du droit à la non-discrimination s'en trouve souvent rétrécie, voire travestie car la diversité est un objectif utilitariste aux contours flous et dénué de portée juridique. De même, la question de la diversité participe à focaliser les débats sur la mise en place de statistiques « ethno-raciales » contraires à l'art. 1<sup>er</sup> de la Constitution. Elle tend à remplacer la mesure des discriminations, nécessaire à l'opérationnalisation du droit antidiscriminatoire, par la mesure de la diversité qui n'interroge pas les processus de sélection.

Les conditions de l'émergence de la HALDE, devenue un acteur incontournable de la lutte contre les discriminations « raciales », et le choix d'instituer une nouvelle AAI à compétence universelle seront d'abord discutés (chapitre introductif). Puis, les missions et de l'activité de la Haute autorité, aujourd'hui remplacée par le Défenseur des droits<sup>2</sup>, seront analysées. S'agissant de sa mission d'assistance aux victimes de discrimination dont elle est censée favoriser les démarches judiciaires, et, plus largement, de la diffusion du droit à la non-discrimination qu'elle assure, la recherche de complémentarité entre le juge et la HALDE semblait prévaloir lors de la création de celle-ci. Toutefois, les risques d'une concurrence ne peuvent être écartés étant donnés ses pouvoirs de sanctions négociées et de recommandations (titre I). Les modalités de l'action publique en matière de promotion de l'égalité de traitement

---

<sup>1</sup> Ainsi, lors de la discussion parlementaire de la loi du 16 novembre 2001 renforçant les instruments juridiques de la répression des discriminations à l'emploi, le député Jean Auclair (RPR) dénonçait le choix du gouvernement de la voie répressive - alors même qu'il n'était pas exclusif d'autres modes d'intervention - et estimait qu'on avait écarté « *la pédagogie et la prévention au profit d'un tout-répressif particulièrement inadapté dans ce contentieux* » des discriminations. Il lui semblait préférable de « *favoriser dans certaines entreprises l'élaboration de chartes où les partenaires s'engagent à lutter contre les discriminations au travail* » (Intervention du député Jean Auclair, A.N., session ordinaire de 2000-2001, 3<sup>ème</sup> séance du 3 avril 2001, Discussion de la proposition de loi n°256 relative à la lutte contre les discriminations, 2<sup>ème</sup> lecture, *J.O., Débats parlementaires*, A.N. (C.R.), n° 18 (3), 4 avril 2001, p. 1719-1720).

<sup>2</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (art. 46-1) qui insère dans la Constitution un nouvel art. 71-1 qui garantit l'existence du Défenseur des droits ; loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *J.O.* du 30 mars 2011 ; loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *J.O.* du 30 mars 2011.

sans distinction d'origine, dont la HALDE est un protagoniste parmi d'autres, conservent un caractère principalement incitatif ce qui n'est pas sans incidence sur la définition du droit à la non-discrimination et la nature des obligations qui en découlent pour les diverses organisations concernées. Dans le cadre de cette politique de promotion de l'égalité qui vise à une meilleure effectivité du droit à la non-discrimination, la mesure des discriminations à des fins de connaissance et d'évaluation est un enjeu majeur (Titre II).



## Chapitre introductif

### La création de la HALDE

Le consensus pour la création d'une Haute autorité spécialisée a difficilement émergé. Les contours de l'Autorité que nous connaissons aujourd'hui ont ainsi fait l'objet de débats et de discussions intenses. Si la HALDE est née sous l'influence communautaire et des expériences étrangères, elle constitue avant tout une réponse aux insuffisances d'un dispositif préexistant (§1). Celui-ci était alors axé sur la lutte contre les seules discriminations « raciales » alors que la HALDE s'est vu confier une compétence universelle pour tous les critères de discriminations (§2). Il a été enfin décidé qu'elle prendrait la forme d'une autorité administrative indépendante (§3) dotée d'une indépendance fonctionnelle et organique (§4).

#### §1) Une réponse aux insuffisances du dispositif existant

Le dispositif de lutte contre les discriminations « raciales », né à la fin des années 1990, présentait initialement un caractère particulièrement éclaté. Plusieurs institutions avaient très tôt marqué leur inclination pour la création d'une autorité nationale spécialisée<sup>1</sup>. De même, le conseiller d'État Belorgey, qui s'était vu confier une mission de réflexion sur l'opportunité de créer « d'une structure chargée spécifiquement de lutter contre les discriminations, par exemple, sous la forme d'un médiateur ou d'une AAI »<sup>2</sup>, proposait dès 1999 la création d'un Conseil supérieur de l'intégration et de la lutte contre les discriminations impliquant une refonte importante des autorités administratives impliquées<sup>3</sup>. Mais ses préconisations furent ignorées par la commanditaire du rapport, Martine Aubry, Ministre du Travail de l'époque.

Le dispositif éclaté de lutte contre les discriminations sera finalement construit en plusieurs étapes. L'institution par le ministre de l'Intérieur de Commissions départementales

---

<sup>1</sup> Pour exemple, dans son rapport de 1998, le Haut conseil à l'intégration (HCI) recommandait la création d'une AAI afin de « donner une visibilité forte à l'engagement de l'État » (*in Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité, op. cit.*, p. 104).

<sup>2</sup> Lettre de mission du conseiller d'État Belorgey de la Ministre de l'Emploi et de la Solidarité, Martine Aubry, du 23 novembre 1998, *in* BELORGEY J-M., *Lutter contre les discriminations*, Rapport à Mme la ministre de l'Emploi et de la solidarité, mars 1999, pp. 64-65.

<sup>3</sup> Voir Annexe n° 8 du Rapport *Lutter contre les discriminations, Ibid.*

d'accès à la citoyenneté (CODAC) le 18 janvier 1999<sup>1</sup> est congruente avec certaines des critiques formulées notamment par le Conseil d'État ou la CNCDH à l'encontre d'une potentielle structuration en AAI : on craignait un désengagement de l'État et d'un défaut de proximité avec les victimes comme les acteurs locaux en particulier<sup>2</sup>. Mais ces CODAC, qui ont notamment pour mission de lutter contre les pratiques discriminatoires dont sont victimes les jeunes issus de l'immigration et d'engager des actions en faveur de l'égalité de traitement, permettent aussi de reporter le changement annoncé par l'avènement du paradigme des discriminations par rapport à celui dit de l'intégration<sup>3</sup>. L'organisation interne de ses commissions présidées par les préfets reflète la volonté de coordonner au niveau local la réflexion et le travail des différentes institutions, de la justice et de la société civile.

Au niveau national, on retrouve cette ambition à travers le groupe d'étude des discriminations (GED) créé la même année<sup>4</sup> à l'initiative du Ministère de l'Emploi sous forme d'un groupement d'intérêt public réunissant les principaux ministères, les partenaires sociaux et les grandes associations de lutte contre le racisme. La vocation du GED, transformé en Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations (GELD) en 2000<sup>5</sup>, est de centraliser et d'exploiter les études et données statistiques, de diffuser les résultats des travaux auprès de l'opinion publique, des acteurs sociaux et des pouvoirs publics, d'émettre des avis et de formuler des recommandations pour éclairer les pouvoirs publics.

Enfin, un service téléphonique gratuit destiné à recevoir les signalements de discrimination, le 114, est mis en place<sup>6</sup>. Les secrétaires permanents des CODAC sont chargés

---

<sup>1</sup> Circulaire du ministre de l'Intérieur du 18 janvier 1999 portant sur la mise en place d'une commission départementale d'accès à la citoyenneté, NOR : INT/A/99/00013/C.

<sup>2</sup> Le Conseil d'État considérait en 2000 qu'on ne pouvait confier à une AAI la lutte contre les discriminations car il s'agissait là d'une activité appelée à se situer au cœur de l'action étatique et nécessitant de transcender des clivages sectoriels (*Rapport public 2000, op. cit.*, p. 378).

<sup>3</sup> Il existait en effet une « tension idéologique à l'intérieur du gouvernement entre deux approches de la lutte contre les discriminations et ses effets sur la conception de l'intégration nationale » (P. BATAILLE, « Discriminations raciales, un problème de société », *La Revue de la CFDT*, mai-juin 2003, p. 12). Selon V. Guiraudon, la frilosité de Martine Aubry à l'égard du rapport aurait laissé une certaine marge de manœuvre à un autre poids lourd du gouvernement, J-P Chevènement, ministre de l'Intérieur, qui a ainsi largement pesé sur la construction du futur dispositif (*in* « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive 'race' », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004, p. 20). Françoise Lorcerie partage son analyse (*in* « La lutte contre les discriminations ou l'intégration requalifiée », *VEI Enjeux*, n°121, juin 2000, p. 76).

<sup>4</sup> Convention constitutive du groupement d'intérêt public « Groupe d'étude sur les discriminations » (GED), Cab- 21/01/1999, approuvée par arrêté du 31 mai 1999 de la ministre de l'emploi et de la solidarité et du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie portant approbation d'une convention constitutive d'un groupement d'intérêt public, *J.O.* du 5 juin 1999, p. 8288.

<sup>5</sup> Arrêté du 2 octobre 2000 portant approbation d'un avenant à une convention constitutive d'un GIP, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, Ministre de l'emploi et de la solidarité, *J.O.* du 8 oct. 2000, p. 15.998.

<sup>6</sup> Le numéro 114 avait été ouvert le 21 avril 2000 par décision du même jour de l'ART (Lettre-circulaire du 10 mai 2000 des ministres de l'Intérieur et de l'Emploi et de la solidarité relative à la mise en place d'un numéro de téléphone gratuit (114) pour lutter contre les discriminations raciales, *J.O.* du 14 juin 2000, p. 8949.).

d'instruire ces réclamations et d'orienter éventuellement les victimes vers la voie judiciaire. De plus, le GELD, qui est à la fois un observatoire et une structure opérationnelle, se voit chargé d'impulser des initiatives d'action de lutte contre les discriminations et de coordonner les activités des CODAC et du 114. À ce titre, il doit produire un rapport annuel rendant compte de ses activités, de la situation de la discrimination « raciale » en France et des moyens pour la combattre en tenant compte des données issues du 114 et de l'action des CODAC.

Certaines dimensions de ce dispositif public constituent des avancées essentielles dans la lutte contre les discriminations « raciales ». Tout d'abord, à travers le 114 présenté à l'article 9 de la loi du 16 novembre 2001, la victime voit enfin « sa parole reconnue, 'légitimée' »<sup>1</sup>. Il permet aussi de lever le voile sur l'ampleur du phénomène et de mieux connaître les discriminations et leurs victimes<sup>2</sup>. De même, le GELD produit des notes indépendantes sur des sujets sensibles qui contribuent à améliorer la connaissance des phénomènes discriminatoires et nourrissent le débat public<sup>3</sup>. Avec les CODAC, l'innovation consiste à traiter dans la proximité les signalements reçus. Plus globalement, la multiplication d'instruments, qui traduisent l'ambition de nouer des partenariats entre les pouvoirs publics et la société civile, d'instituer une réflexion interministérielle et d'implanter localement la lutte contre les discriminations « raciales », reflète une volonté d'agir.

Mais cette ambition n'a pas abouti et le dispositif hybride fait vite la démonstration de son manque d'efficacité. Très rapidement, la place faite aux référents syndicaux et associatifs, les moyens alloués au dispositif et la qualification des agents des CODAC ont posé problème<sup>4</sup>. De plus, les services publics comme les agents de police bénéficient d'une totale

---

<sup>1</sup> VALENTIN-MARIE C., « Enjeux actuels de la lutte contre les discriminations en France », *in* D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, p. 128.

<sup>2</sup> Alors même qu'à l'origine, à l'instar des CODAC, il visait les jeunes d'origine étrangère, le numéro d'urgence permet de démontrer que les discriminations touchent aussi leurs aînés. *In* DARES, « La lutte contre les discriminations : initiatives publiques et pratiques d'entreprises », Actes du colloque organisé par la DARES le 9 décembre 2004 à Paris, p. 8.

<sup>3</sup> Notes concernant notamment « le recours au droit dans la lutte contre les discriminations », « les emplois fermés aux étrangers : une forme méconnue de discrimination », « les discriminations ethniques et raciales dans l'accès au logement social ».

<sup>4</sup> Pour le GELD, « l'ambition de départ d'une mobilisation commune des pouvoirs publics et de la société civile ne s'est pas concrétisée. Les méfiances réciproques, les difficultés à concilier les cultures administratives, syndicales et associatives, le manque de compétence sur un sujet nouveau et difficile y ont fortement contribué » (*in* « Bilan critique de deux années de fonctionnement du dispositif 114-CODAC », *in* CNCNH, *Rapport annuel 2002*, Paris, La Documentation française, 2003, p. 149). De même, la Cour des comptes relève que le « manque de professionnalisme » des secrétaires permanents, qui n'ont pas été préparés à leurs nouvelles missions, « a été aggravé par le refus de s'impliquer de la part d'un certain nombre d'acteurs publics et privés ». *In* *L'accueil des*

impunité faute d'enquête administrative réellement impartiale et d'encouragement pour les victimes à saisir la justice. En définitive, les CODAC qui devaient permettre « *d'assurer le traitement et le suivi des cas signalés et d'apporter son soutien aux victimes* »<sup>1</sup> constituent un dispositif lourd et opaque à la fois<sup>2</sup>. L'efficacité du 114 est elle aussi mise en cause car très peu d'appels sont jugés utiles et donnent lieu à signalement auprès des CODAC<sup>3</sup>. Les limites et dysfonctionnements du mécanisme 114/CODAC ont ainsi rapidement transformé celui-ci en « leurre »<sup>4</sup> : la plupart des dossiers de signalement étaient classés sans suite sans réelle explication et les rares transmissions au procureur se révélèrent décevantes faute d'une réelle expertise dans le domaine des discriminations. En l'absence de condamnation ou réparation, la légitimation sociale de la victime de discrimination se trouve ainsi dissociée de sa légitimation juridique, ce qui accroît les frustrations et alimente le discrédit de l'administration sur le terrain de la lutte contre les discriminations « raciales »<sup>5</sup>. Quant au GELD, ses compétences et ses moyens sont limités et ses diagnostics n'ont pas réellement donné lieu à des évolutions juridiques positives<sup>6</sup>.

Le fonctionnement du dispositif est donc largement déficient. Dès mai 2000, pour permettre d'améliorer les signalements de faits discriminatoires et obtenir une réponse judiciaire plus efficace, la vice-présidence des CODAC est confiée au procureur de la République<sup>7</sup>, mais les tentatives de consolidation<sup>8</sup> se révèlent impuissantes à remédier aux carences initiales du dispositif. Pourtant, malgré les demandes de certains parlementaires<sup>9</sup>, la création d'une autorité nationale n'est toujours pas envisagée dans le cadre des nouvelles dispositions relatives à la lutte contre les discriminations de novembre 2001 et janvier 2002.

---

*immigrants et l'intégration des populations issues de l'immigration*, Rapport public particulier, La Documentation française, 2004, p. 262.

<sup>1</sup> Art. 9 de la loi du 16 novembre 2001.

<sup>2</sup> GORGEON C., AMAOUCHE M-D., AUDEBRAND E. et BARILERO B. (Acadie), « La mise en œuvre locale du 114 », *Migrations Etudes*, n° 99, mai-juin 2001, p. 1.

<sup>3</sup> V. *Bilan du fonctionnement des Commissions d'accès à la citoyenneté*, Rapport IGAS/IGA, décembre 2000.

<sup>4</sup> GORGEON C. et al., « La mise en œuvre locale du 114 », *Migrations Etudes*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>5</sup> ACADIE, *La mise en œuvre locale du 114- Etude qualitative*, Paris, Ministère de l'emploi et de la solidarité (DPM), février 2001, tome 1 : études de cas, pp. 15-17.

<sup>6</sup> SCHMID L., « Discrimination et action publique : bilan et perspectives (1999-2006) », *Esprit*, février 2006, p. 106

<sup>7</sup> Circulaire du Premier ministre du 2 mai 2000 relative à la citoyenneté et à la lutte contre les discriminations, *J.O.* du 16 mai 2000, p. 7328.

<sup>8</sup> Circulaire interministérielle DPM/ACI2/2001/526 du 30 octobre 2001 relative à la relance et à la consolidation du dispositif 114-CODAC d'accès à la citoyenneté et de lutte contre les discriminations (NOR : MESN0130728C).

<sup>9</sup> Voir notamment les interventions des députés Jean Auclair (RPR) et J-M Marchant (verts). In A.N., session ordinaire de 2000-2001, 3<sup>ème</sup> séance du 3 avril 2001, Discussion de la proposition de loi n°256 relative à la lutte contre les discriminations, 2<sup>ème</sup> lecture, *J.O., Débats parlementaires, A.N. (C.R.)*, n°18 (3), 4 avril 2001, pp. 1719 et 1723.

Néanmoins, ce dispositif, dont le mérite principal a été de mettre en lumière l'ampleur des discriminations, a favorisé la création d'une haute autorité<sup>1</sup>. Son échec persistant a permis de vaincre les réticences concernant la création d'une AAI en révélant la nécessité d'une centralisation au sein d'une autorité nationale, d'une expertise juridique pour assurer la compétence de l'Autorité et d'une indépendance garantie du traitement des réclamations. De plus, l'art. 13 de la directive 2000/43 du 29 juin 2000 exige des États membres qu'ils désignent un organisme indépendant chargé de « *promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique* ». Pour autant, le droit communautaire n'en précisait guère les contours. Le Président Chirac, nouvellement réélu après avoir affronté J-M. Le Pen au second tour de l'élection présidentielle de 2002, annonce sa volonté de créer une Autorité pour lutter contre « *toutes les formes de discriminations* »<sup>2</sup> et confie à Bernard Stasi une mission de préfiguration en ce sens<sup>3</sup> : l'initiative émane donc des plus hautes autorités de l'État. Finalement, la HALDE naît « de la rencontre d'une volonté européenne et d'une volonté nationale, d'un rapport sérieusement fait, et du vote d'une loi »<sup>4</sup>.

## **§2) Une autorité chargée de lutter contre toutes les discriminations**

La HALDE se voit donc reconnaître une compétence pour l'ensemble des critères discriminatoires prohibés, ce qui n'avait rien d'évident. En effet, le dispositif 114/CODAC auquel elle se substituait était centré sur les seules discriminations « raciales »<sup>5</sup>. De même, le rapport Belorgey, conformément à la mission qui avait été impartie à son rapporteur, ne concernait que les comportements discriminatoires fondés sur « l'origine ou l'appartenance réelle ou supposée, à une race, une nation ou une religion déterminée »<sup>6</sup>. Enfin, le droit communautaire n'imposait la mise en place d'un organisme spécialisé que pour les critères de

---

<sup>1</sup> Pour une analyse sociologique approfondie de la généalogie de la HALDE, V. CHAPPE V-A, *La construction publique du problème des discriminations à travers la genèse de la HALDE : la création d'un consensus a minima*, Mémoire présenté pour le Master recherche, Mention « Politique et sociétés en Europe », IEP de Paris, 2008, 196 p.

<sup>2</sup> Discours du Président de la République Jacques Chirac prononcé à Troyes le 14 octobre 2002.

<sup>3</sup> STASI B., *Vers la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : rapport au premier ministre*, Paris, La Documentation française, 2004.

<sup>4</sup> SCHWEITZER L., « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité- Entretien », *En Temps Réel*, Cahier n° 30, décembre 2007, p. 4.

<sup>5</sup> Les CODAC devaient « aider les jeunes nés de l'immigration à trouver un emploi et une place dans la société et de faire reculer les discriminations dont ils sont l'objet, en matière d'embauche, de logement, de loisirs » (« Une commission anti-discrimination sera créée dans chaque préfecture », *Le Monde*, 28 janvier 1999).

<sup>6</sup> Rapport *Lutter contre les discriminations*, op. cit., annexe n° 8.

l'origine<sup>1</sup> et du sexe<sup>2</sup>. Sur le fond, les deux modèles d'organisation - structure unique ou spécifique à chaque motif- présentent chacune des avantages et des inconvénients. Les exigences d'expertise invitent à la création de structures spécifiques car les discriminations ne s'appuient pas, selon les critères, sur les mêmes préjugés et la même histoire et ne se déploient pas toutes avec la même intensité<sup>3</sup>. Mais la configuration en organisme unique semble plus efficace et plus efficiente. Elle permet d'éviter une hiérarchisation entre les critères<sup>4</sup> et d'assurer à la lutte contre les discriminations une visibilité qui « manifeste la priorité de l'action publique dans ce domaine »<sup>5</sup>. Surtout, les acquis et bonnes pratiques obtenus dans un domaine pourront être transposés à d'autres et l'activité de l'Autorité devrait permettre ainsi d'harmoniser l'approche judiciaire. De plus, l'organisme unique facilite le traitement des discriminations combinées ou multiples<sup>6</sup>. Enfin, elle permet de faire connaître le principe commun d'égalité à l'ensemble de la population et « peut accroître le soutien et le niveau de compréhension populaire »<sup>7</sup>.

Cette « universalisation » de la lutte contre les discriminations concorde avec l'unification du droit antidiscriminatoire et avec le présupposé républicain de non-

---

<sup>1</sup> Art. 13 de la Directive 2000/43.

<sup>2</sup> Directive 2002-73 du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207 relative à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes.

<sup>3</sup> Ainsi, certaines associations de défense des droits des femmes avaient manifesté leur crainte devant la Commission Stasi de voir la spécificité de leur cause « diluée et banalisée au sein d'une structure à vocation généraliste » (*in* B. STASI, *Vers la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : rapport au premier ministre, op. cit.*, p. 65).

<sup>4</sup> Pour autant, l'organisme unique n'évite pas le danger de hiérarchisation même si collègue de la HALDE a affirmé dès son 1<sup>er</sup> rapport qu'« il s'est refusé à hiérarchiser les discriminations, toutes les discriminations prohibées devant être également réprimées » (HALDE, *Rapport annuel 2005*, La Documentation française, avril 2006, Introduction, p. 10). En effet, l'Autorité, dotée de moyens limités et devant faire face à des réclamations toujours plus nombreuses, pourrait être amenée à privilégier certains motifs.

<sup>5</sup> Rapport de M. J-R Lecerf, au nom de la commission des lois, Sénat, n°35, annexe au P-V de la séance du 17 novembre 2004, p. 30.

<sup>6</sup> Le rapport établi en février 1998 par un groupe de spécialistes réuni sous les auspices du conseil de l'Europe a clairement marqué les avantages d'une approche croisant les analyses relatives aux discriminations à raison du sexe et celles relatives aux discriminations « raciales » (Conseil de l'Europe, Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes, cadre conceptuel, méthodologie et bonnes pratiques*, 25 février 1998, Strasbourg, éditions du Conseil de l'Europe, 1999, 92 p.). De même, selon le rapporteur du projet de loi de création de la HALDE, la création de plusieurs autorités spécialisées aurait « *nui à la cohérence de la lutte contre les discriminations qui doit souvent faire face à des situations de cumul* » (Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, au nom de la Commission de lois, A.N., n° 1827, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 22 septembre 2004, p. 12).

<sup>7</sup> O'CONNOR C., « La directive d'égalité raciale comme base d'application stratégique », *in* Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *L'application stratégique du droit et les directives d'égalité de traitement de la Communauté européenne* (Rapport de la 6<sup>ème</sup> réunion d'experts, accueillie par l'autorité pour l'égalité irlandaise, Dublin, 4 et 5 mars 2004), Bruxelles, Migration Policy Group, 2004, p. 57. Le handicap, le genre et l'âge y sont décrits comme des points d'entrée particulièrement efficaces dans la mesure où ils touchent un grand nombre de personnes qui, sinon, se seraient peu soucies des discriminations référées à d'autres motifs.

reconnaissance des groupes dans l'espace public. Cette solution reçoit aussi le soutien de la grande majorité des personnalités auditionnées par la Mission Stasi<sup>1</sup>. À l'échelle européenne, la tendance à regrouper les différents motifs de discrimination au sein d'un même organisme<sup>2</sup> légitime ce choix. Certains organismes, à l'instar de l'Autorité pour l'égalité irlandaise ou de la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise, ont d'emblée reçu compétence pour différents motifs. Cette configuration a aussi été adoptée pour se substituer aux commissions spécifiques préexistantes en Irlande du Nord<sup>3</sup>. Le même choix a été fait en 2006 par la Grande-Bretagne : les commissions consacrées à la lutte contre les discriminations, et notamment la Commission for Racial Equality (CRE) créée en 1976, ont ainsi été fusionnées au sein de l'Equality and Human Rights Commission<sup>4</sup>. Les organismes uniques sont alors confrontés au défi de mettre en œuvre les différents niveaux de protection législative des divers motifs de discrimination et doivent trouver un équilibre entre application horizontale du principe d'égalité et traitement adéquat des particularités liées aux différents motifs.

Alors même que l'existence de listes limitatives des discriminations prohibées « incite les régulateurs timides ou frileux à tenir pour permises celles qui ne sont pas énumérées »<sup>5</sup>, la HALDE est compétente, en vertu de l'art. 1<sup>er</sup> de son texte fondateur, pour lutter contre toutes les discriminations prohibées par la législation nationale et les instruments internationaux auxquels la France est partie<sup>6</sup> y compris la Conv. EDH et la Charte sociale du Conseil de

---

<sup>1</sup> STASI B., *op. cit.*, p. 65.

<sup>2</sup> Commission européenne/PLS Ramboll Management, *Promouvoir la diversité : 21 organismes pour promouvoir l'égalité et combattre la discrimination dans l'Union européenne*, Luxembourg, OPOCE, mai 2002, 22 p. Voir aussi C. O'CONNOR, *Single Equality Bodies: Lessons from Abroad*, Manchester: EOC, 2003, 92 p.

<sup>3</sup> Voir Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Réflexions sur l'intégration des différents motifs de discrimination dans les dispositions sur l'égalité- quel avenir ?* (Rapport de la septième réunion d'experts, accueillie par la Commission d'égalité pour l'Irlande du Nord, Belfast, 17-18 juin 2004), Bruxelles, Migration Policy Group, 2004, pp. 4-10 et 20-32. Le Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme créé par une loi du 15 janvier 1993 avait pour mission de promouvoir l'égalité des chances et de lutter contre toute discrimination, exclusion, restriction ou préférence basée sur la race, la couleur de peau, l'ascendance, l'origine ou la nationalité (J. CORNIL, « L'expérience du Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme », *RTDH*, n° spécial, mars 2001, pp. 633-647). À la suite de l'adoption d'une loi générale de lutte contre les discriminations le 12 décembre 2002, le Centre s'est vu confier la prise en charge de l'ensemble des discriminations (sexe, race, couleur, extraction familiale, origine nationale, orientation sexuelle, état civil, naissance, fortune, âge, religion ou conviction, état de santé, handicap et particularité physique).

<sup>4</sup> Les différentes commissions préexistantes (CRE ; Disability Rights Commission ; Equal Opportunity Commission relative aux discriminations fondées sur le sexe) ont été fusionnées pour donner « un caractère global et cohérent à la politique antidiscriminatoire » au sein de l'Equality and Human Rights Commission issue de l'Equality Act du 16 février 2006 qui aura par ailleurs compétence pour toute une série de critères de discriminations supplémentaires (WOEHLING J-M, « Le droit français de la lutte contre les discriminations à la lumière du droit comparé », *Informations sociales*, n° 148, juil-août 2008, p. 67). V. BARBE V., « À la recherche de l'égalité en droit britannique : L'Equality Act 2006 », *RTDH*, n° 68, 2006, pp. 1033-1056.

<sup>5</sup> BELORGEY J-M, « Discrimination. Les faits, les normes et les régulateurs », *Revue administrative*, n° 353, 1<sup>er</sup> septembre 2006, p. 530.

<sup>6</sup> Sans distinguer les conventions ayant un effet direct ou non car la HALDE n'est pas une juridiction.

l'Europe qui toutes deux évoquent les discriminations à raison de toute situation<sup>1</sup>. Tous les critères et domaines de discriminations abordés par le droit français et le droit international sont donc concernés. Les réclamations de victimes ou témoins concernant des discriminations directes ou indirectes au sens des art. 225-1 et 225-2 CP et L. 1132-1 du code du travail, des faits constitutifs d'une provocation à la discrimination<sup>2</sup>, des faits de harcèlement à partir du moment où ce harcèlement est lié à l'un des critères prohibés<sup>3</sup> et des représailles de la part de leur employeur pour avoir relaté des faits de discrimination ou de harcèlement, rentrent dans le champ de compétence de la HALDE. Cette définition « aussi large que possible » de la compétence de la HALDE vise à permettre l'évolution du périmètre de compétence selon les évolutions de la société, la législation et les engagements internationaux ultérieurs<sup>4</sup>. Restait à définir le statut et les pouvoirs dévolus à cette future autorité.

### §3) Une autorité administrative indépendante

En 2004, le consensus, favorisé par la « large concertation » réalisée par la Commission Stasi<sup>5</sup>, se dessine : seule une AAI dotée de compétences juridiques opérationnelles semble réunir les qualités d'impartialité, de spécialité, de rapidité et de réactivité recherchées. La « force attractive » de la formule de l'AAI s'explique particulièrement dans les domaines sensibles, tels que la lutte contre les discriminations, qui doivent être « à la fois protégés de la pression des groupes privés et de l'emprise du pouvoir

---

<sup>1</sup> Voir aussi l'art. 21 de la Charte des droits fondamentaux qui interdit notamment toute discrimination fondée sur la « fortune » et la « naissance ». V. I. OMARJEE, « Qu'attendre de la promotion de la Charte des droits fondamentaux par le traité de Lisbonne ? Des droits sociaux mieux reconnus mais une protection incertaine », *Revue de droit du travail*, février 2008, p. 77.

<sup>2</sup> HALDE, délibération n° 2005-78 du 28 novembre 2005. Dans cette délibération de principe, la HALDE fait le point sur son champ de compétence en matière d'injures, de diffamation et de provocation à la discrimination.

<sup>3</sup> V., *inter alia*, les délibérations n° 2006-56 du 3 avril 2006 (« harcèlement moral à connotation raciste ») ou n° 2007-252 du 1<sup>er</sup> octobre 2007 (« harcèlement moral en lien avec l'apparence physique et l'orientation sexuelle »). La HALDE a étendu la qualification de harcèlement discriminatoire au-delà des critères prohibés par le droit communautaire, en qualifiant de « discriminatoire » le « harcèlement moral en raison de l'activité syndicale » (délibération n° 2008-78 du 14 avril 2008) ou de l'apparence physique » (délibération n° 2007-251 du 01 novembre 2007).

<sup>4</sup> Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, au nom de la Commission de lois, AN, n° 1827, p. 18. Au regard des compétences des autres organismes de lutte contre les discriminations, la HALDE est celui qui couvrait, lors de sa création, le plus de critères de discrimination.

<sup>5</sup> Lettre de mission du Premier ministre à M. Bernard Stasi, 2 juin 2003. *In* STASI B., *op. cit.*, p. 90. Par ailleurs, de nombreuses associations réclamaient dès 2003 la création d'une Autorité administrative indépendante spécialisées dans la lutte contre les discriminations (Plate-forme du Collectif pour une autorité indépendante universelle de lutte contre les discriminations, présentée lors d'une conférence de presse le 8 avril 2003. Disponible sur [www.aides.org](http://www.aides.org). Il est indiqué qu'une autorité « placée auprès d'un ministre, rattachée à un département ministériel, ou structurée comme une émanation de la puissance publique, n'aurait pas l'indépendance nécessaire à l'égard de cette administration publique »).



politique »<sup>1</sup> et nécessitent une compétence technique renforcée des institutions<sup>2</sup>. L'AAI, chargée d'agir au nom et pour le compte de l'État, connaît des règles de composition, d'organisation et de fonctionnement qui garantissent son indépendance et sa liberté d'action vis-à-vis de la hiérarchie administrative et gouvernementale comme des autres branches du pouvoir.

Le choix de l'AAI est également inspiré des expériences étrangères<sup>3</sup>. Si l'étude des organismes étrangers *ad hoc* montre une grande hétérogénéité des structures et de leurs pouvoirs<sup>4</sup>, leur indépendance fonctionnelle associée à une véritable expertise a été relevée dans le rapport Belorgey<sup>5</sup> comme dans l'étude du Sénat<sup>6</sup>. De même, le rapport Stasi notait que les organes étrangers étudiés, tels que la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme de Belgique, la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise, avaient tous reçu pour mission le traitement des réclamations des victimes de discrimination et que ces institutions spécialisées étaient toutes imprégnées d'une forte coloration juridique et dissociées de l'administration<sup>7</sup>.

La configuration en AAI découle aussi largement du droit communautaire. En effet, si les directives exigeant la création d'organismes spécialisés ne préconisent aucun statut précis<sup>8</sup>, elles insistent sur le caractère nécessairement indépendant de cet organisme<sup>9</sup> et

---

<sup>1</sup> CHEVALLIER J., « Réflexion sur l'institution des Autorités administratives indépendantes », *Semaine juridique édition Gle (JCP G)*, 1986, I-3254.

<sup>2</sup> DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2004 [1986], p. 282.

<sup>3</sup> La lettre de mission du Premier ministre à M. Bernard Stasi soulignait l'importance de s'inspirer des « exemples fournis par les autres autorités indépendantes françaises ou les autorités comparables existant à l'étranger ». Le Président de la République reconnaîtra largement cette influence des modèles étrangers en affirmant que la Haute Autorité s'était inspirée de « ce qu'il y avait de plus fort et de plus efficace dans les institutions de ce type qui se sont déjà créées en Europe » (Discours de M. Jacques Chirac, Président de la République, à l'occasion de l'installation de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, Palais de l'Élysée, Paris, 23 juin 2005).

<sup>4</sup> V. Commission européenne, *Promouvoir la diversité- 21 organismes pour promouvoir l'égalité et combattre la discrimination dans l'Union européenne*, Luxembourg, OPOCE, 2003, 22 p.

<sup>5</sup> « De l'analyse des performances actuellement attestées par les administrations françaises compétentes et, comparativement, par leurs homologues étrangers, il semble bien résulter que seule la création d'une autorité indépendante est de nature à permettre le franchissement d'un seuil significatif d'efficacité » (*In* BELORGEY J.-M., *Lutter contre les discriminations*, op. cit., p. 42).

<sup>6</sup> « La lutte contre les discriminations au travail », Document de travail du Sénat, série législation comparée, n° LC 82, décembre 2000.

<sup>7</sup> STASI B., op. cit., p. 55.

<sup>8</sup> L'article 13-1 de la Directive 2000/43/CE prévoit que le ou les organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement « peuvent faire partie d'organes chargés à l'échelon national de défendre les droits de l'homme ou de protéger les droits de la personne ». Ainsi, la CNCDH aurait pu prétendre à cette mission d'aide aux victimes.

<sup>9</sup> En effet, même si la proposition de directive présentée par la Commission qui précisait explicitement que l'organisme spécialiste se devait d'être « indépendant » n'a finalement pas été retenue (cf. article 12 §1 de la première proposition de directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les

incitent les pouvoirs publics français à se tourner vers la formule de l'AAI. À l'issue des travaux de la Commission Stasi, la nouvelle AAI est ainsi présentée par les autorités comme la conséquence directe des exigences communautaires<sup>1</sup>. La nouvelle autorité française sera à son tour dotée d'une autonomie statutaire et d'une réelle expertise afin d'être en mesure d'assurer « une plus grande effectivité à l'ensemble des textes prohibant les discriminations en aidant les victimes qui se trouvent en position de faiblesse à constituer leur dossier »<sup>2</sup>.

En définitive, la HALDE est expressément qualifiée d'Autorité administrative indépendante par l'art. 1-1 de la loi fondatrice du 30 décembre 2004<sup>3</sup>. Elle peut être rattachée à la catégorie des AAI chargées de la protection des droits et des libertés fondamentales telles que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ou le Médiateur de la République. La Directive 2000/43 (art. 13-2) fixe trois grandes compétences aux organismes de lutte contre les discriminations dont elle impose la mise en place : aide aux victimes, conduite d'études et publication de rapports et de recommandations. Conformément aux organismes étrangers de référence et au dispositif français précédent<sup>4</sup>, la HALDE se voit donc attribuer une mission de traitement des réclamations des victimes et une mission de promotion de l'égalité. Cette double mission répressive et préventive rappelle que la mise en application de la loi et la promotion de l'égalité « se renforcent mutuellement et sont inséparables »<sup>5</sup>.

Les prérogatives dont sont dotées les multiples AAI françaises sont d'une grande diversité. Si selon une conception étroite, l'AAI doit être dotée d'un véritable statut d'autorité

---

personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, du 25 novembre 1999, COM (1999) 566 final.), les références à l'indépendance de l'organisme restent nombreuses dans la Directive 2000/43. Son art. 13 précise ainsi que l'organisme doit apporter aux victimes une aide « *indépendante* », conduire des études « *indépendantes* » et publier des rapports « *indépendants* ». Les directives sur l'égalité entre hommes et femmes reprennent les mêmes exigences d'indépendance (art. 7 inséré 8a de la Directive 2002/73 du 23 septembre 2002 amendant la Directive 76/207/CEE, art. 12 de la Directive 2004/113/CE, art. 20 de la Directive 2006/54/CE dite de refonte).

<sup>1</sup> Ainsi, un communiqué de presse de la Présidence de la République du 18 février 2004 indiquait : « *Ces directives prévoient, notamment, la mise en place dans chaque État de l'Union européenne d'un organisme indépendant chargé de promouvoir l'égalité. Aussi le Premier Ministre a-t-il confié une mission de préfiguration d'une nouvelle autorité indépendante...* ».

<sup>2</sup> Rapport de M. J-R Lecerf, au nom de la commission des lois, Sénat, n° 35, annexe au P-V de la séance du 17 novembre 2004, p. 30.

<sup>3</sup> Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *J.O.* du 31 décembre 2004, p. 22567.

<sup>4</sup> Les CODAC connaissaient la même double mission. Un des enjeux initiaux du dispositif était en effet de s'appuyer sur le traitement des cas individuels pour bâtir une action publique locale en prise avec les réalités locales (ACADIE, *La mise en œuvre locale du 114- Étude qualitative*, *op. cit.*, tome 2 : Modes d'organisation locaux des CODAC, p.13).

<sup>5</sup> O'CONNOR C., « La directive d'égalité raciale comme base d'application stratégique », *op. cit.*, p. 56.

qui se traduit par l'existence d'un pouvoir de décision, une conception plus extensive permet à cet organisme d'incarner une simple « autorité morale » qui exerce une « influence déterminante » sur les décisions<sup>1</sup>. Seules les autorités chargées de questions économiques relèvent plus souvent de la première conception en disposant d'une « gamme étendue de pouvoirs d'ordre régaliens »<sup>2</sup> incluant le pouvoir de réglementation, de sanction, parfois d'enquête administrative et un pouvoir d'action et d'intervention auprès de la justice. Contrairement à d'autres AAI, la HALDE ne s'est initialement vu accorder ni pouvoir de décision ni pouvoir de sanction : ses compétences « dessinent les contours de sa mission principale : apporter aide et assistance à ceux qui la saisissent d'une réclamation »<sup>3</sup>. C'est à la direction des affaires juridiques que revient l'instruction des dossiers de réclamation ou de ceux dont la HALDE décide de se saisir. Elle est ainsi chargée de l'accueil téléphonique, de la préparation, de l'exécution et du suivi des délibérations du collège relatives aux réclamations. Elle assure l'organisation des investigations et vérifications, la mise en œuvre de la procédure de médiation, la représentation de la HALDE devant les juridictions, et la préparation du rapport annuel en liaison avec les autres services<sup>4</sup>. Néanmoins, l'analyse montre que la HALDE, aux côtés du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ou de la CNIL, compte parmi les autorités administratives « puissantes »<sup>5</sup> de défense des libertés publiques. Sa légitimité et son influence dépendent largement du collège auquel revient la définition de la stratégie et des grandes orientations de l'Autorité.

La formule de l'AAI correspond aussi aux nouvelles modalités d'une intervention publique qui se veut souvent régulatrice dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Si la réglementation peut constituer une forme de régulation parmi d'autres, ce terme est souvent entendu de manière plus restrictive : il ne se confond pas avec la réglementation conçue comme activité normative<sup>6</sup> et peut même être employée pour désigner l'option

---

<sup>1</sup> CHEVALLIER J., « Réflexion sur l'institution des Autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, I-3254.

<sup>2</sup> STASI B., *op. cit.*, p. 62.

<sup>3</sup> CALVES G., « Sanctionner ou réguler. L'hésitation des politiques de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, n° 148, 2008, p. 39.

<sup>4</sup> Article 2 de la délibération n°2005-05 du 6 juin 2005 relative à l'organisation des services de la HALDE (non paru au J.O.).

<sup>5</sup> FRISON-ROCHE M-A., « Étude dressant un bilan des Autorités administratives indépendantes », in Office parlementaire d'évaluation de la législation, *Rapport sur les Autorités administratives indépendantes*, Sénat n°404 et A.N. n°3166, 15 juin 2006, tome 2, p.25.

<sup>6</sup> JEAMMAUD A., « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, Réseau européen Droit et société, LGDJ, coll. Droit et société, vol. 5, 1998, p. 52.

opposée<sup>1</sup>. La régulation vise alors à corriger des comportements déviants et les déficiences du marché<sup>2</sup> à travers des mesures souples, « faites de rappels à l'ordre, d'incitations, d'impulsions, d'accompagnements »<sup>3</sup>. Pour autant, le droit de la non-discrimination, dont la HALDE est chargée de veiller au respect, n'est pas « un droit de la régulation », au sens où l'entend M-A Frison-Roche. Il n'a pas pour objet de maintenir l'équilibre dans des secteurs économiques entre principe de libre concurrence et un autre principe hétérogène<sup>4</sup>. Si sa mission n'est pas de réguler un secteur économique, on peut néanmoins estimer que la HALDE est triplement régulatrice. D'un point de vue organique, son autonomie implique l'idée d'une régulation ne pouvant « être efficace que si les instances qui en sont chargées disposent d'une liberté d'action au sein des structures étatiques »<sup>5</sup>. D'un point de vue matériel, comme le relève J-L Autin, la Haute autorité à l'instar des autres AAI s'inscrit en transversal de la coupure théorique entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire en participant à différents titres à l'exercice de chacun. Enfin, d'un point de vue formel, la régulation suppose un processus de formation de la règle qui tranche avec les schémas classiques<sup>6</sup>. En l'occurrence, la HALDE se voit dotée, non d'un pouvoir de décision, mais d'un véritable « pouvoir d'influence » qui lui donne une fonction juridique et sociale potentiellement importante. Sa mission intervient en amont des décisions (via la recommandation notamment) et en aval de celles-ci (via son aide aux victimes). Elle participe donc à l'élaboration du droit comme à son application.

#### **§4) Une indépendance organique et fonctionnelle**

Pour éviter aux victimes un face-à-face avec des autorités incompetentes ou impliquées dans les discriminations en cause mais aussi afin de dégager une analyse du phénomène discriminatoire « soustraite à l'obsession de maîtrise de la communication qui habite bon nombre d'administrations »<sup>7</sup>, la configuration en AAI apparaît pertinente : elle permet d'organiser une « disjonction entre l'État, personne morale et l'État, pouvoir

<sup>1</sup> AUTIN J-L, « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », *op. cit.*, p. 53-55.

<sup>2</sup> V. CHEVALLIER J., « De quelques usages du concept de régulation », in M. Maille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, pp. 83-93.

<sup>3</sup> MAYAUD Y., « La HALDE, une trop 'Haute' autorité ? Propos hétérodoxes sur un transfert de répression », *Droit social*, n° 9/10, septembre-octobre 2007, p. 930-931.

<sup>4</sup> FRISON-ROCHE M-A, « Le droit de la régulation », *Rec. Dalloz* 2001, p. 610.

<sup>5</sup> CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. Série politique, 2003, p. 76. Contrairement aux AAI relevant du champ économique, la formule de l'AAI ne s'impose pas pour la HALDE eu égard au principe de non-cumul entre les qualités d'opérateur et de régulateur : elle est choisie comme gage d'impartialité pour favoriser l'acceptation de la contrainte exercée sur les organisations.

<sup>6</sup> AUTIN J-L, « Réflexion sur l'usage de la régulation en droit public », *op. cit.*, p.54.

<sup>7</sup> BELORGEY J-M., *Lutter contre les discriminations*, *op. cit.*, pp. 3 et 9.

politique »<sup>1</sup>. Outre la Directive 2000/43, le principe d'indépendance des organismes de lutte contre les discriminations est rappelé et détaillé dans plusieurs documents. Les recommandations figurant dans les Principes de Paris<sup>2</sup> et la recommandation de politique générale n°2 de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) du Conseil de l'Europe<sup>3</sup> précisent les garanties à la fois organiques et fonctionnelles de cette indépendance.

Sur le plan fonctionnel, l'indépendance est garantie à la HALDE par l'affranchissement de tout lien de dépendance hiérarchique ou de tutelle : même si elle n'est pas dotée d'une personnalité morale propre<sup>4</sup>, son indépendance structurelle se matérialise dans son statut d'AAI établi par une base juridique solide, un texte législatif<sup>5</sup>. Néanmoins, le degré d'indépendance de l'organisme par rapport au financement gouvernemental reste limité d'autant que le levier budgétaire apparaît précisément comme l'un des moyens par lesquels l'État peut tenter d'exercer un contrôle<sup>6</sup>. En effet, si la HALDE bénéficie d'une pleine autonomie des gestions administrative et financière, faute de pouvoir disposer de revenus propres, ses ressources dépendent du budget attribué chaque année par le Parlement<sup>7</sup>. Les moyens alloués en France aux autorités de protection des libertés apparaissent souvent insuffisants au regard des missions qui leur sont confiées<sup>8</sup>. Finalement, elle se voit initialement attribuer, à sa création, un budget de 10,7 millions d'euros<sup>9</sup>. Comparé à ses

---

<sup>1</sup> CHEVALLIER J., « Réflexion sur l'institution des Autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, I-3255.

<sup>2</sup> Résolution n° 1992/54 de la Commission sur les Droits de l'Homme de l'ONU, Résolution A/RES/48/134 de l'Assemblée générale.

<sup>3</sup> Conseil de l'Europe, « Recommandation de politique générale n° 2 de l'ECRI sur les organes spécialisés dans la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance au niveau national », CRI(97)36, Strasbourg, 13 juin 1997.

<sup>4</sup> C'est le cas de certaines AAI qui perçoivent des ressources propres. Marie-Anne Frison-Roche relève qu'« il n'est pas techniquement acquis qu'il faille cette personnalité pour que les autorités administratives indépendantes soient effectivement indépendantes et qu'il n'y a pas d'urgence technique à leur attribuer cette personnalité ». *In* « Étude dressant un bilan des Autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p.53.

<sup>5</sup> Pour autant, si une base législative empêche que ces organismes soient facilement supprimés et que ses pouvoirs soient restreints sur décision de l'exécutif, cela ne saurait constituer un mécanisme de sauvegarde infaillible comme nous l'a montré la fermeture du Conseil pour l'égalité ethnique au Danemark en 2002 (V. CORMACK J. et NIESSEN J., « L'indépendance des organismes de promotion de l'égalité de traitement », *Revue de la législation européenne relative à l'anti-discrimination*, n° 1, avril 2005, p. 27).

<sup>6</sup> YESILKAGIT K. et SNIJDERS B., *Entre impartialité et réactivité. Organismes de promotion de l'égalité et pratiques de l'indépendance*, Rapport du réseau européen des organismes de promotion de l'égalité, Equinet, décembre 2008, p.14.

<sup>7</sup> Les crédits de la HALDE sont inscrits au ministère des affaires sociales (art. 17-1 de la loi du 30 décembre 2004). Le rapport Stasi recommandait quant à lui que l'autorité soit rattachée aux services du Premier ministre pour « marquer l'engagement politique du gouvernement et le caractère interministériel de cette politique » (STASI B., *op. cit.*, p. 76).

<sup>8</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 2000*, *op. cit.*, p. 323. C'est notamment le cas de la CNIL dépassée par l'évolution des technologies et celui de la CNDS.

<sup>9</sup> Pour comparaison, le même projet de loi de finances attribuait au Médiateur de la République un budget de 7.752.583€, le CSA de 32.476.075€ et la CNIL de 7.675.748€ (*in* Rapport de M. J-R Lecercf, au nom de la commission des lois, Sénat, n°35, annexe au P-V de la séance du 17 novembre 2004, p. 25).

homologues étrangers, l'organisme français semble particulièrement sous-doté<sup>1</sup>. Depuis, son budget fait chaque année l'objet d'âpres négociations avec les parlementaires<sup>2</sup> et n'a pas sensiblement évolué alors même que le nombre de saisines ne cessait d'augmenter, ce qui démontre la nécessité de « mieux protéger [les AAI] contre les potentielles incidences de la LOLF sur leur indépendance financière »<sup>3</sup>.

Sur le plan organique, l'indépendance résulte des règles de composition destinées à assurer le pluralisme et la compétence des membres, ainsi que des conditions prévues pour l'exercice de leur mandat (inamovibilité, incompatibilités). L'organisation interne des AAI est variable mais rares sont les autorités monocéphales<sup>4</sup>. La structuration choisie pour la direction de la HALDE est de type collégial, ce qui permet, aux yeux du Conseil d'État, d'équilibrer l'influence des différentes instances de désignation et d'assurer une délibération collective plus objective sur des sujets sensibles et complexes<sup>5</sup>. Toutefois, alors que de nombreux acteurs s'étaient prononcés pour une direction collégiale resserrée composée de personnalités qualifiées de par leur expertise et leurs expériences<sup>6</sup>, les pouvoirs publics optèrent pour une structure collégiale de 11 membres<sup>7</sup>. En outre, les modalités de nomination des membres du collège précisées par la loi du 30 décembre 2004 ne reprenaient pas exactement les

---

<sup>1</sup> On trouve un ratio budget/habitant inférieur seulement au Danemark, en Italie et en Lituanie (*in* HALDE, *Rapport annuel 2005, op. cit.*, pp. 86-88). Le Centre belge pour l'égalité des chances bénéficiait de 5,9 millions d'euros et 95 salariés, la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement de 4 millions d'euros et de 45 salariés, la Québec/ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec de 9,15 millions d'euros et de 147 personnes, le budget de la future Commission unique britannique était estimé à 103, 85 millions d'euros pour 400 salariés (HALDE, *Rapport annuel 2006, op. cit.*, p. 190)

<sup>2</sup> A.N., Rapport n° 2568 fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2006, enregistré le 12 octobre 2005 (rapporteur spécial Béatrice Pavy, annexe n° 34 relative à la solidarité et à l'intégration), pp. 37-39 : la reconduction de sa dotation initiale, contestée par certains parlementaires, fut finalement imposée par le gouvernement qui utilisa la procédure du vote bloqué (V. 2<sup>ème</sup> séance A.N., 4 novembre 2005 et loi de finances pour 2006 n° 2005-1719 du 30 décembre 2005, *J.O.* du 31 décembre 2005). A l'issue des discussions relatives au projet de loi de finances pour 2010, la HALDE a vu son budget augmenter de 5,8% au lieu des 11% prévus initialement par le gouvernement (Rapport de la commission mixte paritaire, A.N n° 2154, Sénat n° 160, 14 décembre 2009, p. 507).

<sup>3</sup> GELARD P. (sénateur), *Rapport sur les Autorités administratives indépendantes*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Sénat n° 404 et A.N. n° 3166, 15 juin 2006, tome 1, p. 88. Pour ce faire, il y était préconisé que « les AAI dont le budget et les effectifs le justifient (CSA, ARCEP, CRE, CNIL, HALDE, Médiateur de la République ...) puissent négocier chaque année leurs crédits directement avec le ministère du budget, au cours d'une conférence budgétaire » (Recommandation n°20).

<sup>4</sup> De même, les autorités étrangères de lutte contre les discriminations sont rarement incarnées par une personnalité unique à l'exception de l'ombudsman suédois contre la discrimination ethnique créé en 1986.

<sup>5</sup> Conseil d'État, *Rapport public 2000, op. cit.*, p. 291.

<sup>6</sup> STASI B., *op. cit.*, p. 69.

<sup>7</sup> Si les effectifs des AAI varient (de 3 à 25 membres), la HALDE se situe plutôt dans la fourchette haute. En théorie, un collège relativement important permet d'associer plus de parties prenantes en termes de courants de pensée, de capacité d'expertise et de représentation des intérêts concernés. Voir Conseil d'État, *Rapport public 2000, op. cit.*, p. 313.

recommandations du rapport Stasi<sup>1</sup>. La question était cruciale car il s'agissait de garantir à la fois l'indépendance et la compétence de la direction de l'Autorité. Selon l'art. 2 de la loi du 30 décembre 2004, les membres du collège de la HALDE, nommés par décret du Président de la République<sup>2</sup>, sont désignés respectivement par le Président de la République (2 membres), le Premier ministre (2), les Présidents des Assemblées et du Sénat (2 chacun), du Conseil Economique et Social (1), ainsi que par le Vice-président du Conseil d'État (1) et le premier Président de la Cour de Cassation (1). D'autres modalités, appliquées pour certains organismes étrangers de référence, auraient sans doute davantage permis de garantir la nomination de personnalités reconnues pour leur compétence sur le terrain des discriminations et l'équilibre politique du collège<sup>3</sup>.

De même, certaines qualités et une disponibilité réelle auraient pu être exigées des membres de l'instance dirigeante afin que le public soit assuré de leur impartialité et de leur professionnalisme. Si les deux nominations prévues par les hautes juridictions visent à « renforcer la légitimité technique » de la HALDE<sup>4</sup>, aucune condition de compétence ou de neutralité n'est fixée par la loi, qui indique seulement que les nominations par les autorités politiques doivent concourir « à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes » et prévoit que les membres du collège ne peuvent participer aux délibérations ou

---

<sup>1</sup> Le collège de onze membres devait être constitué de six personnes nommées respectivement par les présidents de l'A.N. et du Sénat, le Premier ministre, le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil économique et social et de quatre personnalités qualifiées nommées par les six membres précédents. Le président de l'autorité, désigné par le Président de la République, devait être aidé de deux vice-présidents et occuper un emploi public afin de pouvoir s'investir totalement. *In STASI B., op. cit.*, p. 70.

<sup>2</sup> La nomination des membres des AAI intervient en général par le biais d'un décret et « il s'agit souvent, lorsque ces membres occupent un emploi public permanent ou simplement pour marquer l'indépendance de l'autorité concernée, d'un décret du Président de la République ». *In GELARD P., Rapport sur les Autorités administratives indépendantes, op. cit.*, p. 43.

<sup>3</sup> Ainsi, les cinq commissaires de l'Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) américaine, dont seulement trois peuvent relever du même parti, sont désignés par le président des États-Unis après avis et accord du Sénat (TRIBALAT M., « La lutte contre les discriminations en France, l'apport de l'expérience américaine en matière d'emploi », *Futuribles*, n°304, 2005, p. 26) tandis qu'au Québec, les 15 membres de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse sont nommés par l'Assemblée nationale du Québec par une majorité qualifiée des deux tiers des membres, ce qui implique l'adhésion des partis d'opposition et garantit l'indépendance de l'institution vis-à-vis du gouvernement (MAROIS P., président de la Commission des droits de la personne au Québec, « L'action de la commission québécoise dans la lutte contre les discriminations », *in* D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, p. 169). Pour garantir l'indépendance de la HALDE, la CNCDH proposait que ses membres soient désignés par le Parlement qui validerait la désignation des membres par un vote à la majorité qualifiée ou sur proposition des trois pouvoirs classiques (Note n° 3 sur le Projet de création d'une autorité administrative indépendante de lutte contre les discriminations, 3 novembre 2003).

<sup>4</sup> Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, au nom de la Commission de lois, A.N., n° 1827, p. 20.

procéder à des investigations concernant des organismes auxquels ils sont liés ou ont été liés au cours des trois années précédentes pour éviter tout conflit d'intérêt<sup>1</sup>.

La question de la présidence de l'Autorité constituait aussi un enjeu majeur pour la légitimité et la visibilité de la HALDE. De plus, en cas de partage des voix, la voix du président est prépondérante<sup>2</sup> car les délibérations sont adoptées à la majorité des membres présents<sup>3</sup>. Les présidents des AAI sont désignés selon diverses formules : la loi peut prévoir une désignation es qualité, celle d'un membre émanant de tel organisme ou tel institut ou une élection au sein du collège, mais, le plus souvent, le président est choisi par l'autorité de nomination. Les membres de la CNCDH<sup>4</sup> comme le collectif des associations<sup>5</sup> souhaitaient quant à eux que le président de l'autorité soit élu au sein et par le collège à l'instar du président de la CNIL, afin de renforcer sa crédibilité, sa légitimité et son indépendance. Finalement, la nomination du président de la HALDE, qui la représente et a qualité pour agir en son nom, incombe au Président de la République<sup>6</sup>. Néanmoins, depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008<sup>7</sup>, le Parlement a été associé au processus de désignation : la nomination de la nouvelle présidente de la HALDE s'est faite en 2010 après avis de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Sa nomination aurait été rendue impossible si l'addition des votes négatifs dans chaque Commission avait été égale ou supérieure au 3/5<sup>è</sup> des suffrages exprimés au sein des deux commissions. Malgré la forte discipline majoritaire des parlementaires français, cette procédure doit permettre « d'assurer la transparence de ce choix »<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 3-1 al. 1 et 2 de la loi du 30 décembre 2004. Ces préventions ne sont pas superflues car des membres de la HALDE ont effectivement exercé ou continuent d'exercer d'importantes fonctions dans des entreprises susceptibles d'être l'objet de réclamations.

<sup>2</sup> Art. 2 al. 9 de la loi du 30 décembre 2004.

<sup>3</sup> Art. 6 du décret n°2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (*J.O.* du 6 mars 2005, p. 3862).

<sup>4</sup> CNCDH, Avis relatif au projet de loi sur la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, adopté le 17 juin 2004.

<sup>5</sup> Plate-forme du Collectif, *op. cit.*

<sup>6</sup> Art. 2 al. 8 de la loi du 30 décembre 2004.

<sup>7</sup> L'art. 46-1 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2009 vient ainsi ajouter un cinquième alinéa à l'art. 13 de la Constitution française.

<sup>8</sup> Exposé des motifs (§1) du Projet de loi organique relatif à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, présenté au nom de François Fillon, Premier ministre par Roger Karoutchi, secrétaire d'État chargé des relations avec le Parlement, n° 1706, enregistré à la présidence de l'AN le 3 juin 2009.



Enfin, les membres voient leur indépendance garantie par leur statut irrévocable<sup>1</sup> et la longue durée de leur mandat non renouvelable. Le président de la HALDE connaît, comme les autres membres, un mandat de 5 ans « *ni révocable, ni renouvelable* »<sup>2</sup> mais les autres membres du collège sont renouvelés par moitié tous les 30 mois afin de conserver la mémoire de la HALDE<sup>3</sup>. Même si ces dispositions assoient définitivement l'autonomie des membres du collège à l'égard de leurs autorités de nomination, on peut regretter l'impossibilité de renouveler les membres du collège alors que dans la plupart des autres AAI, les membres peuvent effectuer un second mandat (CNIL, CSA, ART...). En définitive, les garanties formelles d'indépendance dont peut se prévaloir la HALDE sont fortes - même si elles ne sont pas optimales - et permettent une indépendance réelle<sup>4</sup>. Mais, celle-ci dépendra aussi des capacités de l'organisme à affirmer sa légitimité et de ses interactions avec son environnement politique. Son indépendance pourra être ainsi évaluée à l'aune du sort réservée aux réclamations mettant en cause les services publics et les lois et règlements. À cet égard, le rôle de la direction de l'Autorité est décisif : le président de la HALDE devra donc prouver sa réactivité et établir de bonnes relations avec les ONG qui constituent une source potentielle majeure de soutien pour les organismes<sup>5</sup>. Suite aux difficultés soulevées par la démission de Bernard Stasi pressenti pour en assurer la présidence<sup>6</sup>, l'installation de la HALDE doit attendre juin 2005.

Si la HALDE, aux côtés d'autres acteurs publics, participe à la promotion de l'égalité de traitement en cherchant à diffuser des pratiques de prévention des discriminations, sa première mission, comme l'indique la Directive « Race », est « *d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure* »<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Le Conseil d'État retient cette exigence même en l'absence de texte pour tous les membres des collèges d'AAI. Il a ainsi jugé que le gouvernement ne pouvait légalement mettre fin avant terme au mandat du président d'une AAI en raison de son accession à la limite d'âge dans son corps d'origine (C.E., 7 juillet 1989 *Ordonneau*, n° 56627).

<sup>2</sup> Art. 2 al. 3 de la loi du 30 décembre 2004.

<sup>3</sup> L'art. 34 du décret du 4 mars 2005 relatif à la HALDE précisait qu'un tirage au sort désignera lors de la première réunion lesquels des cinq membres du collège, hormis le président, auront un mandat écourté d'une durée de 30 mois.

<sup>4</sup> HOLTMAAT, *Les catalyseurs du changement ? Les organismes de promotion de l'égalité aux termes de la directive 2000/43/CE*, Rapport du réseau européen des organismes de promotion de l'égalité, Equinet, 2007, p. 19.

<sup>5</sup> YESILKAGIT K., SNIJDERS B., *op. cit.*, p. 47.

<sup>6</sup> Après que Bernard Stasi a décliné la présidence, tout comme Nicole Notat qui a cependant accepté d'être membre du collège, c'est Louis Schweitzer qui a été sollicité alors qu'il devait quitter ses fonctions à la tête de Renault en avril 2005.

<sup>7</sup> Art. 13 §1 de la directive 2000/43/CE.



## **Titre I :**

### **Une autorité au service des victimes**

Créée par la loi du 30 décembre 2004 et officiellement installée le 23 juin 2005 par le Président de la République, la HALDE a pour but de « *lutter efficacement contre les pratiques discriminatoires* »<sup>1</sup>. Sa création constitue une étape supplémentaire dans la traduction du volontarisme affiché par les pouvoirs publics en faveur de la lutte contre les discriminations. La première des missions de la Haute autorité, dictée par l’art. 13 de la Directive 2000/43, relève de la dimension réactive des politiques publiques de lutte contre les discriminations. Il s’agit en effet de détecter les discriminations, de défendre les victimes et de mettre fin aux discriminations repérées. La création de ce nouveau service public est ainsi le produit d’une double prise de conscience. D’abord, elle entérine le caractère massif et complexe des discriminations mises à jour par diverses recherches et par le dispositif institutionnel précédent. Ensuite, elle incarne la volonté, face à une juridictionnalisation des discriminations toujours faible, de répondre à ce besoin social et de rendre le droit antidiscriminatoire plus accessible et efficace. En ce sens, plusieurs institutions avaient déjà souligné la nécessité de mettre en place des mécanismes d’assistance des victimes notamment en vue de faciliter leur recours devant le juge compétent<sup>2</sup>. Si les pouvoirs publics souhaitent privilégier le « registre de l’aide individuelle apportée aux victimes pour engager une procédure judiciaire »<sup>3</sup>, le traitement individuel des réclamations ne place pas la HALDE dans une posture purement défensive : son influence et ses prérogatives peuvent lui permettre, à partir des cas individuels qui lui sont soumis, d’identifier des discriminations de dimension structurelle et d’engager une action préventive et correctrice dont les effets dépassent largement la simple résolution d’un litige ponctuel.

---

<sup>1</sup> Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces portant sur les relations entre la HALDE et l’autorité judiciaire du 3 octobre 2005, NOR : JUSD0530132C, *B.O. du ministère de la Justice* n° 100, octobre-décembre 2005.

<sup>2</sup> Le Comité des droits de l’homme, dans son rapport devant l’assemblée générale des Nations Unies, recommandait à la France dès 1997 de créer un « mécanisme institutionnel pour recevoir et traiter les plaintes relatives aux droits de l’homme incluant toutes formes de discriminations (...) agissant comme médiateur entre les parties et pouvant attribuer des compensations » (cité in STASI B., *op. cit.*, p. 14). Concernant la HALDE, les victimes devaient être, selon la CNCDH, au cœur des préoccupations de la nouvelle Autorité et les procédures de saisine accessibles (Note n°1 sur le Projet de création d’une autorité administrative indépendante de lutte contre les discriminations, 7 juillet 2003).

<sup>3</sup> Question écrite n° 03046 de M. J-P Placade (Haute-Garonne, Soc), *J.O. Sénat* du 10 octobre 2002, p. 2283. Réponse du ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, François Fillon, *J.O. Sénat* du 23 janvier 2003, p. 250.

L'expertise de la HALDE dans la phase préjurictionnelle doit en effet faciliter les recours devant les juridictions via ses pouvoirs de conseil, d'enquête, de transmission au parquet et d'intervention devant les juges. Ainsi, comme le rappelait avec insistance le Président de la République Jacques Chirac lors de l'installation de la HALDE, « *l'Autorité n'a évidemment pas vocation à se substituer au législateur, ni au juge* »<sup>1</sup>. Néanmoins, son caractère arbitral qui la rapproche de l'autorité du juge et l'adjonction de nouveaux pouvoirs pourraient laisser penser que les objectifs initiaux ne sont pas remplis par l'Autorité et qu'elle concurrence directement les juges. Ainsi, nous verrons que la HALDE, de par ses pouvoirs et son expertise, peut jouer un rôle complémentaire à la justice et favoriser une réelle juridictionnalisation des discriminations (chap. 1). Mais cette ambition devra être nuancée car la HALDE détient aussi des pouvoirs concurrents de ceux du juge ce qui peut nuire à l'efficacité de la lutte contre les discriminations faute d'une stratégie transparente et cohérente de l'autorité (chap. 2).

---

<sup>1</sup> Discours de M. Jacques Chirac, Président de la République, à l'occasion de l'installation de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, Palais de l'Élysée, Paris, 23 juin 2005.

## Chapitre 1

### Un rôle complémentaire à celui du juge

Dans le cadre du débat sur le projet de loi portant création de la HALDE, de nombreux parlementaires avaient relevé que les recours, quelque soit la juridiction compétente, étaient « peu fréquents et rarement couronnés de succès »<sup>1</sup> alors même que des enquêtes récentes faisaient part du nombre important de victimes et de témoins de discriminations et de leur silence<sup>2</sup>. La législation antidiscriminatoire était marquée par une complexité croissante difficile à appréhender pour les victimes comme pour le personnel judiciaire. L'inégalité du rapport de force entre les parties était soulignée : les entreprises pouvaient considérer le procès comme « un aléa normal de leur activité » traité dans la durée par leurs services juridiques alors que la victime isolée devait agir dans l'urgence et supporter les frais de justice. Mais l'obstacle principal restait la difficulté d'apporter au juge la preuve de la discrimination alléguée<sup>3</sup>. La création de la HALDE visait donc précisément à remédier à ces difficultés. Sa compétence universelle à l'égard de tous les critères de discrimination devait aussi favoriser « une approche harmonisée de la lutte judiciaire contre toutes les formes de discrimination »<sup>4</sup> et l'homogénéisation du droit de la non-discrimination.

Ainsi, comme l'énonce la circulaire du 3 octobre 2005 de la direction des affaires criminelles et des grâces, « [l]a Haute autorité assiste la victime de discrimination dans la constitution de son dossier et l'aide à identifier les procédures adaptées à son cas »<sup>5</sup>. Son activité se veut complémentaire de celle du juge : sa mission est de « faire que la volonté du législateur soit respectée au quotidien et que la décision du juge puisse être rendue. Sa mission, c'est d'accompagner et de conseiller la victime d'une discrimination afin de lui

---

<sup>1</sup> Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, au nom de la Commission de lois, AN, n°1827, p. 12.

<sup>2</sup> Pour exemple, voir les résultats de l'eurobaromètre de l'Union européenne (*Eurobaromètre 296, Discrimination dans l'Union européenne : perceptions, expériences et attitudes*, juillet 2008, 170 p.), de l'enquête de l'Agence européenne des droits fondamentaux (EU-MIDIS, *European Union minorities and discrimination survey, Main results report*, avril 2009, 276 p.) et du baromètre mis en place conjointement par la HALDE et l'OIT (Perception des discriminations au travail : regards croisés salariés du privé et agents de la fonction publique, vague 3, janvier 2010, 37 p.). Il faut ici relever que la diffusion du droit antidiscriminatoire et des recherches mettant en évidence les discriminations favorisent logiquement une augmentation du nombre de personnes déclarant avoir été victimes ou témoins de discrimination.

<sup>3</sup> Rapport de M. J-R Lecerf, au nom de la commission des lois, Sénat, n° 35, annexe au P-V de la séance du 17 novembre 2004, p. 19.

<sup>4</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations...*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>5</sup> Point 3 de la circulaire de la direction des affaires criminelles du 3 octobre 2005, *op. cit.*

permettre d'obtenir réparation »<sup>1</sup>. La HALDE remplit aux yeux du juge une véritable « mission d'intérêt général d'une particulière importance ayant pour objet de combattre les pratiques discriminatoires »<sup>2</sup>. Si elle doit donc faciliter la tâche des juges et les éclairer, elle peut aussi résoudre en amont certains conflits<sup>3</sup>. La mission et les pouvoirs de la HALDE exigent donc une collaboration, une coopération avec les organes juridictionnels de droit communs. À partir d'une étude casuistique de l'activité de la HALDE, concentrée sur les affaires relatives aux discriminations fondées sur « l'origine »<sup>4</sup>, il s'agira de vérifier si ces objectifs sont atteints. Nous verrons ainsi que la HALDE constitue un auxiliaire de justice, d'abord parce qu'elle facilite la détection des discriminations (section 1), ensuite, parce qu'elle constitue un précieux vecteur de juridictionnalisation (section 2) enfin, parce qu'elle propose aussi des solutions de régulation complémentaire au recours juridictionnel (section 3).

## **Section 1- La détection des discriminations**

La préoccupante faiblesse de la juridictionnalisation des discriminations « raciales » résulte moins d'un déficit de droits que d'une incapacité de leurs bénéficiaires à les faire valoir devant les juges. La HALDE a donc pour objectif de participer à l'effectivité du droit au recours en permettant de diffuser plus largement le droit de la non-discrimination et en facilitant l'accès à la preuve. Son activité devrait donc entraîner un contrôle plus serré des discriminations et de leurs auteurs, à l'instar des radars qui se sont multipliés le long des routes françaises pour identifier et dissuader les conducteurs en infraction. Une AAI autorise en effet un contrôle et une emprise beaucoup plus continue et efficace sur les comportements par rapport à ce que permettent la réglementation et le juge. Elle peut être saisie en permanence, réguler en permanence et exercer un contrôle « en boucle » qui résulte d'une intervention à la fois en amont (prévention) et en aval.

À travers son information téléphonique, ses modalités souples de saisine et un réseau de proximité en construction, la HALDE va d'abord aider les victimes à identifier les normes et procédures adaptées à leurs cas (§1). Puis, pour les réclamations jugées pertinentes, les

---

<sup>1</sup> Discours de M. Jacques Chirac, Président de la République, à l'occasion de l'installation de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, Palais de l'Élysée, Paris, 23 juin 2005.

<sup>2</sup> C.A. Toulouse, 4<sup>ème</sup> ch. sect. 2, 19 février 2010, n° 08/08630, *M. Louzai c/ Airbus*.

<sup>3</sup> BELORGEY J-M, « Discrimination. Les faits, les normes et les régulateurs », *op. cit.*, p. 530.

<sup>4</sup> Dans tous ses rapports, la HALDE distingue en effet cette catégorie qui regroupe les discriminations « raciales » et les discriminations à raison de la nationalité.

pouvoirs d'investigation qui lui ont été attribués lui permettront d'assister les victimes dans la constitution de leurs dossiers et la recherche des preuves des discriminations alléguées (§2).

### §1) L'accessibilité aux victimes

La HALDE, dotée d'une expertise juridique dans le domaine du droit de la non-discrimination, est chargée de diffuser largement les informations relatives au droit et aux procédures juridictionnelles. L'information auprès des victimes est facilitée par un mode de saisine très peu formalisé et sans filtre (A) et un réseau local en cours de construction (B).

#### A) Des modalités de saisine souples

Comme le souligne Mme Marie-Anne Frison-Roche, l'accessibilité de la HALDE permet d'établir « un lien de confiance plus solide entre les citoyens et les autorités »<sup>1</sup>. L'écoute constituant « la première étape d'une qualification juridique des faits discriminatoires »<sup>2</sup>, un service téléphonique a été mis en place le 19 mai 2005<sup>3</sup> : recentré sur les fonctions d'information et d'orientation sur les discriminations, il reçoit de nombreux appels<sup>4</sup>. Dans le respect du principe de neutralité, il permet d'informer les appelants sur leurs droits, la législation en vigueur et les modalités de saisine de l'autorité.

Les modalités de saisines des AAI françaises sont variables. Si la saisine des organismes étrangers est presque toujours directe, ces derniers conservent la faculté de sélectionner les dossiers auxquels ils entendent apporter leur soutien juridique. L'autorité française peut être saisie directement ou par l'intermédiaire d'un parlementaire national ou européen par « toute personne qui s'estime victime d'une discrimination »<sup>5</sup>. Le décret du 4 mars 2005, qui est venu préciser les modalités de saisine de la HALDE, n'a institué aucun filtre supplémentaire et a seulement précisé que la saisine doit présenter par écrit « toutes

---

<sup>1</sup> FRISON-ROCHE M-A, « Étude dressant un bilan des Autorités administratives indépendantes », *op. cit.* p. 102.

<sup>2</sup> O. NOËL, « Subjectivation des vécus, objectivation juridique des faits », *Informations sociales*, n° 148, juillet-août 2008, p. 129

<sup>3</sup> Numéro Azur (coût d'appel au tarif d'une communication locale depuis un poste fixe) : 08 1000 500. La mission Stasi de préfiguration recommandait que le service téléphonique ne soit pas gratuit comme l'était le défunt 114 pour éviter les appels fantaisistes et injurieux (*in* STASI B., *op. cit.*, p.67).

<sup>4</sup> Entre le 1<sup>er</sup> janvier et 31 décembre 2006, 30. 954 appels avaient été enregistrés au numéro azur. Pour l'année 2007, 32. 557 appels ont été enregistrés (HALDE, *Rapport annuel 2007*, La Documentation française, 2008, p. 10).

<sup>5</sup> Art. 4 de la loi du 30 décembre 2004. A contrario, la saisine du Médiateur de la République ou de la CNDS était soumise au filtre d'un parlementaire.

*précision utiles* » sur les faits constitutifs de discrimination (art. 20), ce que la HALDE apprécie souplement. La saisine peut donc être transmise par voie postale comme à partir du site de la Haute autorité qui pour ce faire a mis en place le 1<sup>er</sup> janvier 2008 un formulaire spécifique<sup>1</sup>. Ensuite, la HALDE enregistre sans délai la réclamation et informe l'auteur de la saisine de la recevabilité éventuelle de sa requête, des démarches effectuées ainsi que des délais de prescription des recours<sup>2</sup>.

Elle peut être saisie aussi bien par des personnes physiques que morales sur tout critère discriminatoire<sup>3</sup>. Son intervention peut aussi être sollicitée par toute association dont les statuts indiquent qu'elle a pour objet de combattre les discriminations et qui est déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits<sup>4</sup>. Pour autant, l'association doit alors agir conjointement avec la victime ou avec son accord, si victime identifiée il y a, et il ne semble pas que l'autorité ait l'obligation de tenir informée l'association des suites données à sa réclamation. De plus, la HALDE peut s'autosaisir, sous réserve que la victime identifiée ne s'y oppose pas<sup>5</sup>. Pour exemple, elle examine régulièrement des offres d'emploi pour identifier d'éventuelles mentions discriminatoires et après étude des offres recensées, la HALDE retient celles qui nécessitent une instruction plus approfondie puis prend des décisions<sup>6</sup>. Les conditions de saisine du Défenseur des droits, qui s'est substitué à la HALDE, sont similaires<sup>7</sup>.

La saisine de la HALDE pouvant intervenir à tout moment, elle ne constitue pas un filtre pour les juridictions. Ainsi, un salarié peut transmettre une réclamation après l'introduction de son recours prud'homal, après avoir été débouté par le tribunal ou même lors de l'appel<sup>8</sup> alors qu'aux États-Unis, la saisine de l'EEOC est obligatoire avant de pouvoir

---

<sup>1</sup> Via ce formulaire mis en place sur Internet le 1<sup>er</sup> janvier 2008, 2633 réclamations ont été enregistrées en 2008 (HALDE, *Rapport annuel 2008*, La Documentation française, 2009, p. 11) et près de 3000 en 2009 (HALDE, *Rapport annuel 2009*, La Documentation française, 2010, p. 13).

<sup>2</sup> Art. 21 et 22 du décret du 4 mars 2005 relatif à la HALDE.

<sup>3</sup> Les saisines de deux communes s'estimant victimes de discriminations territoriales ont été jugées recevables par la HALDE. V. Délibération n° 2010-36 du 22 février 2010 rendue publique par la mairie de La Courneuve et « La discrimination territoriale : un casse-tête pour la HALDE », *L'Expansion*, 1<sup>er</sup> juillet 2010.

<sup>4</sup> Art. 4-4 de la loi du 30 décembre 2004.

<sup>5</sup> Art. 4-2 de la loi du 30 décembre 2004.

<sup>6</sup> Au terme d'une autosaisine de ce type, la HALDE a pour les 13 cas les moins graves rappelé les termes de la loi en recommandant aux annonceurs et diffuseurs une plus grande vigilance ; pour les 23 cas plus graves, une transaction a été proposée. In HALDE, *Rapport annuel 2007*, *op.cit.*, p. 41.

<sup>7</sup> Art. 1 et 2 du décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits, *J.O.* du 30 juillet 2011, p. 13020.

<sup>8</sup> HALDE, délibération n° 2009-404 du 14 décembre 2009.



saisir la justice<sup>1</sup>. Ainsi, la HALDE peut être saisie même lorsque les voies judiciaires sont épuisées « ce qui élargit les stratégies des acteurs »<sup>2</sup>. Mais, si elle reçoit une réclamation donnant déjà lieu à enquête pénale ou pour laquelle une information judiciaire a été ouverte ou des poursuites judiciaires sont en cours, elle doit nécessairement recueillir l'accord préalable des juridictions pénales saisies ou du procureur de la République pour y donner suite<sup>3</sup>. Enfin, il faut relever que la saisine de la HALDE n'interrompt pas les délais de prescription des actions civiles comme pénales et des recours administratifs<sup>4</sup>, ce qui consacre la distinction entre l'AAI et les juridictions. Compte tenu des délais (5 ans pour le civil<sup>5</sup> et 3 ans pour le pénal), cela ne devrait pas poser problème mais, comme le Conseil d'État l'indiquait, la rapidité, la réactivité de l'autorité administrative indépendante dépend de l'évolution du stock des affaires accumulées<sup>6</sup>.

Alors que le juge permet un contrôle ponctuel de la réglementation, les AAI rendent leur contrôle plus prégnant et plus diffus : la HALDE peut être saisie, contrairement au juge, à tout moment, et sa spécialisation - qui permet d'accroître ses qualités d'expertise - renforce le sentiment de proximité et de confiance<sup>7</sup>. Néanmoins, il existe un préalable indispensable à ce contrôle resserré : les victimes comme les témoins potentiels doivent avoir connaissance de l'existence de la Haute autorité. Pour installer un réflexe de recours à l'autorité, des campagnes d'information doivent être périodiquement menées auprès du grand public. Comme l'indique le rapport 2006 de la HALDE, les retombées de la première grande campagne médiatique ont été immédiates puisque l'on a assisté à une nette progression des saisines<sup>8</sup>. Les sondages régulièrement réalisés permettent de s'assurer de la notoriété grandissante de l'Autorité<sup>9</sup>. Force est de constater une hausse rapide des saisines : le nombre de réclamations reçues chaque mois est ainsi passé de 141 en 2005, à 338 en 2006, 518 en

---

<sup>1</sup> STASI B., *op. cit.*, p. 56.

<sup>2</sup> QUETANT G-P, « La HALDE, 'bonne amie' du salarié demandeur devant le conseil de prud'hommes », *Jurisprudence sociale Lamy*, n° 223, 11 décembre 2007, p. 5.

<sup>3</sup> Art. 12 al. 3 de la loi du 30 décembre 2004.

<sup>4</sup> Art. 4-5 de la loi du 30 décembre 2004.

<sup>5</sup> Puisque la saisine de la HALDE signifie que le réclamant a identifié son préjudice comme résultant d'une discrimination, le délai civil de 5 ans court.

<sup>6</sup> Conseil d'État, *Rapport public 2000, op. cit.*, p. 276. Le Conseil d'État indique ainsi que le Conseil de la concurrence rendait à l'époque ses décisions avec un délai moyen de 3 ans.

<sup>7</sup> DECOOPMAN N., « À propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique, op. cit.*, p. 252-253.

<sup>8</sup> HALDE, *Rapport annuel 2006, op. cit.*, pp. 71-74.

<sup>9</sup> Fin 2006, 31% des personnes interrogées déclaraient connaître la HALDE (SCHWEITZER L., « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la HALDE- Entretien », *op. cit.*, p. 11). Les résultats des sondages de fin 2008 (44%) et fin 2009 (54%) démontraient une nette progression de sa notoriété (in HALDE, *Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 37 et *Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 5)

2007, 649 en 2008 pour atteindre 875 par mois en 2009<sup>1</sup>. Le critère de l'origine est nettement celui qui reste le plus souvent invoqué<sup>2</sup>.

## B) Un réseau de proximité en construction

La HALDE est un organisme national et le traitement des saisines assuré par le service juridique, tout comme le service téléphonique, est basé dans ses bureaux parisiens. Le collectif inter-associatif avait souhaité que l'autorité soit dotée d'une assise territoriale afin d'aider les victimes dans la proximité<sup>3</sup> à l'instar des autorités étrangères de référence qui ont toutes un réseau de correspondants locaux<sup>4</sup>. De même, la commission Stasi estimait indispensable la création de délégués territoriaux de l'autorité « afin de tenir compte des réalités de terrain et de rapprocher, selon une logique de proximité, l'autorité des victimes de discriminations, d'assurer la mise en œuvre effective de ses actions et de sa politique de communication sur l'ensemble du territoire »<sup>5</sup>. Mais alors que les défentes CODAC étaient présentes dans tous les départements et que d'autres AAI ont déployé des réseaux locaux (le Médiateur de la République disposait de 290 délégués territoriaux au 31 octobre 2004<sup>6</sup>), la loi du 30 décembre 2004 n'avait prévu pour la HALDE aucun relai local<sup>7</sup>.

Finalement, la construction de ses relais locaux a été progressivement entamée sur le territoire. Plusieurs délégations régionales ont rapidement été établies dans les zones où les réclamations sont les plus nombreuses (Nord-Pas-de-Calais, Provence-Alpes-Côte-d'Azur, Ile

---

<sup>1</sup> HALDE, *Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 11 ; HALDE, *Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 13.

<sup>2</sup> 29% des réclamations reçues en 2008 par la HALDE (*Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 13) et 28,5% pour 2009 (*Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 15). Il est à noter que le critère du sexe reste singulièrement sous-invoqué : seulement 4% des réclamations en 2008 (dont près de 43% étaient portées par des hommes) et 6,5% en 2009. Les réclamations relatives à l'état de grossesse, distinguées à partir de 2008, représentaient alors 2% des réclamations et 2,5% en 2009. In HALDE, *Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 15 ; *Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 15.

<sup>3</sup> Ce relais au niveau territorial, pendant de l'autorité nationale, devait délivrer une première information aux victimes, les orienter vers les ressources juridiques existantes, rendre visible dans un lieu unique et dans une documentation accessible à tous l'ensemble des ressources juridiques disponibles dans le département sur les discriminations, transmettre à l'autorité tous les cas connus et contribuer à la rédaction du rapport annuel. In Plate-forme du collectif pour la création d'une autorité universelle et indépendante, *op. cit.*

<sup>4</sup> STASI B., *op. cit.*, p. 56. Le Centre belge a 18 permanences décentralisées et la commission québécoise connaît 11 bureaux régionaux. La CRE britannique disposait ainsi en 1999 de six délégations à Birmingham, Leeds, Manchester, Leicester, Edimbourg (Ecosse) et Cardiff (Pays de Galles).

<sup>5</sup> STASI B., *op. cit.*, p. 77.

<sup>6</sup> L'art. 6-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations a habilité ces correspondants locaux à favoriser, à leur niveau, le règlement des différends résultant des décisions locales.

<sup>7</sup> L'art. 3bis du Projet de loi, qui indiquait expressément que « la haute autorité dispose, sur l'ensemble du territoire, de délégués (qui) apportent aux personnes les informations et l'assistance nécessaires au traitement des réclamations », n'a pas été retenu (Projet de loi portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *op. cit.*).

de France, Rhône-Alpes)<sup>1</sup> ainsi que deux délégations en Outre-mer (Martinique et Réunion). Mais, à l'exception de l'Outre-mer, ces délégués ne participent pas à l'instruction des réclamations<sup>2</sup>. Ils sont en charge de la coordination des réseaux de terrain afin de mettre en place des partenariats avec les acteurs judiciaires et parajudiciaires (conseil départemental de l'accès au droit, point d'accès au droit, mission locale, maisons de la justice et du droit, associations...) et ce en vue de déterminer le rôle de chacun dans l'accompagnement des victimes<sup>3</sup>.

La HALDE tente aussi de tisser un réseau de correspondants locaux à une échelle territoriale inférieure. Le collège a déterminé les axes stratégiques prioritaires de l'action régionale pour l'année 2007<sup>4</sup> : à partir de juillet 2007, ont été mis en place, à l'image des délégués du médiateur, des correspondants locaux bénévoles pour compléter son implantation dans les régions et constituer un relai local, notamment pour le service juridique<sup>5</sup>. Ce dispositif vise à un « traitement léger, personnalisé, humanisé d'une partie de ces affaires »<sup>6</sup>. Le réseau, qui comptait fin 2009 plus d'une centaine de correspondants locaux, avait ainsi enregistré 2.200 saisines individuelles et reçu 1.500 personnes dans leurs permanences en 2009<sup>7</sup>. Reste que le caractère bénévole de leur activité et le déficit de formation affecte leur efficacité. En outre, à l'instar des permanences juridiques assurées notamment par les missions locales, d'autres relais locaux permettent une saisine indirecte de la HALDE. Certains conseils départementaux d'accès au droit (CDAD) participent ainsi à un accès effectif au droit de la non-discrimination<sup>8</sup>. Cette multiplication des interlocuteurs doit être compensée par une bonne coordination avec la HALDE. C'est en ce sens qu'un délégué à l'action régionale a été désigné au niveau central pour coordonner cette action de proximité depuis 2007.

---

<sup>1</sup> Voir la géographie des réclamations in HALDE, *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>2</sup> HALDE, *Rapport annuel 2006*, *op. cit.*, p. 75.

<sup>3</sup> FERRAND L., directeur juridique de la HALDE, in D. Borillo (dir.), *HALDE : actions, limites et enjeux*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>4</sup> HALDE, *Rapport annuel 2006*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>5</sup> Ces correspondants auront pour mission d'accueillir, dans des permanences hebdomadaires, les personnes souhaitant déposer une réclamation à la HALDE. Ils pourront les informer de leurs droits, les aider à constituer leur dossier de réclamation, contribuer à la solution de leurs difficultés notamment par le biais d'une résolution à l'amiable ou encore les réorienter (HALDE, délibération n° 2007-99 du 2 avril 2007).

<sup>6</sup> SCHWEITZER L., « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité- Entretien », *op. cit.*, p. 8.

<sup>7</sup> HALDE, *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>8</sup> Le CDAD du Pas-de-Calais a mis en place depuis septembre 2005 une plate-forme téléphonique destinée aux publics les plus fragiles. Il transmet à la direction juridique de la HALDE les cas de discrimination (Convention entre le Centre départemental d'accès aux droits du Pas-de-Calais et la HALDE, Saint-Nicolas-les-Arras, 24 mai 2006 in HALDE, *Rapport annuel 2006*, *op. cit.*, pp. 207-209). Comme la Haute Autorité le souligne, l'intérêt d'une telle coopération est, qu'à côté de l'expertise juridique proposée par la HALDE, le CDAD peut diriger les victimes vers des équipes de soutien psychologique ou financier (HALDE, *Rapport annuel 2006*, *op. cit.*, p. 61).

### C) La recevabilité des réclamations

Les modalités de saisine très souples de la HALDE ainsi que sa progressive implantation locale permettent à la HALDE de constituer une « instance de proximité au service des plus démunis »<sup>1</sup>. Néanmoins, toutes les réclamations reçues ne connaissent pas le même parcours. La plupart d'entre elles n'aboutissent pas et ne font pas l'objet d'une réelle investigation de l'Autorité. Tout d'abord, beaucoup d'entre elles sont réorientées vers d'autres institutions. Certaines de ces institutions sont d'autres AAI, telles que la CNIL, le CSA, la CNDS, le Défenseur des enfants ou le Médiateur de la République, elles mêmes susceptibles d'avoir à traiter de réclamations faisant apparaître des situations discriminatoires : les réclamations concernent leur domaine d'intervention, mais ces AAI peuvent aussi être sollicitées par la HALDE sur des faits discriminatoires qu'elles sont jugées plus à même de traiter efficacement. Mais cet échange de dossiers n'est pas assuré entre les différentes AAI faute de dispositions prévoyant la possibilité de saisine d'une AAI par une autre. De son côté, la HALDE peut aussi avoir besoin de l'expertise de certaines d'entre elles dans le cadre de ses investigations. Il y a donc nécessité d'assurer une « inter-régulation procédurale »<sup>2</sup> entre AAI pour assurer le traitement de chaque dossier par l'autorité pertinente, intensifier l'échange d'informations et permettre à l'expertise spécifique de chacune de jouer à plein. Il s'agissait de formaliser la collaboration entre AAI pour éviter tout conflit de compétence et divergences d'interprétations<sup>3</sup>.

Cette coordination avec les autres AAI intervenant dans le champ des libertés publiques est primordiale pour la HALDE car son objet - les discriminations - est transversal. Ainsi, elle a passé avec la CNIL une convention qui prévoit notamment que toute réclamation relevant de la compétence de l'autre autorité lui est transmise après accord de l'intéressé<sup>4</sup>. Ainsi, lorsque la HALDE a connaissance, au cours de ses investigations, d'un traitement automatisé susceptible de contrevenir à la loi de 1978, elle communique à la CNIL ses informations. En retour, cette dernière lui restitue les éléments nécessaires à son enquête et lui fait connaître les suites données à la transmission<sup>5</sup>. Cette collaboration entre CNIL et HALDE

---

<sup>1</sup> MAYAUD Y., « La HALDE, une trop 'Haute' autorité ? », *op. cit.*, p. 931.

<sup>2</sup> FRISON-ROCHE A-M., « Étude dressant un bilan des Autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 35.

<sup>3</sup> GENEVOIS B., « les conflits de compétences concernant les Autorités administratives indépendantes », *Mélanges Sabourin*, Bruylant, 2001, p. 137.

<sup>4</sup> Conformément à l'art. 1<sup>er</sup> al. 2 du décret du 4 mars 2005 relatif à la HALDE.

<sup>5</sup> Convention de partenariat entre la HALDE et la CNIL approuvée par délibération du collège de HALDE n° 02006-45 du 13 mars 2006 et par délibération de la CNIL n° 2006-077 du 21 mars 2006. Il est aussi prévu que les deux autorités puissent être amenées à organiser des actions de communication conjointes ainsi que des

apparaît particulièrement judicieuse pour le traitement des discriminations « raciales »<sup>1</sup>. De même, suite à sa demande<sup>2</sup>, la HALDE s'est vu accorder la possibilité de saisir la CNDS<sup>3</sup>. Cette complémentarité est aussi organisée concernant le CSA<sup>4</sup> : les plaintes en matière de discriminations concernant les programmes sont traitées par le CSA tandis que la HALDE exerce sa compétence pour les plaintes concernant l'emploi et la politique d'accès aux plateaux<sup>5</sup>.

De nombreuses réclamations sont simplement déclarées irrecevables. Dans ces cas, le Conseil d'État a rappelé que « *la réponse par laquelle la [HALDE] se refuse de donner suite à une réclamation n'est pas susceptible de recours pour excès de pouvoir* », mais le juge indique que la réclamante peut, dans le cadre d'un recours en responsabilité de l'État, démontrer que le refus de la HALDE lui a causé préjudice si les réponses de l'Autorité s'avéraient infondées<sup>6</sup>. Les dossiers irrecevables, les dossiers réorientés vers des institutions compétentes et les clôtures d'office (défaut de réponse du réclamant ou désistement) représentent près de 85% des dossiers présentés comme clos<sup>7</sup>. Seules les réclamations jugées pertinentes et étayées font donc l'objet d'investigations.

---

formations groupées pour leurs salariés respectifs. Afin de permettre la bonne mise en œuvre de la convention, des correspondants ont été désignés au sein de chaque autorité partenaire.

<sup>1</sup> Des données illégales sur l'origine sont parfois enregistrées par des organisations pour organiser la discrimination. V. HALDE, délibération n° 2009-304 du 14 décembre 2009 relative aux demandes d'informations susceptibles de révéler notamment l'origine des candidats à l'embauche par un groupe opérant dans le secteur de la défense.

<sup>2</sup> HALDE, délibération n° 2006-287 du 11 décembre 2007.

<sup>3</sup> Art 4 al. 4 de la loi n° 2000-494 portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité modifié par l'art. 31-2° de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007.

<sup>4</sup> La nécessité d'organiser cette complémentarité s'impose davantage depuis la loi n° 2009-396 du 31 mars 2006 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision. Celle-ci attribue en effet au CSA la mission de rendre compte « *des actions des éditeurs de services de télévisions en matière de programmation reflétant la diversité de la société française* » et de proposer « *les mesures adaptées pour améliorer l'effectivité de cette diversité dans tous les genres de programmes* » (art. 1er). L'art. 15 de la loi du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE indique depuis que la HALDE doit faire le bilan de la politique de ressources humaines menées par les chaînes « *afin de lutter contre les discriminations et de mieux refléter la diversité de la société française* » (art. 2 de la loi n° 2009-396).

<sup>5</sup> HALDE, *Rapport annuel 2006, op. cit.*, p. 24.

<sup>6</sup> C.E., sect., 13 juil. 2007, *Abric*, n° 297742. Cet arrêt du Conseil d'État est cohérent avec sa jurisprudence relative au Médiateur de la République, dont la lettre de rejet d'une réclamation n'a pas le caractère d'une décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours par voie contentieuse (C.E., ass., 10 juillet 1981, n° 05130, *RDP*, 1987, p. 1441, concl. M. Franc).

<sup>7</sup> HALDE, *Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 16.

## §2) Des pouvoirs d'investigation

La HALDE est dotée de pouvoirs d'investigation pour faciliter l'accès aux preuves. En effet, l'obstacle de la preuve perdue même si le mécanisme de l'aménagement de la preuve devant les juridictions civiles et administratives allège le fardeau pour les victimes. Ce mécanisme court aussi le risque d'être peu mobilisé si les victimes ne bénéficient pas d'une aide dans la recherche des éléments propres à faire naître une présomption de discrimination. Les prérogatives dévolues à la HALDE constituent donc « l'outil indispensable de sa mission d'assistance aux victimes »<sup>1</sup>. L'enquête diligentée par l'Autorité permettra d'identifier des éléments de preuve de discrimination ou, au contraire, elle démontrera l'objectivité de la sélection contestée et, ce faisant, permet d'éviter d'inutiles plaintes et de lever des doutes pernicieux pour les victimes<sup>2</sup>.

Les pouvoirs d'enquête de la HALDE s'inspirent de ceux dont bénéficient les autres « instances chargées de promouvoir les droits des victimes de comportements illicites »<sup>3</sup> et n'excèdent pas « les limites de l'enquête administrative »<sup>4</sup>. Ils découlent aussi de l'analyse des prérogatives détenues par ses homologues étrangers qui sont dotés de pouvoirs d'enquête complets avec capacité de contraindre les parties à produire des éléments de preuve, d'exiger l'accès aux locaux ou de s'expliquer. Pour exemple, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec créée en 1975 peut exiger la communication de documents, contraindre des personnes à témoigner et procéder à des investigations sur place<sup>5</sup>. De même, la HALDE dispose de plusieurs voies d'information, dont l'exercice est précisé par le Règlement des services de la Haute Autorité<sup>6</sup>. Alors que le Collectif associatif dénonçait « un projet en trompe l'œil qui ne donne à cette autorité ni les moyens, ni les pouvoirs nécessaires pour agir efficacement à la mesure des enjeux »<sup>7</sup>, on peut considérer que la loi du 30 décembre 2004 confère à la HALDE un pouvoir préjurisdictionnel d'investigation

---

<sup>1</sup> Rapport de M. J-R Lecerf, au nom de la commission des lois, Sénat, n° 35, annexe au P-V de la séance du 17 novembre 2004, p. 45.

<sup>2</sup> Voir pour exemple les délibérations n° 2006-38 du 27 mars 2006, n° 2006-47 et 2006-50 du 27 mars 2006, n° 2006-74 du 10 avril 2006, n° 2006-95 du 22 mai 2006...

<sup>3</sup> Expression, englobant le Défenseur des enfants, le Médiateur de la République et la CNDS, relevée *in* Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, au nom de la Commission de lois, AN, n° 1827, p. 23.

<sup>4</sup> Rapport de M. J-R Lecerf, au nom de la commission des lois, Sénat, n° 35, annexe au P-V de la séance du 17 novembre 2004, p. 44.

<sup>5</sup> MAROIS P., « L'action de la commission québécoise dans la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 170.

<sup>6</sup> Règlements des services de la HALDE, adopté par délibération n° 2007-169 du 11 juin 2007, *B.O. Affaires sociales*, 30 juillet 2007, art. 11.

<sup>7</sup> Communiqué de presse, 4 octobre 2004, « Projet de loi HALDE : une autorité pour rien ».

relativement étendu assorti d'un pouvoir de contrainte, même si elle ne détient pas pour autant des pouvoirs de police judiciaire. Pour rechercher la vérité sur les faits qui lui sont soumis, la HALDE peut enquêter sur pièces (A) et *in situ* (B).

#### A) Un pouvoir de savoir

La HALDE détient un « pouvoir juridique de savoir »<sup>1</sup> qui lui permet d'obtenir des informations de la part des personnes privées et des administrations à partir desquelles elle peut entamer son travail d'enquête sur pièces<sup>2</sup>. Mais dans le cadre de ses pouvoirs d'enquête, les secteurs public et privé doivent être distingués. La HALDE peut demander des explications à toute personne, physique ou morale, de droit privé mise en cause. L'audition des personnes qui peuvent se faire assister d'un conseil, fait l'objet d'un procès-verbal contradictoire<sup>3</sup>. La HALDE se situant sur le terrain répressif, ces garanties procédurales sont essentielles<sup>4</sup>. Elle pourra aussi entendre toute personne et demander la transmission de toute information ou document.

Concernant les autorités publiques et les organismes chargés d'une mission de service public, l'art. 6 de la loi du 30 décembre 2004, qui s'inspire ici de l'art. 12 de la loi n°73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République, prévoit qu'elles sont tenues de « *faciliter la tâche de la haute autorité* »<sup>5</sup> : les agents doivent être autorisés à répondre à toute demande motivée de la HALDE en lui communiquant toutes informations et pièces utiles<sup>6</sup>. L'art. 6-4 de la loi du 30 décembre 2004 précise en outre qu'elle peut demander au ministre de saisir le corps de contrôle compétent en vue de vérifications et d'enquêtes et qu'elle devra être tenue informée des suites données à ses demandes par les inspections ministérielles<sup>7</sup>.

Dans certains États membres, le refus de coopérer à l'instruction de l'organisme est considéré comme une infraction et/ou peut faire l'objet d'une amende et, certains organismes

---

<sup>1</sup> FRISON-ROCHE M-A., « Étude dressant un bilan des Autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p.90.

<sup>2</sup> Pour ce faire, l'article 10 de la loi du 31 décembre 2004 prévoit que les personnes astreintes au secret professionnel ne pourront être poursuivies pour les informations à caractère secret qu'elles auraient révélées à la Haute autorité.

<sup>3</sup> Art. 5 de la loi du 30 décembre 2004.

<sup>4</sup> Elles sont inspirées des dispositions relatives à la CNDS (art. 5 de la loi n°2000-494 du 6 juin 2000 portant création de la CNDS).

<sup>5</sup> Art. 6-3 de la loi du 30 décembre 2004.

<sup>6</sup> Art. 6-1 de la loi du 30 décembre 2004. Pour autant, aucune sanction n'est prévue en cas de refus d'obstruction à l'enquête de HALDE.

<sup>7</sup> Les précisions quant au caractère coercitif des demandes d'information faites aux administrations sont elles aussi inspirées du dispositif adopté pour la CNDS (art. 5 de la loi du 6 juin 2000).

peuvent utiliser la voie hiérarchique et disciplinaire pour contraindre les personnes mises en cause à coopérer à l'enquête, d'autres pouvant utiliser la contrainte judiciaire<sup>1</sup>. Concernant la HALDE, si ses demandes ne sont pas suivies d'effets, une mise en demeure fixant un délai de réponse<sup>2</sup>. Puis, faute de réponse, la Haute autorité peut saisir le juge des référés<sup>3</sup>. Le gouvernement a préféré le recours au juge civil des référés qui peut obliger sous astreinte les personnes interrogées à répondre aux demandes de la HALDE alors qu'une procédure pénale n'aurait comporté aucune obligation de faire<sup>4</sup>. En 2009, la Haute autorité a pour la première fois et à trois reprises saisi le juge des référés et ainsi obtenu les pièces demandées<sup>5</sup>.

De nombreuses délibérations montrent l'efficacité du pouvoir de savoir de la HALDE. Elle a ainsi demandé et obtenu communication de nombreux documents dont l'analyse croisée a permis de démontrer le caractère infondé des arguments d'un organisme qui avait refusé de recruter la réclamante<sup>6</sup>. De même, dans une affaire relative à la location d'un appartement, la HALDE est parvenue à démontrer la discrimination à partir des pièces transmises alors que tout testing était impossible depuis l'acceptation d'un nouveau locataire : alors que le réclamant avait vu son dossier refusé au motif que sa caution parentale venait des DOM-TOM, la Haute autorité a pu constater que la personne retenue présentait des revenus

---

<sup>1</sup> La commission néerlandaise peut saisir un tribunal afin de faire exécuter sa requête, ce qu'elle n'a ce jour fait qu'une fois. *In HALDE, Rapport annuel 2006, op. cit.*, pp. 193-194.

<sup>2</sup> Cette mise en demeure prévue à l'art. 9 de la loi du 30 décembre 2004 est adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Elle ne fait l'objet d'aucune publicité (art. 23 du règlement des services de la HALDE). Néanmoins, cette possibilité de mise en demeure ne concerne pas les demandes de saisine des corps de contrôle adressée au ministre compétent en vue d'enquête.

<sup>3</sup> Art. 30 du décret du 4 mars 2005. Le nouveau Défenseur des droits détient lui aussi cette faculté (art. 3 du décret n°2001-904).

De manière plus générale, l'art. 145 du code de procédure civile permet à tout intéressé de saisir le juge des référés afin qu'il ordonne des mesures d'instruction en vue d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourraient dépendre la solution d'un litige. Le rapport Stasi, lui, proposait que le refus d'accès aux documents et informations constitue, comme pour la CNIL, une infraction sanctionnée par le code pénal et qu'une mise en demeure infructueuse donne lieu à publication (*in STASI B., op. cit.*, p. 75).

<sup>4</sup> Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, au nom de la Commission de lois, AN, n° 1827, *op. cit.*, p. 27.

<sup>5</sup> HALDE, *Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 21. L'employeur refusant de transmettre tout document permettant d'éclairer une réclamation relative à une discrimination « raciale » dans le recrutement, la HALDE saisit le juge des référés (délibération n° 2009-122) qui ordonna la transmission des pièces demandées et condamna l'employeur à une peine d'amende pour avoir refusé de s'exécuter (TGI Draguignan, 3 juin 2009, n° 09-03461). Au vu des éléments, la HALDE considéra finalement que le réclamant avait été écarté en raison de ses origines et proposa de présenter ses observations devant les prud'hommes (délibération n° 2009-537 du 26 octobre 2009).

<sup>6</sup> La HALDE avait sollicité et obtenu les pièces suivantes : convention collective, règlement intérieur, éventuelles annonces publiques d'un examen ou d'un concours, notes de services précisant le déroulement de l'examen, nature et description des postes à pourvoir, nature des épreuves, conditions d'admissibilité, condition d'admission, critères retenus, composition de la première sélection de candidats, composition de la deuxième sélection, notes obtenues par chaque candidat à chaque étape, nombre et nature des embauches réalisées, comptes-rendus des entretiens, convention entre l'organisme national et l'organisme régional, registre d'entrée de l'organisme régional. *In HALDE, Rapport annuel 2005, op. cit.*, p. 15



moindres, inférieurs à ceux exigés par l'agence, et n'avait pu offrir de caution<sup>1</sup>. De même, après avoir pu vérifier l'ensemble du processus d'attribution des logements du bailleur social, la HALDE a constaté que le refus opposé au réclamant constituait une discrimination fondée sur l'origine<sup>2</sup>. À partir des documents qu'elle exige, la HALDE peut en effet remettre à plat l'ensemble d'une procédure de recrutement et se livrer à d'éclairantes comparaisons qui démontrent l'inégalité de traitement et invalident les justifications des mis en cause<sup>3</sup>.

Sur la base des informations reçues, elle peut se livrer à des comparaisons audacieuses. Pour exemple, elle a comparé, à partir d'une analyse des patronymes et de la nationalité, la composition du personnel embauché par une entreprise par rapport aux demandeurs du bassin d'emploi de la ville de Toulouse. L'enquête basée sur le registre unique du personnel a montré qu'aucune personne dotée d'un nom à consonance maghrébine n'avait été embauché parmi les 43 agents embauchés en CDI, tous de nationalité française, et a considéré qu'il y avait donc sous-représentation des personnes d'origine maghrébine au regard des demandeurs d'emploi inscrits à l'ANPE de la ville et présentant les qualifications requises<sup>4</sup>. Ces éléments ont été portés à la connaissance du juge lors du procès prud'homal pour discrimination « raciale » à l'embauche<sup>5</sup>. Enfin, il faut relever que la HALDE, à l'instar des commissions québécoise et néerlandaise, peut avoir recours à des experts extérieurs<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Délibération n° 2005-33 du 26 septembre 2005.

<sup>2</sup> HALDE, délibération n° 2006-167 du 3 juillet 2006.

<sup>3</sup> À la suite de la réclamation pour discrimination « raciale » à l'embauche d'un intérimaire qui avait postulé à un poste en CDI et auquel l'entreprise n'avait pas permis de passer les tests de sélection en alléguant de ses insuffisances, les investigations de la HALDE révélèrent que l'intérimaire était apprécié par l'entreprise (elle l'avait embauché pour effectuer plus de six missions couvrant la quasi-totalité de l'année 2003-2004 et aucune critique n'apparaissait à son égard dans un quelconque document). De plus, depuis le premier refus essuyé, plus d'une centaine de candidats présentant le même type de diplômes avaient été recrutés. En outre, la HALDE relevait que l'employeur n'avait pas pris en compte l'expérience accumulée dans l'entreprise par l'intérimaire (délibération n° 2006-184 du 18 septembre 2006).

<sup>4</sup> Délibération n° 2008-135 du 16 juin 2008. Sa position sur les enquêtes patronymiques produites a ainsi évolué. Elle considérait en effet que le patronyme analysé comme marqueur de l'origine étrangère des personnes était d'une fiabilité relative (quand bien même pour l'une des études, l'analyse recoupait à la fois patronyme et apparence physique) et que les analyses produites ne pouvaient constituer que des indices et non des preuves de discrimination (Note de problématique adoptée par délibération n° 2006-98 du 9 mai 2006)

<sup>5</sup> C.A. Toulouse, 4<sup>ème</sup> ch. section 2, 19 février 2010, n° 140/2010). V. *Supra.*, pp. 179-180.

<sup>6</sup> Art. 25 du décret 4 mars 2005 relatif à la HALDE modifié par l'art. 2 du décret n° 2007-55 du 11 janvier 2007, *J.O.* du 13 janvier 2007. Ces experts seront alors indemnisés pour les travaux, rapports, études commandés dans le cadre de l'examen d'une réclamation mais aussi dans le cadre de sa mission plus générale de promotion de l'égalité. La HALDE a ainsi déjà recouru à un spécialiste des ressources humaines pour établir une discrimination dans la carrière fondée sur la grossesse (délibération n° 2009-404 du 14 décembre 2009). Suite aux observations de la HALDE, élaborées notamment à partir de l'étude ainsi réalisée, l'employeur a été condamné (C.A. Paris, 5 mai 2010, n° S 08/08694-AC, *BNP Paribas*).

## B) Un pouvoir d'enquêter *in situ*

Les pouvoirs de la HALDE ne se limitent pas aux informations que lui fournissent les mis en cause à travers les auditions ou les pièces qu'ils lui transmettent : l'Autorité détient le pouvoir d'enquêter *in situ*, au sein des organisations, par le biais de tests de situation ou de vérifications sur place.

### 1. *Les tests de situation*<sup>1</sup>

Les tests de situation ou testing, reconnus à l'art 225-3-1 CP pour évaluer les comportements discriminatoires, peuvent être organisés par la HALDE<sup>2</sup>. Nous avons vu combien ces fameux tests pouvaient se révéler utiles pour faire la preuve de la discrimination « raciale »<sup>3</sup> mais l'Autorité, qui avait déjà fait réaliser des tests statistiques à visée sociologique<sup>4</sup>, semblait plus hésitante quant à la possibilité de transposer cette méthode sur le terrain judiciaire<sup>5</sup>. Elle s'est ainsi montrée particulièrement exigeante tant dans la manière d'effectuer le test que dans la façon d'en contresigner les résultats. S'il n'apparaît pas nécessaire que les tests soient renouvelés pour constituer un élément de preuve de la discrimination, la HALDE avait dans un premier temps décidé de pratiquer plusieurs tests afin de s'assurer de la discrimination et d'emporter la conviction du juge. Elle envisageait aussi la présence systématique d'un témoin tiers aux testeurs (huissier ou agent assermenté). Quant à la comparabilité des paires, s'il est impossible que les candidatures soient strictement identiques car cela attirerait l'attention du sélectionneur, il fallait que le juge considère les candidatures comme similaires. De plus, le testing ne pouvait constituer le seul élément du dossier de la HALDE : il est logiquement suivi d'une enquête, d'auditions, de demandes de documents et d'explications sur la différence de traitement avant que l'Autorité n'émette son

---

<sup>1</sup> V. *Supra.*, pp. 168 et s.

<sup>2</sup> En effet, la loi du 31 mars 2006 reconnaît la possibilité à ses agents, assermentés et habilités par le procureur, de constater par procès-verbal les délits de discrimination dans le cadre d'un test de terrain (Art. 41-2° de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances relatives à la lutte contre les discriminations complétant l'art. 2 de la loi du 30 décembre 2004).

<sup>3</sup> V. *Supra.*, pp. 168-174.

<sup>4</sup> Si ces tests statistiques ou sociologiques ne peuvent appuyer une plainte devant le juge, selon la circulaire du 26 juin 2006 (Circulaire du garde des Sceaux relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances relatives à la lutte contre les discriminations et du décret n° 2006-641 du 1<sup>er</sup> juin 2006 relatives aux transactions proposées par la HALDE, 26 juin 2006, CRIM 2006-16, *B.O. du ministère de la Justice*, n° 102, av-juin 2006, point 2), ils peuvent justifier une investigation et une recommandation demandant des modifications dans les processus de sélection.

<sup>5</sup> KERN S., pôle emploi de la HALDE, in *Actes du colloque HALDE-CNB*, "discrimination : nouveaux risques et enjeux", 15 novembre 2007, p. 28.

appréciation de la situation<sup>1</sup>. Ce faisant, la HALDE entreprenait de satisfaire les conditions fixées par les juges les plus hostiles au testing au risque de venir ainsi entraver la démocratisation de cet instrument de preuve et de dévaloriser la force probatoire de tests plus informels.

Mais la HALDE utilise notamment le testing comme un instrument de dissuasion : après un premier testing au logement en 2006, le président de la HALDE annonce que le nom des prochaines entreprises qui seront prises en défaut sera communiqué<sup>2</sup>. Une série de test observant le recrutement de quinze entreprises du CAC 40 et de cinq intermédiaires de l'emploi est ainsi réalisée sur commande de la HALDE l'année suivante<sup>3</sup>. Après avoir recueilli les observations des entreprises mises en cause, les résultats de l'enquête sont rendus publics. Cette première démarche de type « *Name and shame* » de la HALDE fut alors très contestée au regard de la méthodologie employée<sup>4</sup>.

Pour autant, « confrontée à la difficulté d'administration de la preuve », comme elle le soulignait elle-même, la HALDE a pris le parti de considérer le testing comme une « technique efficace pour mettre en évidence les différences de traitement » et a lancé en 2008 une nouvelle série de tests auprès d'agences immobilières et de propriétaires. À la suite de ces tests réalisés par téléphone en présence d'agents assermentés de la HALDE, la Haute autorité s'est saisie d'office des cas de discrimination caractérisée et a opté pour un rappel à la loi et transmis au parquet près de 15 dossiers de discrimination « raciale » au logement<sup>5</sup>. Les tests peuvent donc s'avérer très utiles dans le cadre d'une auto-saisine issue notamment de la convergence de plusieurs signalements. Néanmoins, les testings de la HALDE ne pourront pas être organisés directement à l'appui de réclamations individuelles : la réactivité nécessaire - il s'agit le plus souvent d'offre d'emploi ou de location par nature très éphémères - est hors

---

<sup>1</sup> Conseil national du Barreau (CNB), *Les nouveaux pouvoirs de la HALDE et l'exercice des droits de la défense*, *op. cit.* p. 15.

<sup>2</sup> SCHWEITZER L., « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité- Entretien », *op. cit.*, p. 15.

<sup>3</sup> HALDE, *Rapport annuel 2007*, *op.cit.*, p.73.

<sup>4</sup> Deux entreprises où des « différences de traitement ont été établies de façon statistique » ont été nommément désignées par le président de la HALDE lors d'une conférence de presse du 10 juin 2008. Cette médiatisation a fait l'objet de polémiques sur le manque de rigueur méthodologique du prestataire sélectionné par la HALDE. Cela a largement entamé l'impact de cette première opération (« La HALDE : un discours mais pas de méthode », *Libération*, 11 juin 2008).

<sup>5</sup> Voir HALDE, Communiqué, « Logement : La HALDE teste le risque de discrimination lié au patronyme », 26 janvier 2009 et délibération n° 2009-5 à 17 du 5 janvier 2009. Un nouveau testing a été organisé en 2009 sur les critères de sélection de propriétaires ou d'agences choisis au hasard (« Accès à la location : des bailleurs trop indiscrets », *Le Figaro*, 30 juillet 2009). Les décisions judiciaires qui découleront de ces transmissions permettront de valider ou non la qualité de la procédure d'enquête de l'organisme indépendant.

de portée pour la Haute autorité étant donné son fonctionnement et ses délais de traitement<sup>1</sup>. L'organisation du testing par la victime ou l'intervention des associations, complémentaires d'une réclamation déposée auprès de la HALDE<sup>2</sup>, s'avère donc nécessaire.

## 2. Les vérifications sur place

La HALDE a le pouvoir de procéder à des enquêtes sur place alors même que cette capacité est généralement réservée aux autorités dotées d'un pouvoir de sanction administrative (CNIL, COB, ART, Conseil de la concurrence). Lors des vérifications réalisées par des agents spécialement habilités par le procureur général<sup>3</sup>, toute personne pourra être entendue et le rapport sur les résultats de la vérification est ensuite transmis aux parties concernées pour qu'elles communiquent à l'Autorité leurs observations<sup>4</sup>. Enfin, ces vérifications sont uniquement réalisées sur lettre de mission du collègue (art. 27 du décret du 4 mars 2005) par des agents assermentés qui restent concentrés à Paris et sont en nombre limité. Cette procédure rigide risque donc d'entraver le traitement des réclamations surtout lorsqu'il s'agira d'établir dans l'urgence la véracité d'un fait discriminatoire. La HALDE utilise ainsi cette prérogative avec parcimonie : seules quatre vérifications sur place ont été ordonnées depuis son installation<sup>5</sup>. Enfin, ces vérifications sur place ne sont possibles qu'après l'accord des personnes intéressées et demeurent limitées aux locaux professionnels et fréquentés par le public. En cas de refus du responsable des lieux, le président de la HALDE devra, comme pour ses enquêtes sur pièces, saisir le juge des référés d'une demande motivée afin que celui-

---

<sup>1</sup> HALDE, délibération n° 2008-154 du 7 juillet 2008 (discrimination fondée sur l'origine relative à un refus de location). Lorsque la HALDE se saisit du dossier, l'appartement est déjà loué ce qui ne permet pas l'organisation d'un testing. Néanmoins, l'enquête et l'audition du propriétaire ont permis de démontrer le caractère fallacieux des justifications émises et la Haute autorité s'est proposée « le cas échéant » de présenter ses observations devant la HALDE (HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 70).

<sup>2</sup> Délibération n° 2009-295 du 28 juillet 2009 (consignes discriminatoires fondées sur l'origine confirmée par testing).

<sup>3</sup> Art. 8 de la loi du 30 décembre 2004. Les agents autorisés à procéder à ces vérifications devront avoir reçu une habilitation spécifique donnée par le procureur général près la cour d'appel du domicile de l'agent selon des modalités fixées par l'art. 26 du décret du 4 mars 2005 relatif à la HALDE. Il faut attendre un décret de janvier 2007 pour voir préciser la procédure d'habilitation des agents assermentés pour constater les infractions pénales mentionnées à l'art. 2 de la loi du 30 décembre 2004 (Décret n°2007-55 du 11 janvier 2007 modifiant l'art 26 et ajoutant un art. 27-1 au Décret du 4 mars 2005).

<sup>4</sup> Art. 23 du décret du 4 mars 2005. Selon le Directeur juridique de la HALDE, une fois le constat effectué, le dossier est communiqué au parquet sur le fondement de l'article 12 de la loi du 30 décembre 2004. Le parquet poursuit l'enquête, l'agent de la HALDE pouvant alors être entendu comme témoin. Dans ce cas, la HALDE ne présentera pas d'observation. Si en revanche, la procédure suit son cours en interne et si la Haute autorité décide de présenter des observations, ce sera sans doute dans l'hypothèse où l'agent assermenté ne sera pas intervenu et où la preuve aura été apportée par des voies différentes (Luc FERRAND, *Actes du colloque HALDE-CNB*, 15 novembre 2007, « discrimination : nouveaux risques et enjeux », p. 45).

<sup>5</sup> HALDE, *Rapport annuel 2010*, La Documentation française, 2011, p. 29.

ci ordonne les vérifications qui se dérouleront alors sous son contrôle<sup>1</sup>. La contrainte relève donc toujours du juge judiciaire qui pourra devenir « le bras armé de la HALDE »<sup>2</sup> dans sa recherche de preuves. En amont, ces vérifications peuvent éventuellement avoir été réalisées par l'inspection du travail.

Pour éviter toute intervention redondante de la HALDE et de l'inspection du travail qui partagent des compétences dans le domaine de la lutte contre les discriminations dans l'emploi et optimiser les moyens mis en œuvre, une circulaire interministérielle du 5 janvier 2007 détaille leurs relations et les moyens de leur « *collaboration étroite au bénéfice des victimes de discriminations* ». Ce partenariat, qualifié d'« *actif et efficace* », doit permettre d'améliorer les réponses apportées aux victimes par la HALDE et l'inspection du travail<sup>3</sup>. La HALDE devra donc vérifier pour chaque réclamation l'existence éventuelle d'une saisine de l'inspection. Si tel est le cas, la Haute autorité devra prendre contact avec l'agent de contrôle compétent pour connaître des suites données à la plainte et envisager conjointement les modalités d'une action pertinente<sup>4</sup>. En outre, quand l'inspection est saisie de faits de discrimination, elle peut, quand elle l'estime utile, transmettre une note à la HALDE rendant compte des informations collectées : la Haute autorité pourra alors décider de s'autosaisir. Cependant, dans certains cas, la HALDE et l'inspection du travail pourront réaliser des enquêtes conjointes<sup>5</sup>. Au vu des compétences des agents de l'inspection du travail, qui peuvent procéder à des visites inopinées (ce qui n'est pas le cas de la HALDE<sup>6</sup>), et compte

---

<sup>1</sup> Art. 8 de la loi portant création de la HALDE modifiée par l'art. 41-5° de la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances. Concernant les vérifications sur place au sein de locaux du Défenseur des droits prévues à l'art. 22 de la loi organique n° 2011-333, le décret n°2011-904 prévoit que le contrôle est réalisé sans accord préalable des intéressés qui en sont informés sur place (art. 4 et 6). Il précise que le juge des libertés et de la détention, saisi par le Défenseur lorsque le responsable des locaux a fait valoir son droit d'opposition, statue dans les 48 heures (Art. 7). Il énonce également les conditions d'appel et de cassation de l'ordonnance autorisant la visite ainsi que celles des recours contre le déroulement des opérations de visite, en précisant que ces recours n'ont pas d'effet suspensif (Art. 8 et 9). S'agissant des vérifications sur place au sein de locaux administratifs des personnes publiques, le décret crée un nouvel article R 557-2 au sein du code de justice administrative encadrant la procédure. Ainsi, en cas d'opposition, le Défenseur peut saisir le juge des référés, selon la procédure prévue à l'article 521-3 du Code de justice administrative (référé « *mesures utiles* »), qui statue dans un délai de 48 heures.

<sup>2</sup> LOISEAU G., « La Halde : quelle autorité ? », *Droit social*, n° 2, février 2009, p. 144.

<sup>3</sup> Circulaire interministérielle DPM/ACI n° 2007-12 du 5 janvier 2007 relative aux relations entre l'inspection du travail et la HALDE, NOR : SOCD0710632C, *BO de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement*, 30 avril 2007, n° 2007/4, texte 4/66, pp. 1-7.

<sup>4</sup> Afin de garantir la confidentialité absolue des plaintes reçues par l'inspection du travail, celle-ci transmettra les documents en occultant toute information permettant l'identification des plaignants et des témoins ayant reçu cette garantie. Si dans le cadre de ses pouvoirs d'investigations la HALDE décide de déléguer ses enquêteurs sur les lieux de travail, elle devra au préalable en informer l'autorité administrative géographiquement compétente.

<sup>5</sup> Point III-B-4. Néanmoins, les finalités de l'enquête commune devront être clarifiées en amont afin d'éviter toute divergence sur les suites à donner.

<sup>6</sup> On peut regretter que l'obligation de recueillir l'accord préalable des intéressés permette à ces derniers de faire disparaître les éventuelles preuves de discriminations et que l'investigation de la Haute Autorité puisse aussi

tenu de leur connaissance des entreprises de leur ressort, la Haute autorité pourrait demander à l'inspection du travail, qui est tenue de prêter une « *attention particulière* » à ses demandes d'intervention, de procéder à une enquête sur les faits dont elle est saisie<sup>1</sup>. Cette coopération pourrait donc pallier l'absence d'« un véritable corps d'inspecteurs autonomes chargés d'établir la réalité de la discrimination »<sup>2</sup> au sein de la HALDE, mais les moyens limités de l'inspection du travail et la multiplication de ses attributions ne peuvent que limiter sa disponibilité.

À l'occasion d'une réclamation individuelle, la HALDE peut enquêter quant à l'existence d'autres discriminations - et notamment de discriminations structurelles - dans l'organisation visée. Par exemple, la HALDE, saisie par un salarié noir d'une commune pour des problèmes de non nomination en qualité d'animateur territorial stagiaire, après la réussite au concours interne, et de notation administrative, a réalisé une enquête qui a permis de dévoiler d'autres discriminations : les deux agents noirs, les plus mal notés du service, avaient fait l'objet d'une plus grande sévérité dans leur évaluation que les autres agents et étaient les deux seuls agents à ne pas s'être vus proposer l'avancement de grade. Son enquête a ainsi permis de conclure à un traitement plus défavorable du réclamant ainsi que de l'autre salarié noir du service<sup>3</sup>.

---

compromettre l'effet de surprise d'une audition ou d'une perquisition éventuelle demandée par le procureur si la réclamation lui était transmise. La CNDS, elle, peut décider de procéder à une vérification sans préavis si elle estime que la présence des agents intéressés ou des personnes ayant autorité sur eux n'est pas nécessaire (art. 6 al. 2 de la loi n° 2000-494). Néanmoins, l'accord préalable semble une condition indispensable pour respecter les prescriptions de l'art. 8 de la Conv. EDH interprété comme incluant le droit au respect de son siège social et de ses locaux professionnels pour une personne morale (Cour EDH, 16 avril 2002, *Sté Colas c/ France*, n° 37971/97, JCP E 2003, p. 560, note J. Raynaud). Dans deux décisions du 6 novembre 2009, le Conseil d'État a affirmé qu'en raison de l'étendue des pouvoirs détenus par la CNIL, les contrôles opérés sur place ne devaient être réalisés que s'ils ont été « *préalablement autorisés par le juge* » ou si le responsable des lieux « a été préalablement informé de son droit de s'opposer au contrôle », ce que la loi n'avait initialement pas prévu (C.E., 6 novembre 2009, *Sté Inter confort*, n° 304300, *AJDA* 2010 p. 138). La CNIL a pris acte de ces décisions et précisé qu'elle saisirait les autorités afin d'envisager une modification de la loi (puisque ce devoir d'information imposé s'articule mal avec le délit d'entrave et un contrôle efficace). Pour préserver l'effet de surprise, la loi pourrait accorder à la CNIL la possibilité de se faire délivrer une autorisation du juge judiciaire préalablement à tout contrôle (Communiqué de la CNIL, « *Annulation de deux sanctions par le Conseil d'État : la CNIL prend acte et réaffirme son ambition en matière de contrôle sur place* », 2 décembre 2009). Le décret

<sup>1</sup> BURNIER F. (inspecteur du travail, coordinateur des enquêtes), *In* Conseil national du Barreau (CNB), *Les nouveaux pouvoirs de la HALDE et l'exercice des droits de la défense*, *op. cit.*, p. 30. Comme l'indique la circulaire instituant leur partenariat, les agents de la HALDE se tiendraient alors à la disposition de l'inspecteur concerné pour préparer le contrôle puis analyser les documents et informations recueillis qui leur sont transmis (Point III- B- 2-b de la Circulaire du 5 janvier 2007, *op. cit.*)

<sup>2</sup> « Discrimination », *Dictionnaire permanent Droit des étrangers*, mise à jour n° 29, décembre 2005, pp. 652-653.

<sup>3</sup> Délibération n° 2007-50 du 5 mars 2007. La HALDE a décidé de présenter ses observations devant le tribunal administratif saisi par le réclamant mais celui-ci a rejeté la requête (T.A. Cergy-Pontoise, 3 juin 2010, n° 0503861).

### C) Garanties procédurales et pouvoirs d'investigation de la HALDE

La HALDE ne constitue pas une juridiction et n'est pas directement dotée d'un pouvoir de sanction. En conséquence, l'obligation de prévoir des garanties à même de protéger le principe de la présomption d'innocence et le principe du contradictoire ne s'impose pas à elle. Néanmoins, son rôle ambivalent et la transmission au juge des résultats de ses investigations ont amené l'Autorité à s'entourer de précautions. En outre, de nouvelles garanties procédurales pourraient être exigées à l'instar de celles que son homologue britannique s'est vu imposer.

Si la HALDE ne dispose pas directement de pouvoir coercitif, les éléments qu'elle rassemble dans le cadre de son enquête peuvent être utilisés dans le cadre d'une procédure pénale. Ceci explique pourquoi la HALDE s'est imposé « un respect minimum des droits de la défense »<sup>1</sup> à travers son règlement des services adopté le 11 juin 2007<sup>2</sup>. Elle se donne ainsi l'obligation d'informer la personne mise en cause de l'existence et de l'objet de la réclamation, de porter à sa connaissance les éléments qui fondent une présomption de discrimination et de l'inviter à faire connaître ses observations sur les éléments de droit et de fait susceptibles de lui être opposés (art. 11 du règlement). Au regard d'une décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, de telles garanties sont suffisantes. La Cour estimait en effet en 2007 que le respect du contradictoire était respecté dans la mesure où la délibération de la HALDE avait été communiquée aux parties et fait l'objet d'un débat devant la Cour, quand bien même cette communication ne s'étendait pas aux éléments réunis au cours de l'instruction pour aboutir à la délibération<sup>3</sup>. À ce jour, les juges du fond ont récusé tout moyen relatif à une insuffisance prétendue des garanties procédurales au cours de l'investigation de la HALDE<sup>4</sup>.

Néanmoins, le débat subsiste quant à l'existence d'un degré de contradiction suffisant au cours de l'investigation de la HALDE, notamment eu égard à l'absence de communication

---

<sup>1</sup> LOISEAU G., « La HALDE : quelle autorité ? », *op. cit.*, p. 143.

<sup>2</sup> Délibération n° 2007-169 du 11 juin 2007.

<sup>3</sup> C.A. Aix, 9<sup>ème</sup> ch., sect. A, 8 mars 2007, *Dominique Moraël c/ SA Electricité de France*, n° 05-19756, *Liaisons sociales* ; *Bref. Social* n° 14866, 7 mai 2007. Elle souligne, cependant, que « pour que le contenu de l'audition de la HALDE soit efficient [...], il appartient à cet organisme de verser des pièces afin de conforter ses déclarations ; qu'en effet à défaut d'une telle communication les parties pourraient contester les éléments de cette audition ce qui la rendrait inefficace ».

<sup>4</sup> C.A. Paris, 26 mars 2008, n° 05/00312, *Les Petites Affiches*, 9 juillet 2008, note P. Henriot.

des pièces du dossier<sup>1</sup>. La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) considère qu'un document transmis à la HALDE dans le cadre de son instruction est temporairement exclu du droit à communication tant que la décision de l'Autorité n'est pas intervenue<sup>2</sup>. De même, quand la HALDE a rendu sa décision, la communication des documents n'est pas possible si ces documents font apparaître le comportement de personnes désignées et si la divulgation de ce comportement pourrait leur porter préjudice<sup>3</sup>. Pour autant, le procès en carence semble excessif car l'enquête de la HALDE en tant que telle est insusceptible de produire des effets contraignants en l'absence d'intervention du juge judiciaire<sup>4</sup>.

Pour instruire les plaintes reçues, la CRE anglaise dispose de pouvoirs d'investigation étendus similaires à ceux détenus par la HALDE<sup>5</sup>. Mais elle peut aussi, si elle le juge approprié ou si le gouvernement le lui demande, mener une enquête officielle dite générale, lorsqu'elle couvre un secteur d'activité ou une zone géographique, ou dite « spécifique » quand un organisme particulier est visé. Ce pouvoir est considéré comme « le joyau de la panoplie des outils d'application de la loi »<sup>6</sup> dont dispose la CRE car les enquêtes permettent de traiter des problèmes endémiques et structurels au sein d'organisations réticentes au changement.

Mais le pouvoir judiciaire est venu limiter les pouvoirs d'investigations de la CRE en interprétant le Race Relations Act (RRA) comme requérant plusieurs garanties procédurales pour les personnes faisant l'objet d'une enquête par la Commission. Alors que la CRE a l'obligation d'informer le mis en cause de ses investigations afin de lui offrir la possibilité de faire des observations écrites et orales (art. 49-4 du RRA), la Chambre des Lords considéra que la CRE avait procédé à une enquête plus large que celle annoncée. Cette décision de 1982

---

<sup>1</sup> La communication du dossier n'est pas non plus imposée au cours de la phase préparatoire du procès pénal. Conformément à la jurisprudence de la Cour EDH, c'est au cours de la phase décisive du procès que doit être respecté « le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toutes pièces ou observation soumises au juge » (Cour EDH, 14 févr. 2008, *Association Avenir d'Alet c/ France*, n° 13324/04, §28).

<sup>2</sup> CADA, délibération n° 20074639-PN du 6 décembre 2007.

<sup>3</sup> CADA, délibération n° 20074496-VA du 22 novembre 2007 (en l'espèce, il s'agissait d'une pétition signée par des collègues d'une salariée et d'un rapport d'audit interne). De manière plus générale, la CADA a rappelé qu'elle n'avait pas vocation à régir les transmissions de documents entre AAI et se déclare en conséquence incompétente pour traiter de la demande d'un maire qui s'était vu refuser par le président de la HALDE la copie d'un courrier par lequel une employée de la commune s'était plainte de discrimination (CADA, délibération n°20072089-PN du 24 mai 2007).

<sup>4</sup> Le tribunal de Béthune a ainsi débouté le mis en cause de sa demande de communication préalable de la copie de la saisine du réclamatant et ordonné à celui-ci communication à la HALDE des documents demandés (TGI Béthunes, 15 juillet 2009, n° 09-00188).

<sup>5</sup> BELORGEY J-M., *Lutter contre les discriminations*, *op. cit.*, pp. 31-32.

<sup>6</sup> RAZIA K., CRE, « Une stratégie juridique pour combiner et coordonner les divers outils disponibles », *in* Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *op. cit.*, p. 36.



a rendu plus difficiles les investigations de la CRE qui ne pouvaient débiter avant que celle-ci n'ait acquis la conviction raisonnable de l'existence d'une pratique discriminatoire : de ce fait, elle ne pouvait alors enquêter que sur cette pratique et non plus sur d'autres pratiques discriminatoires qui lui seraient liées<sup>1</sup>. Puis en 1984, la Chambre des Lords annula une recommandation de la CRE au motif que celle-ci n'avait pas permis à l'entreprise de présenter ses observations avant que son enquête officielle ne débute<sup>2</sup>. Après cette décision, la CRE n'eut plus la possibilité d'enquêter sur des entreprises ou les institutions publiques sans avoir la conviction concrète que l'organisation en question a commis des actes discriminatoires, les investigations n'étant autorisées que pour étayer une accusation déjà relativement précise<sup>3</sup>. La HALDE pourrait-elle faire face à des restrictions similaires de son pouvoir d'auto-saisine<sup>4</sup>, ce qui viendrait fâcheusement limiter l'impact de ses pouvoirs d'enquête ? Si cette faculté n'apparaît pas contraire à l'art. 6 de la Conv. EDH, elle doit néanmoins être entourée de précautions<sup>5</sup>. Surtout, nous verrons que certaines décisions de la HALDE pourraient être considérées comme faisant grief (recommandation rendue publique) ou se rapprochant d'une sanction pénale (transaction pénale).

L'allègement du fardeau probatoire qui pèse sur le réclamant constituant l'un des objectifs initiaux de la HALDE, celle-ci a été dotée d'importants pouvoirs d'investigation qu'elle peut mobiliser pour « rassembler des éléments de preuve suffisamment étayés pour être produits devant le juge »<sup>6</sup>. En concourant ainsi à un processus juridictionnel dont elle ne maîtrise pas l'issue, la HALDE constitue, comme les services de police judiciaire, « un service d'enquête spécialisé »<sup>7</sup>. Mais, pour constituer un auxiliaire de justice efficace, encore faut-il que les dossiers qu'elle choisit de transmettre au juge soient solides<sup>8</sup>. Et, dans les cas où le parquet l'autorise à mener son enquête sur des affaires dont il est déjà saisi, il faudrait,

---

<sup>1</sup> House of Lords (H.L.), *Hillingdon London Borough Council v. CRE*, 1982, A.C. 779, 781.

<sup>2</sup> H.L., *R. v. CRE ex parte prestige Group PLC*, 1984, I.R.C. 473.

<sup>3</sup> SUK J. C-H, « Antidiscrimination law in the administrative state », *op. cit.*, p. 462.

<sup>4</sup> Par exemple, la HALDE s'est autosaisie d'un problème dont elle a eu connaissance par voie de presse concernant le contenu d'un manuel destiné aux agents commerciaux d'une société de location de logement (délibération n°2005-101 du 23 janvier 2005, in HALDE, *Rapport annuel 2005*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>5</sup> Cour EDH, 5e Sect. 11 juin 2009, n° 5242/04, *Dubus S. A. c. France*. La Cour estime que « la faculté d'autosaisine de la Commission bancaire » est compatible avec la Convention même si « elle croit nécessaire d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office de manière à ce que soit effacée l'impression que la culpabilité de la requérante a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure » (§ 60). Le juge français avait émis une jurisprudence similaire concernant la CNIL (C.E., 19 février 2008, n° 311974).

<sup>6</sup> Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, au nom de la Commission de lois, AN, n° 1827, *op. cit.*, p. 26.

<sup>7</sup> AMEGADJIE F. (direction juridique de la HALDE, service pénal), « La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux », *AJ Pénal*, n° 7/8, juillet-août 2008, pp. 306 et 309.

<sup>8</sup> Le principe de confidentialité peut amener la HALDE à ne pas transmettre au parquet et au juge l'ensemble des pièces rassemblées toutefois, si le juge l'exige, il y aura accès.

comme le soulignait le substitut du procureur François Cordier, s'assurer de la « cohérence des investigations menées parallèlement par la HALDE et le parquet »<sup>1</sup>.

Pour ce faire, il apparaît nécessaire que la Haute autorité et les magistrats mettent en commun leurs expériences concernant la construction méthodologique de leurs approches de la preuve<sup>2</sup>. Cette nécessité d'une articulation étroite entre services juridiques de l'Autorité et parquets s'impose d'autant plus que la HALDE permet de centraliser les « plaintes » pour discrimination et de procéder éventuellement à des recoupements s'agissant des grandes organisations<sup>3</sup>. En définitive, s'agissant du juge civil et notamment prud'homal vers lequel la HALDE peut orienter la victime, l'Autorité pourrait constituer un bon « pourvoyeur » d'affaires en « faisant la courte échelle probatoire au salarié demandeur »<sup>4</sup> via ses pouvoirs d'investigation et son application de l'aménagement de la preuve. À terme, les qualités d'expertise réunies au sein de la haute autorité, tant par le biais de la composition du collège et des services que par l'expérience accumulée, permettront sans doute une recherche plus fine des indices de discriminations qui sera très utile au juge. Mais cette dynamique dépendra très largement de la volonté des acteurs d'instrumentaliser la HALDE en ce sens, de sa volonté d'utiliser ses pouvoirs a maxima et des moyens dont elle disposera pour ce faire.

## **Section 2- L'utilisation de mécanismes de régulation non juridictionnels**

Les pouvoirs d'enquête de la HALDE semblent seulement mobilisés à l'appui des réclamations qui apparaissent dès leur réception pertinentes et étayées. Ainsi, sur les 10.734 dossiers présentés comme clos en 2009, seulement 1.732 réclamations avaient fait l'objet d'un traitement réel<sup>5</sup>. Parmi les réclamations, une très grande majorité de dossiers, pour lesquels les services estiment que la discrimination n'a pu être établie, sont ainsi clos avant présentation au collège<sup>6</sup>. À l'issue des investigations qui sont rarement très étendues, le collège adopte des

---

<sup>1</sup> CORDIER F., Substitut du procureur au TGI de Paris, in D. Borillo (dir.), *HALDE : actions, limites et enjeux*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>3</sup> MARTINELLI D., alors substitut du procureur au TGI de Toulon, in D. Borillo (dir.), *HALDE : actions, limites et enjeux*, *op. cit.*, pp.56-57.

<sup>4</sup> QUETANT G-P, « La HALDE, 'bonne amie' du salarié demandeur devant le conseil de prud'hommes », *op. cit.*, p. 4.

<sup>5</sup> Le rapport annuel évoque de manière quelque peu inconséquente une « instruction approfondie ». In HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 19

<sup>6</sup> On pourrait alors se demander si une saisine de la HALDE sur des faits non étayés exposerait le réclamant à une plainte pour dénonciation calomnieuse (cf. art. 226-10 CP pour les dénonciations adressées à une autorité

mesures dans le cadre de ses délibérations. Finalement, seulement 3,6% des réclamations reçues par la HALDE donnent lieu à des mesures votées par le collège (soit 392 dossiers pour 2009)<sup>1</sup>.

L'art. 13 de la directive 2000/43 n'a pas obligé les États à créer des agences quasi-juridictionnelles : la structure doit faciliter l'engagement de la procédure judiciaire pour la victime sans nécessairement opérer de conciliation ou engager directement de plainte. Le législateur français a donc choisi de doter la structure de la HALDE de prérogatives plus importantes qu'il n'était rendu obligatoire par le processus de transposition. Sans préjuger de l'éventuelle saisine ultérieure des juridictions, la Haute Autorité peut régler elle-même le problème posé par la discrimination alléguée par voie de recommandation ou au moyen d'une médiation. La solution peut aussi consister en un rappel à la loi du président de la HALDE<sup>2</sup> ou du collège<sup>3</sup>. Ces mesures de régulation qui relèvent de la pédagogie sont tout à fait classiques pour une AAI<sup>4</sup>. Elles peuvent notamment s'appliquer pour les cas où la sanction du juge ne serait pas intervenue. En effet, la compétence de la HALDE est plus large que celle du juge dans la mesure où elle peut connaître toutes les discriminations prohibées par le droit français mais aussi par tout engagement international dont la France serait partie (art. 19 de la loi du 30 décembre 2004). De plus, elle est susceptible d'intervenir sur le fondement de son pouvoir d'auto-saisine. Elle peut donc être sollicitée pour des affaires dont le juge ne peut pas ou plus avoir connaissance pour différentes raisons : délais de prescription forclos<sup>5</sup>, recours n'ayant aucune chance d'aboutir devant le juge parce que la situation dont se plaint le réclamant est conforme à la loi<sup>6</sup> ou absence de preuve<sup>7</sup>. Ainsi, les parquets qui ne donneraient pas suite à

---

« ayant le pouvoir de donner suite à l'affaire »). De telles conséquences risqueraient alors d'avoir un effet dissuasif sur les réclamants.

<sup>1</sup> HALDE, *Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 19. Ce chiffre était de 278 en 2008 (*Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 16).

<sup>2</sup> En application de la délibération n° 2007-169 du 11 juin 2007 qui fixe le règlement des services, le président, à l'issue de l'enquête, peut procéder à un rappel à la loi. En 2009, la HALDE indique que 24 dossiers ont été traités de la sorte (*Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 19).

<sup>3</sup> Le nombre de rappels à la loi votés par le collège après instruction des réclamations est en baisse. 42 rappels à la loi en 2006 contre 24 en 2007, 18 en 2008 et 14 en 2009 (*in HALDE, Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 21).

<sup>4</sup> Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, au nom de la Commission de lois, A.N., n°1827, *op. cit.*, p. 28.

<sup>5</sup> HALDE, délibération n° 2006-159 du 3 juillet 2006 (médiation proposée pour une absence d'évolution de carrière fondée sur l'origine antérieure à 1998).

<sup>6</sup> Une convention collective prévoyait en cas de mariage un nombre de jours de congés supérieur à celui prévu par la loi sans envisager l'extension de cet avantage au cas de conclusion de PACS. La HALDE a estimé qu'il s'agissait d'une discrimination fondée sur la situation de famille et a émis une recommandation pour une modification de la convention dans sa délibération n° 2007-366 du 11 février 2008.

<sup>7</sup> Pour exemple, la HALDE avait été saisie par une lycéenne qui se plaignait d'avoir subi des remarques vexatoires et injurieuses dans le cadre de son stage en entreprise. Deux anciennes salariées avaient oralement confirmé les propos de la réclamante et relevé que ce harcèlement était directement lié aux origines de la

une plainte pour discrimination peuvent décider d'informer la HALDE de faits non susceptibles de recevoir une qualification pénale mais qui entrent dans son champ de compétence<sup>1</sup> et peuvent être l'objet des solutions alternatives de la HALDE.

Les solutions négociées, principalement la médiation (A) et la recommandation (B), peuvent donc constituer des solutions complémentaires à l'action judiciaire pour autant que ces solutions ne soient pas imposées aux victimes pour des faits relevant de la compétence du juge. La HALDE doit en effet aider la victime à identifier les procédures adaptées à son cas (art. 7 de la loi du 30 décembre 2004) et le discours et l'orientation qu'elle présentera à la victime auront vraisemblablement un impact majeur sur les réclamants, du moins ceux dénués d'une connaissance du droit de la non-discrimination et de l'appui d'un conseil ou d'une association.

### **§1) Le pouvoir de médiation**

La médiation peut être définie comme un mode de résolution des conflits dans lequel les parties adverses sont mises en présence sous la "surveillance" d'un tiers neutre<sup>2</sup>. Elle marque la foi en l'éthique communicationnelle chère à Habermas : la règle sera légitime et inter-subjectivement partagée car elle aura été élaborée dans le cadre d'une participation au débat de toute personne concernée dénuée de toute coercition et pour la recherche d'une solution commune<sup>3</sup>. La légitimité provient donc ici du mode d'élaboration de la règle plutôt que de son contenu. La promotion de la médiation est aussi motivée par la volonté de créer un contrôle social basé sur la restauration de l'équilibre perturbé par le fait discriminatoire (au cœur du concept de régulation) plutôt que sur la punition du coupable. La médiation incarne la voie d'excellence pour inciter les parties à résoudre leur différend à l'amiable. Elle est

---

stagiaire mais, en l'absence d'autres éléments et de leurs témoignages écrits, aucune preuve n'était disponible pour un éventuel recours judiciaire accessible. La HALDE a donc décidé de procéder à un rappel à la loi pour l'entreprise (délibération n°2008-103 du 19 mai 2008). Néanmoins, la délibération de la HALDE laisse à penser que les investigations propres de la Haute autorité ont, en l'espèce, été inexistantes.

<sup>1</sup> Point 2 de la Circulaire de la direction des affaires criminelles du 3 octobre 2005, *op. cit.*

<sup>2</sup> Comme dans la conciliation, le médiateur apporte les informations et clarifie ce qui pose problème mais, contrairement au conciliateur, il donne aussi son point de vue sur les forces et faiblesses du cas traité et recommande un accord. Médiation et conciliation peuvent donc être distinguées selon le degré d'initiative du tiers. Néanmoins selon les pays, les définitions de la « médiation » et de la « conciliation » varient. (V. STERNLIGHT J., « In Search of the Best Procedure for Enforcing Employment Discrimination Laws: a Comparative Analysis », *Tulane Law Review*, vol. 78, mai 2004, p. 1406). La médiation se distingue aussi de l'arbitrage : le tiers ne peut imposer sa solution comme obligatoire (Rapport de M. J-R Lecerf, au nom de la commission des lois, Sénat, n°35, annexe au P-V de la séance du 17 novembre 2004, p. 46).

<sup>3</sup> BOURETZ P., « Droit et communication : Jürgen Habermas », in *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991, pp. 168 et s.

« thérapeutique » en ce qu'elle permet à la victime d'exprimer son vécu traumatisant et ses souffrances endurées du fait de la discrimination et « pédagogique » pour le mis en cause qui évite ainsi la stigmatisation du procès.

La voie de la répression ne semblait pas avoir été privilégiée au moment de la création du dispositif 114/CODAC : l'ambition était d'œuvrer à une « nouvelle régulation sociale » fondée sur une responsabilisation renforcée des acteurs<sup>1</sup>. Les CODAC, avant la HALDE, s'étaient donc déjà engagées dans des processus de médiation. L'art. 7-1 de la Directive 2000/43 précisait quant à elle que les États membres devaient veiller « à établir des procédures judiciaires et/ou administratives, y compris, lorsqu'ils l'estiment approprié, des procédures de conciliation ». La CNCDH avait estimé en 2003 que la future Autorité devrait pouvoir procéder à des médiations conformément aux prérogatives détenues par les organismes étrangers de référence<sup>2</sup>. En effet, à sa création en 1964, l'EEOC américaine devait, pour les cas où ses investigations révélaient une discrimination, encourager les parties à conclure un accord amiable : si la tentative de conciliation échouait, le réclamant avait alors la possibilité de saisir seul la justice pour obtenir réparation<sup>3</sup>. De même, la commission québécoise doit d'abord tenter de favoriser un règlement du litige entre les parties et offrir ainsi ses services de médiation aux différentes étapes de l'enquête<sup>4</sup>. Enfin, en Grande-Bretagne, la CRE encourageait l'utilisation des mécanismes alternatifs de résolution des litiges tels que la médiation<sup>5</sup>. Comme ses homologues donc, la HALDE « peut » inviter la victime à s'engager dans une résolution à l'amiable par voie de médiation selon l'art. 7 de la

---

<sup>1</sup> GELD, « Bilan critique de deux années de fonctionnement du dispositif 114-CODAC », *op. cit.*, p. 148.

<sup>2</sup> Note n° 2 sur le Projet de création d'une autorité administrative indépendante de lutte contre les discriminations, 29 juillet 2003.

<sup>3</sup> STERNLIGHT J., *op. cit.*, p. 1413. Quand l'EEOC n'identifiait aucune discrimination, elle classait la réclamation, laissant au réclamant la possibilité d'opter pour un recours judiciaire.

<sup>4</sup> MAROIS P., « L'action de la commission québécoise dans la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 171. La Commission canadienne des droits de la personne privilégie aussi le recours à la médiation pour le traitement des plaintes individuelles afin de réparer le préjudice subi et d'éliminer les pratiques discriminatoires quand une politique est en cause. Les plaintes sont entendues par le Tribunal des droits de la personne si la médiation n'aboutit pas.

<sup>5</sup> Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *L'application stratégique du droit et les directives d'égalité de traitement de la CE*, *op. cit.*, p. 35

loi de 2004<sup>1</sup>. Un tel pouvoir est souvent confié aux AAI chargées de concourir au règlement des litiges<sup>2</sup>.

La HALDE fixe la durée de la médiation qui ne peut excéder trois mois. Le médiateur désigné convoque les parties et peut, avec leur accord, entendre les tiers qui y consentent<sup>3</sup>. Cette médiation n'est pas directement organisée par la HALDE afin de séparer la fonction d'instruction de celle de la médiation et éviter tout conflits d'intérêts (car si la médiation échoue, la HALDE doit préserver sa liberté d'intervention devant les tribunaux). Financée par la HALDE, elle est donc confiée à un membre du réseau de médiateurs qui aura bénéficié d'une formation spécifique afin « de formaliser la médiation en matière de discrimination et d'assurer une homogénéité du service offert par la HALDE »<sup>4</sup>. Le procès verbal de médiation fait la loi des parties<sup>5</sup>. Si l'accord ne se fait pas, le salarié ne pourra s'en prévaloir devant le juge : la confidentialité étant le principe, les constatations et déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être produites ou invoquées ultérieurement devant les juridictions sans l'accord des personnes intéressées (art. 7-3 de la loi du 30 décembre 2004).

Dans le cadre de la médiation, l'appréciation des faits sera réalisée à l'aune de l'aménagement de la preuve<sup>6</sup>. L'étude des rapports d'activité de la HALDE montre que la médiation est régulièrement utilisée<sup>7</sup> mais celle-ci n'aboutit pas toujours à un accord entre les parties : pour les 49 médiations proposées en 2007, seules 30 sont considérées par la HALDE

---

<sup>1</sup> L'art. 6 du Projet de loi portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité indiquait que la HALDE « favorise » la résolution à l'amiable. La CNDH considère dans son avis du 17 juin 2004 que ce terme « laisse transparaître un abandon de la possibilité de saisine des juridictions » et a demandé une reformulation similaire à celle qui existe aujourd'hui. Cette rédaction a ainsi été abandonnée (Rapport de M. J-R Lecerf, au nom de la commission des lois, Sénat, n°35, annexe au PV de la séance du 17 novembre 2004, p. 47).

<sup>2</sup> Pour un exemple, voir l'art. 3 de la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant le Défenseur des enfants.

<sup>3</sup> Art. 28 du décret du 4 mars 2005.

<sup>4</sup> HALDE, *Rapport annuel 2007, op.cit.*, p. 26. Elle peut être notamment réalisée par des avocats formés spécifiquement aux questions de discriminations dans le cadre de la convention de partenariat du 12 janvier 2006 qui lie la HALDE et le Conseil National des Barreaux (Convention CNB entre la HALDE et le Conseil national des barreaux du 12 janvier 2006, *In HALDE, Rapport annuel 2005, op. cit.*, pp. 95-98).

<sup>5</sup> GRUMBACH T., *in* « La HALDE monte en puissance », *Semaine sociale Lamy*, n° 131, 23 juil. 2007, p. 13. La Cour de cassation estime que le juge n'est pas tenu d'homologuer l'accord soumis aux parties mais devra vérifier que l'accord préserve bien les droits de chacune d'elles (Cass. soc., 18 juillet 2001, n° 99-45534, *Bull. civ. V*, n°279, p. 224).

<sup>6</sup> Faute d'éléments objectifs justifiant la différence de traitement, la HALDE constate une discrimination « raciale » à l'embauche, telle que définie par l'aménagement de la preuve qui prévaut. Avec l'accord des parties, elle organise dans le cadre d'une réclamation pour discrimination à l'embauche une médiation qui « pourra porter, notamment, sur les moyens de considérer à nouveau la candidature du réclamant dans le cadre d'une procédure garantissant un traitement objectif et étranger à toute discrimination » (Délibération n° 2006-184 du 18 septembre 2006).

<sup>7</sup> 33 médiations ont été proposées en 2006, 49 en 2007, 42 en 2008, 19 en 2009 et 2010 (HALDE, *Rapport annuel 2010, op. cit.*, p. 29).

comme des succès<sup>1</sup>. L'accord de médiation peut prévoir, en sus du versement d'indemnités réparatrices au bénéfice de la victime, la présentation d'excuses que le juge ne saurait imposer. Il est aussi permis d'imaginer « une réparation allant au-delà de la sanction financière »<sup>2</sup> dans le cadre de la médiation.

Comme on l'a vu, la médiation peut constituer un outil de résolution des conflits pertinent surtout quand les voies juridictionnelles sont bouchées. Cette configuration a notamment trouvé une illustration en 2006 : constatant que la réclamation d'un agent public d'une université était fondée mais que les délais de recours contentieux étaient forclos, la HALDE a proposé une médiation aux parties qui l'ont acceptée<sup>3</sup>. Cette voie s'impose quand la victime elle-même marque sa volonté de ne pas recourir à la justice<sup>4</sup>, et elle est appropriée quand il existe entre le contrevenant et sa victime une relation permanente qu'il s'agit de préserver<sup>5</sup>. Ainsi, la HALDE précisait que plus du tiers des 42 médiations proposées en 2008 avaient concerné le maintien dans l'emploi et l'aménagement de poste en lien avec la santé et le handicap<sup>6</sup>. Pour exemple, la HALDE a ordonné une médiation dans une affaire où la victime souhaitait renouer le dialogue avec son employeur condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse par jugement prud'homal<sup>7</sup>. De même, elle a proposé une médiation pour un réclamant d'origine maghrébine qui contestait son absence d'évolution de carrière et son licenciement et souhaitait avant tout rétablir le dialogue avec son employeur en vue d'une bonne réintégration<sup>8</sup>.

La médiation présente aussi le mérite, par rapport aux procédures juridictionnelles, de se concentrer non seulement sur les aspects légaux de la discrimination mais aussi sur les problèmes plus personnels et d'être une procédure efficace en apportant une réponse amiable et précoce<sup>9</sup>. Ainsi, un réclamant d'origine maghrébine qui s'était vu refuser un poste pour

---

<sup>1</sup> HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>2</sup> FERRAND Luc, Directeur juridique de la HALDE à l'époque, in « Lutte pour l'égalité : contre les discriminations, médiation ou procès », *Le Monde*, 11 janvier 2008.

<sup>3</sup> Délibération n° 2006-102 du 3 juillet 2006.

<sup>4</sup> Délibération n° 2008-209 du 29 septembre 2008 (accès d'une association sportive franco-turque à des équipements municipaux).

<sup>5</sup> « Déjudiciarisation et médiation. Résolutions », *Revue internationale de droit pénal*, n°3-4, 1985, p. 517.

<sup>6</sup> HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>7</sup> Délibération n° 2006-165 du 3 juillet 2006.

<sup>8</sup> Délibération n° 2006-189 du 18 septembre 2006. La HALDE veillera par la suite à l'exécution des mesures décidées dans le cadre de la médiation. Reste à savoir si, en cas d'échec, celle-ci transmettrait le dossier au parquet ou orienterait la victime vers le juge prud'homal en proposant ses observations. En effet, le licenciement du réclamant, seul salarié d'origine maghrébine, était intervenu sur pression de collègues alors que le salarié n'avait auparavant reçu aucune sanction ni fait l'objet de remarques défavorables, ce qui permettait à la HALDE de conclure à une pratique discriminatoire.

<sup>9</sup> STERNLIGHT J., *op. cit.*, p. 1418.

inaptitude, alors qu'aucun avis médical ne reconnaissait une telle inaptitude, a pu, grâce à une médiation, obtenir qu'un nouvel avis médical soit réalisé. Celui-ci ayant été positif, le réclamant a finalement été embauché par la mairie<sup>1</sup>.

De plus, les parties peuvent aussi à tout moment décider de conclure un accord privé de résolution du conflit<sup>2</sup>. Ainsi, au cours de la phase d'instruction de la HALDE, les règlements à l'amiable entre les parties sont fréquents. La multiplication de ces accords vient ainsi confirmer la montée en puissance et « la reconnaissance du rôle régulateur de la HALDE et son autorité »<sup>3</sup>. Néanmoins, il faut souligner avec Jacques Chevallier que ces accords se négocient entre les parties indépendamment de la HALDE, « il n'est pas certain que les victimes de discrimination, placées en situation de vulnérabilité (à moins d'être assistées par des associations) y gagnent »<sup>4</sup>. À côté de ces règlements négociés, la HALDE connaît un autre mode de résolution douce des réclamations, celui des recommandations, qui lui permet de proposer un modèle normatif afin d'orienter les conduites.

## §2) Le pouvoir de recommandation

La rédaction de l'art. 11 de la loi du 30 décembre 2004 définit un pouvoir de recommandation qui laisse à la HALDE « une grande latitude »<sup>5</sup> : tout fait ou pratique discriminatoire est susceptible de faire l'objet d'une recommandation et les destinataires de ces recommandations ne sont pas limitativement indiqués<sup>6</sup>. La recommandation qui est, une « invitation à agir dans un sens déterminé »<sup>7</sup>, un conseil appuyé, éclairé par la connaissance

---

<sup>1</sup> Délibération n° 2007-7 du 5 février 2007.

<sup>2</sup> Aux États-Unis, les parties peuvent signer un accord, par lequel elles s'engagent à avoir recours en cas de conflit à un arbitre neutre privé et non pas à la justice. De telles dispositions peuvent même figurer dans les contrats de travail des employés. Ces interdictions contractuelles de recourir à la justice se sont développées pendant les années 1990 et sont reconnues comme légales par la Cour suprême (C.S., *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 US 20, 23 [1991]). Néanmoins, de telles clauses ne peuvent empêcher l'EEOC de porter le litige devant les juridictions au nom des employés concernés. In STERNLIGHT J., *op. cit.*, pp. 1424-1429.

<sup>3</sup> HALDE, *Rapport annuel 2006, op. cit.*, p. 13. Sur les dossiers traités en 2009, 177 sont présentés comme ayant fait l'objet d'accords à l'amiable au cours de l'instruction (*Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 20). Pour exemple, voir délibération n°2010-160 du 5 juillet 2010 relative à un refus de mobilité interne en raison de l'origine du réclamant (malgré un témoignage probant, le salarié n'a pas souhaité entamer de poursuites pénales et a finalement vu sa demande de mobilité acceptée suite à l'enquête de la HALDE).

<sup>4</sup> In D. Borillo (dir.), *HALDE : actions, limites et enjeux, op. cit.*, p. 53.

<sup>5</sup> FERRAND L., directeur juridique, « La loi a doté la HALDE d'une procédure efficace et équilibrée », *Petites affiches*, 27 juillet 2006, n°149, p. 3.

<sup>6</sup> Art. 11 de la loi du 30 décembre 2004 : « la haute autorité peut formuler des recommandations tendant à remédier à tout fait ou à toute pratique qu'elle estime être discriminatoire, ou à en prévenir le renouvellement ».

<sup>7</sup> « Recommandation » in CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 771.



du droit et des pratiques, relève des « actions administratives informelles »<sup>1</sup> classiques des AAI dans leur fonction d'orientation des conduites. Les AAI utilisent en effet cet instrument extra-juridique de persuasion pour susciter un retour à la norme. Dépourvue de toute force obligatoire, la recommandation mise donc sur la bonne volonté des destinataires. Ceci justifie que cet instrument soit souvent accompagné de l'obligation pour ses destinataires d'avoir à rendre compte des suites qu'on lui aura données dans un délai fixé par l'Autorité.

La recommandation, qui illustre la fonction régulatrice de la HALDE<sup>2</sup>, se trouve à l'intersection des missions réparatrice et préventive de cette institution : à la suite d'une réclamation ou d'une éventuelle auto-saisine qui donne lieu à l'identification de discriminations, la Haute autorité recommande diverses mesures à l'impact individuel et/ou collectif qui permettront de mettre fin aux discriminations et d'en prévenir le renouvellement (modification des pratiques de l'organisation en cause, mise en œuvre d'un programme de formation...). De même, l'art. 15-4 de la loi du 30 décembre 2004 dote la HALDE d'un pouvoir de recommandation ou d'avis pour toute modification réglementaire ou législative lorsque des dispositions discriminatoires sont identifiées ou des carences mises à jour dans le cadre du traitement d'une réclamation. L'intervention de la HALDE peut susciter la modification d'un texte problématique en amont de sa promulgation, ce qui peut éviter le développement d'un contentieux<sup>3</sup>. De ce point de vue, l'action préventive de l'Autorité est complémentaire de celle du juge qui, lui, reste cantonné à la résolution du litige individuel qui lui est soumis et qui ne peut intervenir sur les textes qu'en aval. De plus, comme dans le cas de la médiation, les recommandations de la HALDE ont le mérite d'apporter une solution concrète aux victimes et pourront intervenir dans des cas où le juge n'aurait pas été compétent ou dans les cas d'absence de preuve d'une discrimination caractérisée (A). Cette voie peut se révéler particulièrement efficace lorsque les recommandations ont un effet levier en favorisant l'impact collectif de l'intervention de la HALDE (B).

#### A) Des solutions concrètes pour les victimes

Par la voie de la recommandation, la HALDE élabore parfois des solutions que le juge ne pourrait apporter aux réclamants.

---

<sup>1</sup> GAUDEMET Y., « Actions administratives informelles », *RIDC*, 1994, n° 2, p. 645.

<sup>2</sup> CHEVALLIER J. in D. Borillo (dir.), *HALDE : actions, limites et enjeux*, op. cit., p. 53

<sup>3</sup> Voir pour exemple la délibération n°2008-64 du 17 mars 2008 par laquelle la HALDE délivre un avis et demande à être entendue dans le cadre du projet de réforme de la prescription civile.

### *1. Des recommandations pour les discriminations qui échappent aux juges*

Par le biais de ses recommandations, la HALDE diffuse le droit antidiscriminatoire auprès des organisations<sup>1</sup> et apporte une solution aux cas de discrimination non prévus par la législation française ou pour lesquels la preuve de la discrimination ne serait pas établie de manière suffisamment convaincante aux yeux du juge. Ainsi, le collège de la HALDE, saisi d'une réclamation sur des assertions relatives à l'origine figurant dans un rapport d'enquête sociale transmis au juge pour les besoins d'une procédure de divorce, a - par voie de recommandation - porté les faits à la connaissance de l'Assemblée des départements de France et a incité à des actions de prévention, alors même que les propos mis en cause ne constituaient pas une incitation à la discrimination<sup>2</sup>. Dans une autre affaire, les investigations de la HALDE ayant révélé que le refus de logement social par la commission d'attribution pouvait constituer une discrimination fondée sur l'origine, elle a recommandé le réexamen en urgence du dossier<sup>3</sup>.

L'Autorité peut aussi intervenir par voie de recommandation après un jugement négatif. Ainsi, alors que le tribunal administratif de Melun avait rejeté en 2000 un recours pour un harcèlement, la HALDE a entamé une enquête sur la situation du salarié et conclu à l'existence d'un harcèlement non dépourvu de lien avec l'origine du réclamant. En conséquence, elle a recommandé que soit proposé au réclamant des postes actuellement vacants correspondant à ses compétences et exigé une réponse satisfaisante dans un délai de 3 mois (faute de quoi elle annonce qu'elle rendra publique sa position)<sup>4</sup>.

De plus, la HALDE peut emprunter la voie de la recommandation pour des réclamations pour lesquelles elle ne constate aucune discrimination précise mais une pratique ou un environnement douteux ouvrant la voie à la discrimination « raciale ». Ainsi, sollicitée au sujet de la rubrique « nationalité » renseignée par la mention « Afrique noire » figurant sur le récépissé d'inscription scolaire de son enfant à l'école maternelle, la HALDE avait constaté que la mention, certes susceptible de donner lieu à des décisions discriminatoires, n'avait eu

---

<sup>1</sup> Délibération n° 2006-2234 du 23 octobre 2006. La HALDE recommande au ministre de la Fonction publique d'adresser aux agents une instruction appelant leur attention sur les conséquences d'un refus d'accès en raison de l'origine aux documents administratifs communicables de plein droit.

<sup>2</sup> Délibération n° 2006-82 du 22 mai 2006.

<sup>3</sup> Délibération n°2006-167 du 3 juillet 2006. D'autres propositions ont été faites depuis au candidat locataire qui n'y a pas donné suite en raison du trop grand éloignement du logement en question par rapport à son lieu actuel de résidence : la HALDE a donc décidé de relancer le bailleur (HALDE, *Rapport annuel 2006, op. cit.*, p. 33).

<sup>4</sup> Délibération n° 2006-185 du 18 septembre 2006.

aucune conséquence pour l'affectation des enfants au sein des groupes scolaires. Néanmoins, la HALDE a adressé une recommandation à la ville qui a décidé de supprimer toute mention relative à la nationalité dans les dossiers<sup>1</sup>. De même, l'autorité saisie par une comédienne métisse écartée d'une session de doublage n'a pas identifié en l'espèce de discrimination à l'embauche fondée sur l'origine mais son enquête a révélé des préjugés porteurs de discriminations dans le secteur de la postsynchronisation. Dans sa recommandation, elle rappelle que le choix d'un comédien-doubleur doit se faire en fonction de la qualité de sa voix et de sa compétence, et non en raison de sa couleur de peau ou de son origine, et elle demande aux organisations professionnelles concernées de diffuser une information sur le principe de non-discrimination et de mettre en œuvre des actions de formation pour les directeurs de plateau<sup>2</sup>.

## 2. *La résolution concrète de discriminations institutionnelles*

Dans certaines affaires susceptibles d'être présentées au juge, l'intervention rapide de la HALDE permet d'apporter une solution concrète satisfaisante pour les victimes de discrimination<sup>3</sup> tout en invitant à une modification substantielle des pratiques. À cet égard, l'expertise de l'autorité est régulièrement sollicitée par les associations confrontées à des discriminations émanant de l'administration. Ainsi, la HALDE a adressé une recommandation efficace aux services fiscaux des Bouches-du-Rhône par laquelle elle les invite d'une part, à diffuser de nouvelles instructions en vue du réexamen des dossiers des contribuables logeant dans des hôtels meublés et radiés des fichiers informatiques, d'autre part, à mettre en œuvre des enquêtes individuelles, approfondies et contradictoires avant toute décision de radiation. En vertu des instructions du Ministre de l'Economie et des Finances informé, 160 contribuables ont alors été réintégrés dans les fichiers et ont ainsi pu bénéficier de leur retraite<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Délibération n° 2008-128.

<sup>2</sup> Délibération n° 2008-268 du 15 décembre 2008. La HALDE met en lumière les préjugés selon lesquels le comédien blanc aurait une voix universelle tandis que le comédien noir ne pourrait doubler que des acteurs noirs. Pour les suites, voir *Rapport annuel 2009, op. cit.*, pp. 22-23. V. aussi DEDIEU J-P, « L'impérialisme de la voix : théâtre français en Afrique et comédiens africains en France », in Patrick Weil et Stéphane Dufoix (dir.), *L'Esclavage, la colonisation, et après...*, Paris, PUF, 2005, pp. 323-353.

<sup>3</sup> HALDE, délibération n° 2006-19 du 6 février 2006 : l'enquête de la HALDE montre que la suspicion de polygamie, qui avait entraîné le refus d'attribution de logement social, est infondée et relève d'une extrapolation en fonction des origines du demandeur. La HALDE recommande donc un réexamen du dossier dans les plus brefs délais et demande à être tenue informée des suites données.

<sup>4</sup> HALDE, *Rapport annuel 2006, op. cit.*, pp. 26-27. Les personnes concernées étaient des immigrés.

Dans une autre affaire, la HALDE était saisie par le Collectif de défense des travailleurs étrangers dans l'agriculture de la situation de travailleurs étrangers saisonniers de longue durée employés dans les Bouches-du-Rhône. Constatant un détournement de l'objet des contrats saisonniers dits « OMI » qui maintenait ces travailleurs marocains sous un statut juridique très défavorable, elle recommanda au ministre concerné de réexaminer la situation des 19 dossiers individuels transmis à la HALDE en vue de la délivrance d'un titre de séjour<sup>1</sup>. Concernant le domaine de l'éducation, à la suite d'une recommandation efficace de la HALDE, le service des concours des grandes écoles vétérinaires a décidé de financer une transmission des copies des candidats d'outre-mer plus rapide pour garantir l'égalité de traitement ce qui a permis d'améliorer les résultats de ces candidats<sup>2</sup>. La HALDE est aussi intervenue auprès du Préfet et de l'inspection d'Académie pour obtenir la scolarisation d'enfants roms refusée par le Maire<sup>3</sup>. À propos cette fois de la fonction publique, un maire accepta de nommer au poste demandé un agent communal victime de harcèlement discriminatoire par ses collègues, conformément à la recommandation de la HALDE<sup>4</sup>.

### 3. *L'interpellation des autorités investies d'un pouvoir de sanction*

Quand elle constate une discrimination, la Haute autorité peut recommander qu'une sanction administrative soit prise par une autorité publique à l'encontre des personnes physiques ou morales soumises à agrément ou autorisation ou « à l'encontre de laquelle une telle autorité dispose du pouvoir de prendre des mesures conservatoires ou des sanctions pour non-respect de la législation relative aux discriminations ou au titre de l'ordre et des libertés publics »<sup>5</sup>. C'est l'Assemblée nationale qui a étendu cette prérogative de la HALDE à l'ensemble des activités soumises à un régime de déclaration et à celles qui, tout en étant dispensées, restent assujetties à un régime de contrôle administratif spécial comportant des

---

<sup>1</sup> Délibérations n° 2008-283 du 15 décembre 2008 et n° 2009-34 du 2 février 2009. Sur les 19 réclamants, douze personnes bénéficièrent d'un titre de séjour salarié. Depuis ces délibérations, 485 titres de séjour ont été délivrés par la préfecture à des travailleurs saisonniers (HALDE, *Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 23).

<sup>2</sup> La HALDE avait relevé un risque de discrimination à l'égard des candidats d'outre-mer aux concours d'entrée aux grandes écoles agronomiques et vétérinaires car les copies de ceux-ci n'étaient transmises qu'après les réunions de la commission d'harmonisation (Délibération n°2007-308 du 26 novembre 2007).

<sup>3</sup> Délibération n° 2009-231 du 8 juin 2009.

<sup>4</sup> Délibération n°2006-198 du 2 octobre 2006. La HALDE prenait acte des engagements du maire mais précisait qu'« il devra veiller, ainsi qu'il s'y est engagé, à sanctionner les auteurs de comportement raciste, et rendre compte à la haute autorité des mesures prises à l'encontre des agents impliqués dans le harcèlement dont M.M a été victime ».

<sup>5</sup> Art. 14 de la loi du 30 décembre 2004 modifié par la loi n°2006-396 du 31 mars 2006 (art. 44).

pouvoirs de sanctions tels que la fermeture provisoire d'un établissement<sup>1</sup>. Cette prérogative n'est pas sans faire songer à un pouvoir de sanction indirecte - surtout si les demandes de la Haute autorité étaient systématiquement suivies.

La HALDE peut aussi porter les faits à la connaissance des autorités disciplinaires (autorité hiérarchique, ordre professionnel)<sup>2</sup>. La Chambre nationale des huissiers de justice et la chambre départementale compétentes en leur qualité d'instances disciplinaires ont ainsi été informées d'un cas de discrimination « raciale » par la HALDE en février 2008<sup>3</sup>. Dans une affaire de harcèlement discriminatoire en entreprise, la recommandation de l'AAI a permis d'obtenir la mise à pied du responsable<sup>4</sup>.

Par le biais des ministères compétents et après en avoir informé le mis en cause, la HALDE alerte les autorités disciplinaires sur les faits discriminatoires commis par un agent public<sup>5</sup>. Ainsi, suite à une réclamation qui mettait au jour un harcèlement systématique des agents d'origine étrangère au sein d'un service communal de salubrité, la recommandation de la HALDE incita le maire à diffuser une circulaire interne sur les droits et devoirs des fonctionnaires en matière de discrimination raciale et à engager une procédure de sanction à l'encontre des agents mis en cause<sup>6</sup>. Plus généralement, ce pouvoir d'informer les autorités détentrices du pouvoir disciplinaire offre « une possibilité d'action complémentaire des voies traditionnelles » pour la HALDE qui n'est pas dotée de pouvoir de sanction<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> En vertu de la loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, un tel régime s'applique notamment aux opérateurs privés souhaitant offrir des services de placement sur le marché de travail pour lesquels un simple régime déclaratif a été institué. De même, la HALDE peut saisir les préfets pour demander la fermeture des établissements ouverts au public pour des faits discriminatoires (Sénat, Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi pour l'égalité des chances considéré comme adopté par l'Assemblée nationale aux termes de l'art. 49-3 de la Constitution, après déclaration d'urgence, par Alain Gournac, sénateur, n° 210, annexe au P.V. de la séance du 22 février 2006, p. 117).

<sup>2</sup> Cette information est obligatoire, l'art. 14 étant rédigé ainsi : « *La haute autorité porte à la connaissance des autorités ou personnes publiques investies du pouvoir disciplinaire les faits de nature à entraîner des poursuites disciplinaires* » (le projet de loi indiquait à son art. 13 « *peut porter* » in Projet de loi portant création de la HALDE, n° 1732, p. 13).

<sup>3</sup> Délibération n°2008-23 du 11 février 2008.

<sup>4</sup> HALDE, délibération n°2005-77 du 28 novembre 2005, et *Rapport annuel 2005*, *op. cit.*, p. 16

<sup>5</sup> Le rapport Stasi avait ajouté qu'à défaut de toute poursuite disciplinaire engagée par l'autorité administrative compétente, l'autorité pourrait elle-même engager ce type de procédure contre un fonctionnaire auteur de discrimination tout comme le Médiateur de la République (en vertu de l'art. 11 de la loi du 3 janvier 1973) mais cette proposition n'a finalement pas été retenue. In STASI, *op. cit.*, p. 73.

<sup>6</sup> Délibération n°2006-198 du 2 octobre 2006.

<sup>7</sup> Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, au nom de la Commission de lois, AN, n° 1827, *op. cit.*, p. 31.

#### 4. Publicité et droit de suite des recommandations

Si la CRE britannique détenait le pouvoir de formuler des injonctions pour exiger une modification des pratiques<sup>1</sup>, les recommandations de la HALDE ne sont pas des décisions de nature exécutoire et n'ont pas de caractère coercitif<sup>2</sup>. Néanmoins, ses recommandations ont d'autant plus de poids auprès de leurs destinataires qu'elles peuvent être rendues publiques et font l'objet d'un suivi de la part de l'Autorité. Si la HALDE « peut » rendre ses recommandations publiques par tout moyen<sup>3</sup>, les mesures recommandées ne sont pas toutes publiées par le biais de son site Internet (et ce malgré l'anonymisation de ses décisions dans ce cas) ou par voie de communiqué. Les destinataires des recommandations sont néanmoins tenus de rendre compte des suites qu'ils leur donnent dans un délai fixé par la HALDE (art. 11-2 de la loi du 30 décembre 2004). Si la HALDE estime qu'il n'a pas été satisfait à ses exigences, elle a la possibilité d'établir un rapport spécial publié au journal officiel<sup>4</sup>. S'agissant d'une forme de « sanction touchant à la réputation »<sup>5</sup>, une telle publication n'a pas toujours d'impact décisif faute de susciter une médiatisation importante et n'a donc pas d'effet réellement incitatif pour les mis en cause<sup>6</sup>.

Depuis 2005 ans, la HALDE a fait un usage modéré de ce pouvoir. Les 14 rapports spéciaux publiés au J.O. recensés à ce jour concernent aussi bien des entreprises que l'administration ou le gouvernement<sup>7</sup>. S'agissant des discriminations fondées sur le critère de l'origine, quatre publications sont intervenues : la première concernait en 2006 les

---

<sup>1</sup> « *Cease and desist orders* » prévus par le RRA, 1976, c. 74, §48(1). Le destinataire a alors la possibilité de faire appel. Si les mises en demeure sont sans effet, la CRE peut intenter une action dans les 5 ans qui suivent sa délivrance pourvu que « la commission estime qu'à moins d'en être empêché, celui à qui elle s'adresse risque fort de commettre un ou plusieurs actes » de discrimination illicite. Bien que la CRE brandisse rarement ce bâton (en partie parce que son budget ne permet pas à ses employés d'entreprendre autant d'enquêtes qu'ils le souhaiteraient), c'est un instrument utile, dont la menace encourage l'application des lois et la réforme en G-B (*in* BLEICH E., « Histoire des politiques françaises antidiscrimination : du déni à la lutte », *op. cit.*, p. 17).

<sup>2</sup> Quand les AAI sont dotées du pouvoir de prendre des décisions administratives exécutoires, elles bénéficient très rarement d'une portée coercitive (le Conseil de la concurrence s'était vu attribuer le pouvoir de prononcer des injonctions via l'art. 13 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986). *In* F. DUPUIS-TOUBOL, « Le juge en complémentarité du régulateur », *op. cit.*, p. 19.

<sup>3</sup> Art. 11 al.2 de la loi du 30 décembre 2004 et art. 31 du décret du 4 mars 2005. Elle rend publique ses recommandations après information des personnes intéressées au moins 15 jours à l'avance.

<sup>4</sup> Art. 11 al. 3 de la loi du 30 décembre 2004, *op. cit.* Il en est de même pour l'actuel Défenseur des droits mais l'art. 15 du décret n°2011-904 précise néanmoins que « lorsqu'il établit un rapport spécial, le Défenseur des droits le communique aux personnes mises en cause et les invite à produire leurs observations dans un délai qui, sauf urgence, ne peut être inférieur à un mois avant de le rendre public ».

<sup>5</sup> QUETANT G-P, « La HALDE, 'bonne amie' du salarié demandeur devant le conseil de prud'hommes », *op. cit.*, p. 4

<sup>6</sup> Même si la publication d'un rapport spécial (délibération n° 2006-40 du 27 mars 2006 relative à l'impossibilité pour les actifs de plus de 60 ans de racheter des trimestres d'études supérieures en vue de bénéficier d'une retraite plus rapide, *J.O.* du 1<sup>er</sup> août 2008) semble avoir immédiatement porté ses fruits auprès du ministère du Travail (v. décret n° 2008-1383 du 19 décembre 2008).

<sup>7</sup> HALDE, *Rapport annuel 2010*, *op. cit.*, p. 29.

recommandations adressée à une société d'HLM suite à un refus discriminatoire fondé sur l'origine et la situation de famille supposée du demandeur<sup>1</sup> ; la seconde dénonçait en 2008 le refus du bénéfice d'allocations familiales opposé à certains enfants étrangers<sup>2</sup> ; la troisième était relative au montant des pensions d'invalidité des déportés politiques de la Seconde Guerre mondiale<sup>3</sup> ; la dernière, enfin, dénonce en 2009 l'inaction des pouvoirs publics suite aux recommandations relatives à la situation et au statut des gens du voyage<sup>4</sup>.

Le faible nombre de rapports spéciaux résulte de la volonté de la HALDE de jouer la carte de la pédagogie, mais peut-être aussi du fait que ses recommandations sont dans l'ensemble correctement mises en œuvre par les destinataires. Cela reste difficile à apprécier car la communication de la HALDE sur le suivi de ses recommandations reste parcellaire et peu transparente. Les données communiquées par l'Autorité montrent que près de 70% des recommandations générales et individuelles connaissent des suites positives<sup>5</sup>. Si l'on ne sait pas souvent de quelle manière les destinataires se sont concrètement conformés à la recommandation ni comment la HALDE contrôle la véracité de leurs dires<sup>6</sup>, l'autorité morale et la légitimité de la HALDE semblent néanmoins bien se renforcer au cours des années. Certains « points de blocage » identifiés restent néanmoins dénoncés - sans qu'aucune publication officielle n'ait été ordonnée - par l'Autorité dans son rapport 2009<sup>7</sup>.

Au-delà de la résolution des cas concrets abordés dans les réclamations, la HALDE s'attache à donner à son intervention un impact plus collectif en demandant la révision de pratiques qui ouvrent la voie aux discriminations d'ampleur structurelle.

---

<sup>1</sup> Délibération du 6 novembre 2006, publiée au *J.O.* du 9 février 2007 (faisant suite à la délibération n° 2006-19 du 6 février 2006, *op. cit.*).

<sup>2</sup> Délibération n° 2008-179 du 1<sup>er</sup> septembre 2008, publiée au *J.O.* du 1<sup>er</sup> novembre 2008.

<sup>3</sup> Délibération n° 2008-222 du 20 octobre 2008, publiée au *J.O.* du 21 décembre 2008.

<sup>4</sup> Délibération n° 2009-316 du 14 septembre 2009, publiée au *J.O.* du 17 octobre 2008 (méconnaissance des délibérations n° 2007-372 du 17 décembre 2007 et n° 2009-143 du 2 février 2009).

<sup>5</sup> La HALDE estime ainsi, dans son dernier rapport, que 656 des 969 recommandations générales et individuelles délivrées depuis sa création ont été suivies par leurs destinataires. 295 de ces réclamations sont présentées comme non suivies et 98 restent en attente. *In HALDE, Rapport annuel 2010, op. cit.*, p. 30.

<sup>6</sup> La HALDE se contente d'indiquer dans ses rapports annuels que telle ou telle recommandation a été suivie ou non d'effets.

<sup>7</sup> Voir par exemple les délibérations n° 2009-318 du 14 septembre 2009 relative à la scolarisation des enfants étrangers dans certaines communes de Guyane, n° 2009-255 du 29 juin 2005 relative au refus discriminatoire d'inscription par une université d'une médecin à diplôme étranger qui souhaitait refaire une partie de ses études en France afin de pouvoir y exercer. *In HALDE, Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 23.

## B) L'effet levier des recommandations

À partir d'un cas précis, la HALDE peut formuler des propositions plus générales dont l'impact dépassera largement la situation du réclamant, ce que ne peut faire le juge. Elle peut ainsi démultiplier les effets des réclamations individuelles soit en recommandant au gouvernement l'adoption de nouvelles dispositions normatives soit lorsque la recommandation par laquelle elle demande une modification des pratiques ou procédures vise une grande entreprise ou un organisme de dimension nationale. Cet effet levier est recherché par le collège de l'Autorité, qui dit tenter de donner « une portée générale à ses décisions pour que toutes les personnes dans une situation identique puisse en bénéficier »<sup>1</sup>. L'autorité tient ainsi compte des limites d'un modèle de justice strictement individualisée selon lequel le recours *post facto* d'un plaignant qui viendrait à bout des obstacles liés à la charge de la preuve s'opposerait à un encouragement à identifier et éliminer de manière proactive des pratiques discriminatoires dans l'ensemble de l'entreprise<sup>2</sup>. Par son intervention, la HALDE peut ainsi obtenir la réparation du préjudice individuel (mission défensive) et la modification des procédures de l'organisation (mission préventive).

### *1. Les effets collectifs des recommandations*

Plusieurs affaires illustrent cette volonté de la HALDE et l'efficacité de son intervention. Suite à une réclamation relative à une discrimination salariale fondée sur le sexe, le collège a demandé à l'employeur d'indemniser la salariée à hauteur de l'écart salarial non perçu depuis son embauche. Surtout, la HALDE lui demandait aussi de définir un programme de mesures permettant d'éliminer les éventuels écarts de rémunération entre hommes et femmes avant le 31 décembre 2010 dans le cadre des négociations annuelles d'entreprise obligatoires<sup>3</sup>. Cet effet levier se retrouve également dans les modalités de résolution de plusieurs affaires de discriminations « raciales » ou relatives à la nationalité.

---

<sup>1</sup> HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 41. Sur les 299 recommandations adressées en 2008 au gouvernement, aux collectivités publiques et aux entreprises, 242 sont présentées comme ayant une portée générale contre 57 ayant une portée individuelle (HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 17).

<sup>2</sup> CROWLEY N., in Introduction, *L'application stratégique du droit et les directives d'égalité de traitement de la CE*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>3</sup> Délibération n° 2008-74 du 14 avril 2008. La revalorisation du salaire et des primes de la réclamante avec effet rétroactif a été réalisée par l'employeur au cours de l'instruction, le rapport de la HALDE indiquant que l'employeur a donné suite à ses recommandations sans en dire davantage (in *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 25)



Ainsi, après une saisine individuelle, le collègue a recommandé à un groupe bancaire de clarifier sa procédure de sélection des jeunes titulaires d'un diplôme étranger<sup>1</sup>. À la suite d'une réclamation qui mettait à jour une discrimination indirecte - à savoir le refus d'un poste de formateur « Français langue étrangère » à une candidate de nationalité malgache au motif que sa langue maternelle n'était pas le français, la HALDE a recommandé au directeur de l'école de modifier ses pratiques et au ministre de l'Éducation nationale de veiller à ce que tous les établissements s'interdisent la mention « langue maternelle » et se conforment à des critères de recrutement objectifs (tel que « connaissance approfondie du français »)<sup>2</sup>. Enfin, car il n'est pas possible de reprendre ici l'ensemble des délibérations qui participent à la promotion de l'égalité de traitement, un dernier exemple peut être relevé dans le champ qui nous intéresse particulièrement. Deux réclaments d'origine immigrée avaient contesté auprès de la HALDE l'attribution d'allocations de recherche, d'un poste de chargé de TD et du prix du meilleur étudiant de l'université. L'autorité a non seulement demandé à l'université, qui avait été incapable de transmettre les informations demandées et de justifier objectivement la différence de traitement constatée, d'indemniser les réclaments, mais aussi recommandé une clarification des critères et de la procédure de sélection des allocataires de recherche comme des chargés de TD<sup>3</sup>. Si les actions de la HALDE contre les pratiques qui correspondent à des discriminations indirectes sont intéressantes, ses investigations et ses recommandations n'ont pas encore l'envergure de celles que peut connaître son homologue anglais qui assure le suivi et l'évaluation des ambitieux programmes qu'elle prescrit notamment aux institutions<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Délibération n°2006-212 du 9 octobre 2006. La HALDE a relevé que sa délibération avait été suivie d'effets (*Rapport annuel 2007, op.cit.*, p. 18).

<sup>2</sup> Délibération n°2006-183 du 18 septembre 2006. La HALDE relève que le ministre n'a toujours pas répondu à ses demandes (*In Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 28). De même, saisie d'un refus de dispense des épreuves de culture générale du CAP pour un titulaire de diplômes étrangers, la Haute autorité a invité l'inspection académique à dispenser le réclament des épreuves concernées et le ministre à revoir le régime des dispenses tout en attirant l'attention du ministre en charge de l'Éducation nationale sur l'adéquation et la pertinence des examens de culture générale avec la finalité professionnelle du CAP (délibération n°2007-113 du 14 mai 2007).

<sup>3</sup> Délibération n°2007-196 du 3 septembre 2007.

<sup>4</sup> Pour exemple, un caporal noir de la Royal Engineers se disait discriminé pour accéder à un régiment de gardes d'élites : l'enquête a non seulement montré du racisme institutionnel dans les affectations mais aussi du harcèlement « racial » concernant les soldats en service. Le Ministère de la défense a coopéré avec la CRE et un plan d'action de 5 ans, ayant pour objectif l'élimination de la discrimination « raciale » et l'égalité, a été conclu. Cela a abouti à un changement d'approche des forces armées. Un monitoring « ethnique » a été introduit immédiatement, des programmes de formation ont été développés et les campagnes et activités extérieures visent aujourd'hui systématiquement les minorités ethniques (B. PURKISS, « From Formal Equality to Equality Indeed : Institutional Features » in M. Boucher (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes, op. cit.*, p. 433).

## 2. Des recommandations tendant à la modification des normes en vigueur

La HALDE a répertorié certaines recommandations qui se heurtent à « l'inertie ou au refus explicite des administrations et des entreprises »<sup>1</sup>. À cet égard, l'attention se focalise notamment sur le sort des réclamations qui mettent en cause les services publics, les lois et les règlements car le dispositif antérieur CODAC/114 avait sur ce point fait preuve d'un manque total d'indépendance et d'efficacité, alors même que les autorités se doivent d'afficher une certaine exemplarité sur le terrain de la lutte contre les discriminations et dans leurs rapports à la nouvelle AAI. Ainsi, le Premier ministre D. de Villepin avait insisté, lors de la remise du premier rapport de la HALDE, sur « *la pertinence des recommandations faites par le collège de la Haute autorité* » et avait demandé notamment aux membres du gouvernement d'examiner « *avec la plus grande attention* » les délibérations dont ils étaient destinataires<sup>2</sup>. Force est de constater que les évolutions les plus sensibles concernent des réglementations ou des pratiques encadrées par des textes (nul besoin alors d'enquête de la HALDE et le suivi est facilité). Le critère de l'origine n'est alors concerné qu'au titre de la nationalité ou de la situation particulière des « gens du voyage »<sup>3</sup>.

La recommandation peut viser à remédier à des carences relevées dans le droit antidiscriminatoire. Suite à la demande de la HALDE<sup>4</sup>, l'Assemblée nationale a ainsi amendé l'art. 22-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs en y intégrant l'interdiction de refuser la caution d'une personne au motif qu'elle réside hors France métropolitaine<sup>5</sup>. Dans le même sens, la délibération de février 2006 par laquelle la HALDE invitait le ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement à proposer une réforme législative précisant les documents susceptibles d'être demandés aux candidats locataires<sup>6</sup> a connu des suites positives<sup>1</sup>. Dans d'autres cas, ce sont les réglementations elles-

---

<sup>1</sup> HALDE, *Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 27.

<sup>2</sup> « Le Premier ministre reçoit le premier rapport annuel de la HALDE », Communiqué du Premier ministre du 5 mai 2006.

<sup>3</sup> Une première avancée a été obtenue par la HALDE en matière de délivrance des cartes nationales d'identité : une circulaire du ministre de l'Intérieur a rappelé aux préfets le principe de non-discrimination pour l'attribution de ces documents. In HALDE, *Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 21

<sup>4</sup> Délibérations n° 2005-33 et 2995-36 du 26 septembre 2005. La recommandation de la HALDE consistait à demander l'abrogation de l'article 218 du code civil qui imposait, comme condition de la validité du cautionnement, la résidence dans le ressort de la Cour d'Appel où il est donné et constituait ainsi une discrimination indirecte à l'encontre des personnes originaires d'outre-mer et étrangères notamment en matière de location de logement.

<sup>5</sup> Art. 87 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, *J.O.* du 16 juillet 2006, p. 10662.

<sup>6</sup> Délibération n° 2006-21 du 27 février 2006 Voir HALDE, *Rapport annuel 2005, op. cit.*, p. 33.

mêmes qui sont contestées pour leur caractère discriminatoire<sup>2</sup>. Néanmoins, ce satisfecit doit être nuancé car la Haute autorité est rarement seule à faire pression sur l'administration<sup>3</sup>.

Dans d'autres affaires qui ont pourtant bénéficié d'une large couverture médiatique, le résultat fut plus décevant<sup>4</sup>. Suite aux multiples délibérations de la HALDE<sup>5</sup> et plus globalement aux pressions exercées sur le gouvernement, la loi de finances pour 2007 a accordé la parité des pensions militaires d'invalidité et des retraites du combattant versées aux ressortissants des pays et des territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placé sous le protectorat ou la tutelle de la France<sup>6</sup>. Néanmoins, le montant des pensions restait évalué selon les pouvoirs d'achat des différents pays de résidence des concernés et la nationalité. La HALDE s'est félicitée de cette avancée mais a déploré les lacunes persistantes, malgré ses relances, de la législation<sup>7</sup>. Il en est de même concernant les médecins et auxiliaires médicaux ayant obtenu leurs diplômes hors Union européenne pour lesquels la HALDE avait demandé au ministre de la Santé d'assurer une

---

<sup>1</sup> Art. 35 de la loi n° 2007-290 dite DALO du 5 mars 2007 modifiant l'art. 22-2 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

<sup>2</sup> À la suite d'une réclamation individuelle, la HALDE s'est prononcée sur une mesure d'action positive à travers la mise en cause des arrêtés du 20 octobre 1995 et du 15 mars 2007 qui distinguent les conditions de durée d'affectation des fonctionnaires de la police nationale outre-mer selon leurs origines. L'arrêté du 15 mars 2007 qui définissait le terme « *originnaire* » comme se rapportant à la « *résidence habituelle* » ne suffit pas en pratique, selon la HALDE, à écarter la prise en considération de l'origine des fonctionnaires. L'Autorité a recommandé au Ministre de l'Intérieur de substituer la notion de « *centre des intérêts matériels et moraux* » à celle « *d'originnaire* » dans l'arrêté du 20 octobre 1995 pour les demandes d'affectation définitive dans les DOM. La notion de « centre des intérêts matériels et moraux » doit être appréciée en prenant en considération les « éléments qui témoignent des évolutions dans la vie de l'agent sans prépondérance des éléments à caractère immuable, tels que le lieu de naissance ou de sépulture des ascendants » (Délibérations n°2008-136 et n°2008-147 du 1<sup>er</sup> septembre 2008 et n°2008-265 du 1<sup>er</sup> décembre 2008). Suite à l'intervention de la HALDE, les dossiers des réclamants ont été réexaminés, l'un d'entre eux a obtenu satisfaction. In HALDE, Direction des affaires juridiques, *Emploi public. Délibérations 2005-2010*, janvier 2011, p. 36.

<sup>3</sup> Une disposition législative de 1924 réservant l'attribution de la carte de famille nombreuse aux citoyens français et ressortissants des colonies françaises ou sous protectorat était en cause. À la suite de la recommandation de la HALDE qui s'était autosaisie (délibération n° 2006-192 du 18 septembre 2006), l'article en cause a été abrogé (Art. 39 de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance). Si ce résultat confirme l'influence morale de la HALDE, le rôle de la mobilisation des associations du GISTI, du MRAP et de la LDH qui l'avaient saisie ne doit cependant pas être négligé.

<sup>4</sup> La HALDE avait adopté deux délibérations concernant le retrait du droit de vote aux élections des Chambres des métiers aux artisans non européens (délibérations n°2005-17 du 4 juillet 2005 et n°2006-23 du 6 février 2006). Malgré l'engagement du gouvernement à publier un texte rectificatif revenant à la situation antérieure du décret du 27 août 2004 (décret n° 2004-896 du 27 août 2004 modifiant le décret n° 99-433 du 27 mai 1999 relatif à la composition des chambres de métiers et à leur élection, *J.O.* du 31 août 2004, p. 15525) avant le 1<sup>er</sup> juin 2006, il fallut attendre un jugement du Conseil d'État pour voir annuler les dispositions litigieuses (C.E., 31 mai 2006, *GISTI*, n° 273638).

<sup>5</sup> Délibérations n° 2005-24 du 19 septembre 2005, n° 2006-217 du 9 octobre 2006 et n° 2007-44 du 5 mars 2007.

<sup>6</sup> Art. 100 de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006.

<sup>7</sup> HALDE, *Rapport annuel 2007*, *op. cit.*, p. 18 ; *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 28. La situation était identique pour les anciens fonctionnaires. Voir C.E. 18 juillet 2006, *GISTI*, n° 274664 qui avait validé la non-application du critère de résidence aux ressortissants français vivant à l'étranger et C.C., 28 mai 2010, n° 2010-1QPC, *Consorts Labane* (censure partielle : la différence selon la nationalité entre titulaires d'une pension civile ou militaire dans un même pays étranger est contraire à l'art. 6 DDHC).

égalité de rémunération et une reconnaissance de l'expérience acquise en France<sup>1</sup> : la HALDE devait relever les insuffisances de l'art. 41 de la loi de finances pour la sécurité sociale du 21 décembre 2006 ayant pour objet la réforme du statut des médecins à diplômes étrangers, qui demeurait « en deçà de ses recommandations »<sup>2</sup>. Les années suivantes, elle persiste en soulignant que cette délibération n'a « été respectée que partiellement »<sup>3</sup>.

### 3. *La portée et le statut juridique des recommandations*

Contrairement à d'autres AAI, le législateur n'a pas prévu de manière expresse de recours juridictionnel contre les délibérations de la HALDE mais étant donné l'éventuelle publicité des recommandations et leur portée souvent générale, la question se posait de savoir quel était le statut juridique de ces mesures : devaient-elles être considérées comme faisant grief et susceptibles de recours devant le juge administratif ? La jurisprudence du Conseil d'État est à cet égard nuancée selon le contenu de la recommandation<sup>4</sup>.

Les compétences de recommandation et d'avis de nombreuses AAI visent à « éclairer les personnes intéressées sur le sens et la portée d'une réglementation pour orienter (...) les comportements des destinataires »<sup>5</sup>. Quand la HALDE invite les personnes concernées à adopter des mesures qui lui semblent de nature à remédier à tout fait ou toute pratique estimée discriminatoire ou à en prévenir le renouvellement, ses recommandations ne constituent pas pour le Conseil d'État des décisions administratives et ne sont donc pas susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> En effet, les médecins dotés de diplômes étrangers ne pouvant être inscrits à l'ordre des médecins et se prévaloir du titre de médecin, ils sont notamment soumis dans les hôpitaux à des statuts contractuels et des rémunérations minorées. La HALDE considère que l'art. 11 de la directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 énonçant le principe d'égalité de traitement entre résidents de longue durée et nationaux, concernant notamment la reconnaissance des diplômes et l'accès à l'emploi, n'était pas correctement transposée (délibérations n° 2005-56/57 du 27 février 2006 et n° 2006-250 du 6 novembre 2006). Pour les infirmières, la non-reconnaissance des diplômes même européens pour les ressortissants non-communautaires constituait aussi une discrimination fondée sur la nationalité pour la HALDE qui demanda au ministère la modification des normes en question et la transposition de la directive 2003/109/CE (délibérations n° 2007-31 du 12 février 2007 et n° 2007-264 du 15 octobre 2007).

<sup>2</sup> HALDE, *Rapport annuel 2006, op. cit.*, p. 18. La HALDE demandait aussi à être consultée sur tout projet de loi portant sur les discriminations rencontrées par les praticiens hospitaliers étrangers non-communautaires qui ne peuvent pleinement exercer.

<sup>3</sup> HALDE, *Rapport annuel 2007, op.cit.*, p. 19.

<sup>4</sup> Le Conseil d'État est en effet compétent pour annuler une décision de la HALDE ou de l'autorité exécutive, le président, car c'est une autorité administrative collégiale à compétence nationale. V. DEREPAS L., « Le régime contentieux des décisions prises par la HALDE », *AJDA*, 2007, p. 2145.

<sup>5</sup> COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des AAI*, LGDL, BDP, t. 233, 2003, p. 41.

<sup>6</sup> C.E., 13 juillet 2007, *Ed. Tissot*, n° 294195, *AJDA*, p. 2146, concl. L. Derepas.

Certaines recommandations des AAI sont considérées comme de véritables dispositions réglementaires susceptibles d'être déferées au juge de l'excès de pouvoir<sup>1</sup>. C'est ainsi le cas de celles émises à l'époque par l'autorité de régulation de l'audiovisuel en période électorale<sup>2</sup> ou celles adressées par le CSA à une chaîne en vue de l'organisation d'un débat électoral<sup>3</sup>. Le CSA peut en effet mettre en demeure les sociétés de respecter les principes auxquels ses recommandations se réfèrent et infliger des sanctions en cas de non-respect, ce qui n'est aujourd'hui pas le cas de la HALDE. S'il s'agit d'un simple rappel à la loi et d'une invitation à diffuser le droit anti-discriminatoire, le juge considère donc que la recommandation de la HALDE ne fait pas grief. Cependant le Conseil d'État précise qu'il en irait autrement si sa recommandation est de portée générale et rédigée de façon impérative<sup>4</sup>. Le ton impératif d'une recommandation ne suffit pas à caractériser sa normativité juridique dans la mesure où l'impérativité peut ne concerner que l'interprétation du droit sans être nécessairement créatrice d'une nouvelle norme<sup>5</sup>. Son interprétation du droit s'impose-t-elle ? La HALDE n'a pas la qualité d'interprète du droit antidiscriminatoire authentique qui revient au juge<sup>6</sup> mais le respect de ses interprétations dépend de la légitimité et de la visibilité qu'elle a gagnée dans le paysage juridique français<sup>7</sup> (notamment eu égard à la confirmation de ses analyses par le juge). De plus, la Haute autorité ne détenant pas de pouvoir réglementaire, et donc de la possibilité de modifier les obligations des destinataires par rapport à la législation en vigueur, le juge devra préciser à l'avenir ce qui doit être regardé comme une recommandation de portée générale<sup>8</sup>.

Concernant le principe du droit à un procès équitable, G. Loiseau regrette que le législateur n'ait pas décidé d'instituer un recours juridictionnel contre les décisions de la HALDE et considère que la Haute Autorité est ainsi laissée « sans garde-fou », ce qui

---

<sup>1</sup> Jurisprudence confirmée par C.E., 18 décembre 2002, *Association Promouvoir*, n° 232273 (refus du CSA d'adresser une recommandation).

<sup>2</sup> C.E., 20 mai 1985, *Labbé et Gaudin*, n° 64146 (recommandations de la Haute autorité de la communication audiovisuelle en matière de pluralisme et d'équilibre des programmes) ; C.E., 7 juillet 1999, *Front national*, n° 198357 (Recommandation du CSA imposant la règle des trois tiers).

<sup>3</sup> C.E., ord. du juge des référés, 24 février 2001, *Tibéri*, n° 230611.

<sup>4</sup> Sur la distinction entre mesures ne faisant pas grief et décisions susceptibles de recours prises par des autorités administratives indépendantes, voir aussi C.E., 14 juin 1989, *Sté Soritel et W'Rock*, n° 95031, *AJDA* 1989, p. 542, concl. Stirn ; C.E., 14 juin 1991, *Assoc. Radio-Solidarité*, n° 107365, *RFDA* 1992, p. 1016.

<sup>5</sup> C.E., 27 septembre 1989, *SA Chopin c/ CNIL*, n° 74548, *JCP G* 1990, II, p. 21524, note Frayssinet.

<sup>6</sup> L'interprétation authentique émane d'une autorité officielle. De nature prescriptive, elle consiste dans le choix d'une signification qui s'imposera (TROPER M., « Normativisme », *Dictionnaire de la Culture juridique*, PUF, 2003, p. 1079).

<sup>7</sup> GRABARCZYK K., « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, un magistrat d'influence ? », *RTDH*, janvier 2010, p. 74.

<sup>8</sup> ZARCA A., « Force normative, force normatrice ? À propos des interprétations impératives contenues dans les recommandations de la HALDE », in C. Thibierge et alii., *La force normative*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 475.

justifierait la défiance dont elle pourrait faire l'objet parce que son action, étant « au moins autant politique que juridique, et toujours militante, ne peut prétendre à une rigoureuse impartialité »<sup>1</sup>. Mais, selon l'analyse traditionnelle de la Cour européenne, il n'est pas nécessaire de rechercher si les exigences de l'art. 6-1 de la Conv. EDH<sup>2</sup> relatif au droit à un procès équitable sont bien respectées par la HALDE à partir du moment où la personne mise en cause à l'issue des investigations peut bénéficier d'un « *droit à un tribunal et à une solution juridictionnelle du litige* », la procédure devant le juge (qui a le pouvoir de reconsidérer la décision, de l'annuler, de la corriger) venant alors compenser les éventuelles carences<sup>3</sup>.

Néanmoins, si le juge était amené à contrôler une décision de la HALDE jugée susceptible de recours, il s'attacherait à vérifier qu'elle a été déterminée conformément aux principes du raisonnement contradictoire, de l'indépendance, de l'impartialité et de la présomption d'innocence. Le Conseil constitutionnel a aussi rappelé qu'une autorité ne peut prononcer des sanctions de type administratif à propos de faits qu'elle a instruit au nom du principe fondamental du respect des droits de la défense<sup>4</sup>. Ceci explique pourquoi la HALDE a tenu à rappeler qu'il existait bien une séparation nette entre le collègue seul habilité à prendre les décisions (y compris les vérifications sur place)<sup>5</sup> et les services juridiques qui sont chargés, en amont, de l'instruction du dossier et en aval chargés de rédiger les recommandations<sup>6</sup>. Pour Guy Canivet, le juge vise ainsi à imposer au régulateur de prendre ses décisions selon des principes tirés de la méthode juridictionnelle<sup>7</sup>.

Si les recommandations sont dénuées de toute portée coercitive, elles ne sont pas dénuées de tout effet dans la mesure où les destinataires sont tenus de rendre compte des suites données dans un délai imparti par l'Autorité et où celles-ci peuvent bénéficier d'une publicité spécifique. La publication au J.O. d'une recommandation pourrait donc être considérée comme une sanction administrative, en tout état de cause comme une décision faisant grief à l'instar des décisions de la Commission des clauses abusives de publier sa

---

<sup>1</sup> LOISEAU G., « La Halde : quelle autorité ? », *op. cit.*, p. 146.

<sup>2</sup> « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un Tribunal indépendant et impartial, établi par la loi qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle...* »

<sup>3</sup> Cour EDH, 5<sup>e</sup> section, *Chaudet c/ France*, 29 octobre 2009, n° 49037/06.

<sup>4</sup> C.C., décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 relative à la COB, *Rec.* 71, *RFDA* 1989, 671, note B. Genevois.

<sup>5</sup> Article 9 du décret du 4 mars 2005.

<sup>6</sup> LATRAVERSE S., adjointe au directeur juridique de la HALDE, *in* D. Borillo (dir.), *HALDE : actions, limites et enjeux*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>7</sup> CANIVET G., « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », *LPA*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 51.

recommandation au B.O. de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes<sup>1</sup>. Plus généralement, la médiatisation d'une délibération, décidée par la HALDE, pourrait être contestée par un recours en plein contentieux en engageant la responsabilité de l'État en présence d'un dommage pour faute. Néanmoins, il serait difficile d'apporter la preuve de la faute, qui pourrait aller jusqu'à l'exigence d'une faute lourde, « sachant qu'une divergence d'interprétation sur la qualification de discrimination ne saurait en soi être constitutif d'une faute »<sup>2</sup>.

Le tribunal administratif de Paris a été saisi d'un recours d'une société HLM qui contestait la parution du rapport spécial dont elle avait fait l'objet. Estimant n'avoir commis aucune discrimination, elle considérait que la publication constituait une sanction disproportionnée et qu'un rectificatif devait être publié. Le juge a rappelé que « *la publication de la HALDE de ses recommandations ne constitue pas une sanction mais un moyen de pression afin d'obtenir que soit mis fin à une discrimination potentielle* ». Surtout, il estimait que la première délibération, selon laquelle la HALDE concluait à une discrimination fondée sur l'origine du demandeur, était légitime au vu de l'instruction. Pour la seconde délibération, la Haute autorité a pu à bon droit persister dans sa conviction et rendre publiques ses recommandations eu égard au silence persistant de la société d'HLM malgré les relances de l'Autorité. Enfin, le requérant n'ayant apporté aucune pièce pour soutenir l'absence alléguée de discrimination, aucune faute de nature à entraîner la responsabilité de la HALDE n'a été retenue<sup>3</sup>.

En adoptant ces mesures de *soft law*, qui permettent un traitement rapide et concret et moins individualisé des réclamations, la HALDE se trouve dans une position complémentaire de celle du juge. Mais la Haute autorité peut aussi devenir l'auxiliaire du juge en orientant certains dossiers vers les juridictions et en mettant son expertise à leur service, ce faisant elle constitue un vecteur de juridictionnalisation majeur.

---

<sup>1</sup> C.E., 16 janvier 2006, n° 274721. Concernant une sanction pécuniaire ayant fait l'objet d'une publication par l'AMF, le Conseil d'État estime que la publication constitue une sanction complémentaire à moins que celle-ci ne comporte aucune « *référence directe ou indirecte relative aux griefs reprochés au mis en cause* » (C.E., 17 décembre 2008, n° 316000). S'agissant de la HALDE, la publicité de ses recommandations est assurée de manière à rendre anonyme les mis en cause (sauf dans les cas où les recommandations visent l'État).

<sup>2</sup> Cass. civ., 20 décembre 2007, n° 06-17889, *Bull. civ. II*, n°277, *JCP G* 2008, II-10015, note G. Loiseau

<sup>3</sup> T.A. Paris, 28 janvier 2010, *SA HLM Le Logement Alpes-Rhone*, n° 0715942.

### Section 3- Un vecteur de juridictionnalisation

Si elle s'est vue doter du pouvoir de proposer directement une solution aux réclamations, la Haute autorité, loin de participer à la déjuridictionnalisation des discriminations, doit au contraire concourir « particulièrement à la mise en œuvre des recours devant les tribunaux administratifs et judiciaires »<sup>1</sup>. Dans leur grande majorité, les organismes étrangers doivent eux aussi saisir les juridictions pour obtenir une décision<sup>2</sup> ; en effet, rares sont les institutions qui sont habilitées à agir en qualité d'organismes quasi-judiciaires ayant pouvoir de prononcer des jugements formels : à l'instar de la HALDE, la commission néerlandaise pour l'égalité de traitement émet des avis consultatifs<sup>3</sup>. Contrairement à l'agence belge, qui dispose de la possibilité de poursuivre des actions en justice même en l'absence de victimes directes de discrimination, ou à la Commission des droits de la personne du Québec, qui peut décider d'agir en faveur de la victime de discrimination sur le plan judiciaire (en assurant notamment la représentation judiciaire gratuite de la victime)<sup>4</sup>, l'autorité française ne peut que transmettre au parquet les dossiers de discriminations intentionnelles et orienter les réclamants vers les juges administratif et civil. Elle pourra le cas échéant présenter ses observations devant les juridictions.

Tout d'abord, la HALDE, qui s'est vue reconnaître en six ans d'activité de réelles qualités d'expertise sur le terrain des discriminations, constitue un interprète du droit de la non-discrimination souvent écouté par les juges (§1). Puis, nous verrons qu'elle favorise directement la juridictionnalisation des discriminations et se trouve alors en position de réorienter la dynamique juridictionnelle jusque-là très marquée par le droit pénal (§2).

---

<sup>1</sup> FRISON-ROCHE A-M., « Étude dressant un bilan des Autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 28.

<sup>2</sup> Il peut s'agir dans certains États de juridictions spécialisées dans la répression des discriminations (Canada, Irlande, Pays-Bas). *In STASI B.*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>3</sup> Commission européenne/PLS Ramboll Management, *Promouvoir la diversité : 21 organismes pour promouvoir l'égalité et combattre la discrimination dans l'Union européenne*, Luxembourg, OPOCE, mai 2002, p. 15. Mais les décisions rendues par l'Office irlandais du directeur des investigations sur l'égalité sont exécutoires.

<sup>4</sup> Au Québec, pour obtenir réparation, les victimes peuvent saisir soit le juge civil de droit commun, soit la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Cette dernière s'efforce par la médiation de parvenir à un règlement entre les parties. Au terme de son instruction, la Commission peut aussi décider d'agir en faveur de la victime de discrimination sur le plan judiciaire (en assurant notamment la représentation judiciaire gratuite de la victime), que ce soit devant les tribunaux de droit commun ou encore devant un forum spécialisé », le tribunal des droits de la personne qui juge en premier et dernier ressort. *In MAROIS P.*, « L'action de la commission québécoise dans la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 170.



## §1) La HALDE, une expertise favorisant l'accès au juge

La HALDE constitue un organisme ressource de référence en matière de droit de la non-discrimination. C'est bien dans ce but que l'AAI a été créée : alors que le droit de la non-discrimination ne cessait d'évoluer, il apparaissait nécessaire d'établir un organisme expert capable de traiter les réclamations et d'être un aiguillon sur ce terrain(A). De fait, aujourd'hui, l'interprétation du droit et des faits réalisée par la HALDE connaît un écho favorable devant les juges (B).

### A) Une interprète du droit de la non-discrimination

La HALDE est une « autorité morale » qui exerce une « influence déterminante » sur les projets législatifs et réglementaires du gouvernement<sup>1</sup> à travers ses avis<sup>2</sup>. Elle peut aussi être saisie par des entreprises ou des organismes d'une demande de conformité d'un projet de règles professionnelles aux dispositions de la loi<sup>3</sup>. Plus globalement, son expertise juridique lui confère cette autorité sur l'ensemble du droit de la non-discrimination : elle devient un nouveau foyer d'interprétation du droit en construisant au fur et à mesure une doctrine qu'elle diffuse notamment par le biais de ses observations aux juges.

#### 1. *Une interprète du droit de la non-discrimination*

La HALDE a été amenée à interpréter le mécanisme procédural de l'aménagement de la preuve qui s'applique devant les juridictions civiles et administratives et qu'elle met en œuvre dans le cadre de ses propres délibérations. Elle développe son analyse à partir des faits collectés et décide dans le cadre de l'aménagement de la preuve s'ils sont de nature à caractériser une discrimination<sup>4</sup>. Le mis en cause a donc tout intérêt à répondre à ses questions

---

<sup>1</sup> CHEVALLIER J., « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 3254.

<sup>2</sup> Art. 15 al. 4 de la loi du 30 décembre 2004 et art. 14 et 22 du règlement des services de la HALDE (elle rend son avis dans un délai d'un mois sous forme de délibération et ses avis ne peuvent être rendus publics, sauf décision du Président de la HALDE, qu'après publication des textes auxquels ils se rapportent).

<sup>3</sup> Art. 15 al. 3 de la loi du 30 décembre 2004 et art. 15 du règlement des services de la HALDE.

<sup>4</sup> Pour exemple, après avoir identifié un traitement défavorable dans la notation du réclamant ainsi que du seul autre salarié noir du service municipal, la HALDE a demandé des explications à la commune qui a justifié la notation de l'agent et sa non-nomination par le manque d'assiduité du réclamant. Mais la HALDE a considéré ce motif comme non pertinent car celui-ci ne pouvait se voir reprocher des congés annuels, maladie et de formation professionnelle qu'autorise l'art. 21 de la loi du 13 juillet 1984 portant droits et obligations des fonctionnaires dès lors qu'ils ont été pris en accord avec son supérieur hiérarchique. Enfin, il apparaissait que la supérieure hiérarchique du service avait tenu des propos discriminatoires. En définitive, la HALDE estime qu'au regard de l'aménagement de la preuve, le mis en cause n'a pas démontré que la différence de traitement dans le déroulement de carrière repose sur des critères objectifs et décide de produire ses observations en ce sens devant le tribunal administratif saisi par le réclamant (délibération n° 2007-50 du 5 mars 2007).

et demandes d'information<sup>1</sup> (surtout s'il s'agit d'autorités ou d'organismes chargés d'une mission de service public). Si la HALDE conclut à l'existence d'une discrimination, le salarié concerné pourra estimer qu'il a respecté la contribution probatoire prescrite à l'art. L. 1232-1 CT en présentant des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte et ce d'autant plus si la HALDE fait valoir son interprétation devant le juge. Ce faisant, en accompagnant son interprétation du droit jusque devant le juge prud'homal, elle diffuse son interprétation de l'aménagement de la preuve<sup>2</sup>. La HALDE s'est également penchée sur le régime de protection contre les représailles de ceux qui contestent des mesures discriminatoires (en tant que victime ou témoin)<sup>3</sup>

La Haute autorité a aussi su « élaborer sa propre conception de la discrimination »<sup>4</sup> à travers une notion de discrimination directe objectivée (du fait notamment de l'aménagement de la preuve) et la notion de discrimination indirecte qui reste largement méconnue du juge. Pour exemple, elle a identifié une discrimination indirecte fondée sur l'origine dans une offre de location de logement privé portant la mention « de préférence fonctionnaire titulaire » : tout en reconnaissant que l'objectif de solvabilité est légitime, elle estime que les moyens pour y parvenir sont disproportionnés et donc discriminatoires<sup>5</sup>. La HALDE a aussi identifié une discrimination indirecte frappant les gens du voyage qui se trouvent pénalisés du fait de l'envoi des amendes pour excès de vitesse à leur adresse de rattachement administratif et non à leur domicile fiscal<sup>6</sup>. De même, elle a recommandé la suppression des exigences relatives aux diplômes français et européens pour se présenter aux emplois de la fonction publique qui constituent une discrimination indirecte à raison de l'origine<sup>7</sup>. La Haute autorité a aussi

---

<sup>1</sup> HALDE, délibération n°2008-23, *op. cit.* (le refus du mis en cause de fournir toute information implique la reconnaissance de la discrimination sur la base des éléments apportés par le réclamant). Délibération n°2008-153 du 7 juillet 2008 (deux demandes d'explication restées sans réponse, puis réponse inexacte du mis en cause : la HALDE estime la présomption de discrimination établie et incite le réclamant à saisir la justice en invoquant le bénéfice de règles relatives à l'aménagement de la preuve).

<sup>2</sup> Voir notamment délibération n° 2006- 184 du 18 septembre 2006, délibération n°2008-135 concernant une discrimination à l'embauche fondée sur l'origine chez Airbus.

<sup>3</sup> Par exemple, voir délibération n° 2007-185 du 2 juillet 2007 (saisie de la réclamation d'un salarié licencié pour insubordination alors que l'autorité hiérarchique en question était mise en cause dans une enquête interne pour son comportement injurieux et discriminatoire, la HALDE a conclu qu'il s'agissait d'une sanction qui contrevient à la prohibition de représailles posées par le code du travail et considéra donc le licenciement comme nul de plein droit).

<sup>4</sup> GRABARCZYK K., « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, un magistère d'influence ? », p. 80.

<sup>5</sup> Délibération n° 2006-182 du 18 septembre 2006.

<sup>6</sup> Délibération n° 2009-317 du 14 septembre 2009.

<sup>7</sup> Délibération n° 2009-140 du 30 mars 2009. La HALDE recommande l'application du décret du 13 février 2007 relatif aux équivalences (*Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 39). D'autres délibérations sont aussi intervenues sur les discriminations indirectes par nature à raison de la religion (délibération n°2008-11 du 14 janvier 2008 relative au régime alimentaire imposé aux animateurs de centres aérés susceptible d'entraîner un désavantage

rappelé que le fait pour un employeur d'avoir embauché des personnes d'origines diverses ne permettait pas de présumer et a fortiori de démontrer l'absence de tout comportement discriminatoire<sup>1</sup>.

Alors même que cette notion ne figure pas à l'art. L. 1132-1 CT, la HALDE s'est aussi prononcée sur la discrimination par association. Dans une délibération du 26 mars 2007 concernant le licenciement d'une salariée dont le conjoint était syndicaliste dans la même entreprise, la HALDE en a donné sa propre définition<sup>2</sup>. Sa position est conforme à la jurisprudence ultérieure de la CJUE concernant la discrimination d'une mère d'un enfant handicapé<sup>3</sup>. De même, la HALDE avait recommandé au gouvernement de compléter la transposition des directives en précisant de façon restrictive les conditions dans lesquelles les « exigences professionnelles » pouvaient être de nature à justifier une différence de traitement<sup>4</sup>. Dans le même sens, l'expertise de la HALDE s'avère particulièrement pertinente pour les cas de discriminations croisées (on parle alors d'intersectionnalité des critères) qui restent un sujet peu abordé et difficile à cerner pour les juridictions<sup>5</sup>. La HALDE s'est ainsi penchée sur une affaire mêlant les critères de l'origine et du handicap que le procureur avait classé sans suite<sup>6</sup>. Enfin, la HALDE pousse même la réflexion sur de nouveaux critères de discrimination tels que le lieu de résidence<sup>1</sup>.

---

particulier pour des personnes désireuses de suivre d'autres prescriptions en raison de convictions religieuses ou de leur état de santé. Voir aussi la Délibération n° 2010-73 du 1<sup>er</sup> mars 2010 sur le logiciel d'affectation au lycée des collégiens parisiens qui, dans la mesure où il pénalise les élèves du privé en donnant priorité à ceux du public, constitue une discrimination indirecte liée aux convictions religieuses).

<sup>1</sup> Délibération n° 2008-23, *op. cit.* (discrimination dans le déroulement de carrière fondée sur l'origine).

<sup>2</sup> Délibération n° 2007-75 du 26 mars 2007. La HALDE avait souligné la concordance entre l'activité syndicale du concubin de la salariée, les négociations en cours, la préparation des élections professionnelles, les différences de traitement entre la réclamante et sa collègue de même rang hiérarchique, les positions contradictoires de la société concernant les responsabilités de la réclamante et de son concubin, ainsi que les poursuites engagées contre la réclamante et son concubin pour trouble manifestement illicite. La Haute autorité a recommandé au ministre en charge de l'emploi d'examiner la possibilité de modifier l'article L. 1132-1 du code du travail pour que sa rédaction permette de viser, pour l'ensemble des critères prohibés, les cas de discrimination par association, ce qui n'a toujours pas été fait.

<sup>3</sup> La CJUE indique dans son arrêt *Coleman* (aff. C-303/06, du 17 juillet 2008) que le droit communautaire protège une employée ayant subi une discrimination fondée sur le handicap de son enfant (discrimination par association).

<sup>4</sup> Délibération n° 2006-75, 76 et 77 du 10 avril 2006. Ce qui a été partiellement fait dans la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 de transposition des directives. V. *Infra*, pp. 64-72.

<sup>5</sup> Pour exemple, voir la délibération de la HALDE n° 2005-115 du 16 janvier 2006 qui aborde un harcèlement moral fondé sur trois critères discriminatoires : l'origine, l'état de santé et l'appartenance syndicale. In *Rapport annuel 2005, op. cit.*, p. 21 et 59.

<sup>6</sup> Délibération n° 2007-11 du 5 février 2007. Le classement était intervenu après le refus par la plaignante d'une médiation pénale. La réclamante se plaignait de harcèlement moral, de l'absence de réaction de la hiérarchie de l'hôpital pour faire cesser le harcèlement et de son refus de renouveler son emploi à la suite de sa plainte. La HALDE considère que les agissements vexatoires répétés laissent présumer un harcèlement discriminatoire (art. L. 122-49 du code du travail) et que l'employeur était tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger ses employés. En l'espèce, elle estima qu'aucune enquête sérieuse n'avait été menée dans l'hôpital sur

Dès son rapport 2006, la HALDE déclare que ses délibérations « dégagent des solutions juridiques et contribuent à l'élaboration de la doctrine » de l'institution<sup>2</sup>. Son interprétation est marquée par une tendance à unifier la protection dévolue aux différents critères de discrimination en favorisant la transposition des acquis. D'un point de vue formel, elle s'attache à démontrer son expertise et la légitimité de sa lecture du droit en fournissant un véritable avis juridique sur la qualification des faits et, comme le note Danièle Lochak, en motivant ses délibérations de façon assez similaire à celle du Conseil d'État<sup>3</sup>. Si elle fait parfois application de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>4</sup>, son approche s'inscrit dans un cadre d'analyse « directement issu du droit communautaire »<sup>5</sup>. Elle a ainsi défini le harcèlement comme « discriminatoire » quand il est lié à l'un des critères prohibés par la loi (tel que le prévoit notamment l'art. 2-3 de la Directive « Race »). Elle s'appuie aussi sur la jurisprudence des juridictions internes, qu'il s'agisse du Conseil constitutionnel, du juge administratif ou judiciaire. En définitive, ses délibérations qui font référence à la jurisprudence « ressemblent à s'y méprendre à des jugements concluant à la discrimination »<sup>6</sup>.

---

les faits et qu'aucune mesure n'avait été prise à la suite de la plainte de la réclamante et surtout que l'employeur avait explicitement pris en compte parmi les motifs de refus de renouvellement de contrat les tensions générées dans le service suite à l'enquête de la gendarmerie. Cette mesure constituait donc une mesure de rétorsion contraire à l'art. L. 122-49 al. 2. En conséquence, la HALDE décide de produire ses observations dans le cas où la réclamante engagerait une procédure contentieuse.

<sup>1</sup> Délibération n° 2010-36 du 22 février 2010.

<sup>2</sup> *Rapport annuel 2006, op. cit.*, p. 24.

<sup>3</sup> LOCHAK D. in D. Borillo (dir.), *Halde : actions, limites et enjeux, op. cit.*, p. 22.

<sup>4</sup> Délibération n° 2008-179 du 1<sup>er</sup> septembre 2008 relative au refus de prestations familiales au motif que les enfants sont arrivés sur le territoire français en dehors des procédures de regroupement familial.

<sup>5</sup> AST F., « De l'(in)application de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », in F. Sudre et H. Surrel, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007, Némésis/Bruylant, 2008, coll. « Droit et justice », n° 81, p. 407.

<sup>6</sup> QUETANT G-P, « La Halde, 'bonne amie' du salarié demandeur devant le conseil de prud'hommes », *op. cit.*, p. 8. Une délibération de 2006 illustre bien cette proximité avec les jugements juridictionnels. Il s'agissait d'une réclamation d'un enseignant vacataire d'origine maghrébine qui avait essuyé un refus de nomination dans un établissement scolaire en qualité d'agent contractuel. Alors qu'il donnait satisfaction, le rectorat l'avait remplacé par un autre agent vacataire en faisant valoir devant la HALDE que des contraintes budgétaires l'empêchaient de contractualiser l'ensemble des vacataires. La HALDE a rappelé que ce choix discrétionnaire ne pouvait être fondé sur des critères discriminatoires et relève que, contrairement à l'obligation que lui impose l'aménagement de la preuve, le rectorat ne justifie pas la différence de traitement opérée entre le réclamant et un autre enseignant vacataire placé dans une situation comparable. Ici, l'AAI se comporte comme une juridiction en appliquant la règle de l'aménagement de la preuve qui s'applique aux juges civils et administratifs. La délibération ajoute que le principe d'égalité trouve à s'appliquer en l'espèce en raison de la réunion des conditions d'unité de temps, d'unité du décideur et d'unité d'objet de la décision dégagées par les conclusions du Commissaire du gouvernement D. Kessler sur C.E. 1994 *Duchêne* (HALDE, *Rapport annuel 2006, op. cit.*, p. 88).

## 2. Le risque de conflits d'interprétation

Comme l'indique J-M Belorgey, la convergence entre les démarches de la HALDE et des juridictions est inévitable car les institutions telles que la HALDE doivent clarifier la portée du droit applicable pour parvenir à la qualification juridique des faits et en amont respecter le principe du contradictoire et du droit à un procès équitable<sup>1</sup>. Par effet de contagion, « le juge inspire (...) le régulateur » car il a tendance à exiger que l'Autorité respecte les garanties qui prévalent pour lui-même, et ce parce que la décision de l'AAI préexiste à l'intervention de la juridiction et qu'elle produit des effets importants<sup>2</sup>. Ce formalisme grandissant qu'impose le respect du droit à un procès équitable et le souci de légitimation de ses décisions entraîne une certaine juridictionnalisation de l'AAI, qui pourrait être tentée de se prendre alors pour une véritable juridiction, notamment quand elle décide de mesures que « l'on pourrait qualifier, pour certaines, de para-contentieuses »<sup>3</sup>.

Ce positionnement juridique de la HALDE comme le chevauchement de compétence entre l'AAI et le juge contient un « risque de discordance dans la compréhension des règles prohibant les discriminations »<sup>4</sup>. La HALDE est en effet saisie parfois parallèlement au juge. Ses prises de position sont parfois reprises par celui-ci<sup>5</sup>. Dans cette configuration, l'interprétation dynamique de la HALDE constitue un point d'appui intéressant pour le déploiement d'un droit de la non-discrimination à la fois récent et complexe. En effet, mobilisant largement les normes communautaires et internationales, l'interprétation de la HALDE n'est pas toujours reconnue par les juridictions. L'affaire de l'*European Synchrotron* est à cet égard révélatrice. Un salarié de cette société avait saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement d'une indemnité d'expatriation réservée par

---

<sup>1</sup> BELORGEY J-M, « Discrimination. Les faits, les normes et les régulateurs », *op. cit.*, p. 531.

<sup>2</sup> CANIVET G., « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », *op. cit.*, p. 51.

<sup>3</sup> LOISEAU G., « La Halde : quelle autorité ? », *op. cit.*, p. 144.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>5</sup> Concernant un décret limitant le droit de vote et l'éligibilité des artisans étrangers aux chambres des métiers, la HALDE (délibération n° 2005-17 du 4 juillet 2005) et le juge ont rendu des décisions qui vont dans le même sens mais le Conseil d'État a été plus loin en annulant non seulement la condition de nationalité pour voter mais aussi cette même condition pour l'éligibilité (C.E., Ass., 31 mai 2006, *Gisti*, n° 273638). Toutefois, comme le rapporte D. Lochak, le MRAP, qui avait saisi la HALDE en mars 2005, n'avait sans doute pas contesté les conditions d'éligibilité devant la HALDE (*in* D. Borillo, *Halde : actions, limites et enjeux*, *op. cit.*, p. 22). Voir aussi la délibération n° 2008-69 du 7 avril 2008 considérant comme discriminatoire le statut de l'Agence France-press datant de 1967 réservant le droit de vote aux élections des représentants du personnel au conseil d'administration aux seuls ressortissants français. Le Conseil constitutionnel, saisi par la Cour de cassation dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, a été dans le même sens que la HALDE (C.C., décision n° 2011-128 QPC du 6 mai 2011, *Syndicat Sud AFP*).

convention d'entreprise aux « agents non français ». Débouté par la Cour d'appel de Grenoble conformément à l'arrêt de la Cour de cassation intervenue dans un litige identique<sup>1</sup>, le salarié s'est pourvu en cassation et a sollicité la HALDE. Cette dernière a estimé que la clause litigieuse présentait un caractère discriminatoire contraire aux dispositions de l'art. L. 1132-1 CT et des articles 12<sup>2</sup> et 13 TCE et a présenté ses observations devant la Cour. La Cour de cassation en fait mention dans son arrêt mais rejette le pourvoi car elle estime que l'interdiction communautaire ne s'applique pas à des situations purement internes et ne peut être évoquée par des salariés qui n'ont pas fait usage de leur droit de travailler dans un autre État<sup>3</sup>.

Dans nombre d'affaires, l'expertise de la HALDE est mise au service d'interprétations audacieuses concernant des législations ou réglementations discriminatoires à raison ou de l'orientation sexuelle<sup>4</sup> ou de la nationalité<sup>5</sup>. Il s'agit souvent d'affaires dans lesquelles les acteurs, notamment associatifs, se tournent vers l'AAI dans le but de faire pression sur les autorités, ce qui peut amener la HALDE à s'opposer au gouvernement. Ainsi, elle a mis en cause la politique gouvernementale relative à l'immigration<sup>6</sup>. Un positionnement identique de

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 9 novembre 2005, P+B, *Bull. civ. V*, n°312 : « si la prime d'expatriation introduit une différence de traitement entre les salariés français et les salariés étrangers, cette inégalité vise non seulement à compenser les inconvénients résultant de l'installation d'un individu et de sa famille en pays étranger, mais aussi à faciliter l'embauche des salariés ressortissants non français (...) afin de contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique internationale » (raison objective étrangère à toute discrimination en raison de la nationalité).

<sup>2</sup> La Cour de cassation avait indiqué le 9 novembre 2005 dans un attendu de principe que l'art. 12 TCE devait être écarté car « n'ayant vocation à s'appliquer que dans des situations régies par le droit communautaire » (en l'occurrence cette disposition est destinée à garantir la libre circulation des travailleurs)

<sup>3</sup> Cass. soc., 17 avril 2008, n° 07-16824, *Bull. civ. V*, n° 95 ; comm. de J-P Lhernould, *Semaine sociale Lamy*, 7 janvier 2006, n° 1243, p. 12.

<sup>4</sup> Délibération n° 2007-366 du 11 février 2007 relative au caractère discriminatoire d'une convention collective qui réserve le bénéfice des congés pour événements familiaux aux seuls salariés mariés ; délibérations n° 2007-203 du 3 septembre 2007 et n° 2009-336 du 28 septembre 2009 relatives au « congé paternité » pour les couples de même sexe...

<sup>5</sup> Voir notamment la délibération n° 2009-385 du 30 novembre 2009 relative aux conditions de séjour de la procédure de droit au logement opposable. La condition d'une résidence préalable de 2 ans au moins pour pouvoir soumettre un dossier à la commission chargée de la procédure DALO, condition de résidence préalable imposée aux seuls ressortissants non communautaires, apparaît comme un traitement défavorable fondé sur la nationalité qui n'apparaît pas justifié et proportionné à l'objectif poursuivi par la loi DALO qui est de garantir le droit à un logement décent pour les personnes les plus démunies. La HALDE recommande l'abrogation de la disposition du décret n° 2008-908 et décide de présenter ses observations devant le Conseil d'État qui a été saisi (recours toujours en cours).

<sup>6</sup> Pour exemple, délibération n° 2008-149 du 15 septembre 2008 au sujet de la circulaire du 20 décembre 2007 du ministère de l'Immigration. Cette circulaire établissait deux listes de métiers connaissant des difficultés de recrutement pour lesquels les demandes de régularisation au titre du travail pouvaient être déposées sans que la situation de l'emploi en France ne puisse être opposée. La première liste fixait 150 métiers « en tension » à destination des ressortissants des Etats membres de l'UE soumis à des dispositions transitoires ; la seconde, qui ne comportait que 30 métiers, concernait les ressortissants des pays tiers, exception faite des Tunisiens et des Algériens. Le collège de la HALDE indique que cette gestion de l'embauche est « nécessairement contraire au respect du principe de non-discrimination » car « des modalités de sélection variables en fonction des pays d'origine des migrants ouvriraient la voie à la sélection de travailleurs sur des bases ethniques, et non

l'Autorité a pu être observé concernant la question des emplois fermés aux ressortissants extracommunautaires<sup>1</sup>. La portée de ses délibérations est limitée : n'étant pas une juridiction, elles ne sauraient avoir pour effet de rendre inapplicable la disposition législative<sup>2</sup> ou réglementaire en cause.

Plus qu'une dualité d'interprétation pouvant opposer juridictions et HALDE (ses délibérations n'ont pas valeur de chose jugée), l'interprétation dynamique de cette « entité doctrinaire »<sup>3</sup> qu'est devenue la haute autorité résulte, selon Jean-Michel Bélorgey ancien membre du collège, d'un « rapport plus libre et plus imaginatif, mais également rigoureux avec le droit »<sup>4</sup> et pourrait positivement influencer les juridictions. En effet, la HALDE a pour mission de se focaliser sur le respect des textes prohibant les discriminations alors que les juridictions ont une vision englobant d'autres principes de droit<sup>5</sup>. L'influence de l'AAI pourrait donc permettre que la conciliation s'opère davantage en faveur du principe de non-discrimination rehaussé et reconsidéré dans son contenu.

#### B) Une interprétation écoutée par le juge

Nous avons pu voir que les recommandations de la HALDE étaient souvent suivies par les autorités et le gouvernement du fait des qualités d'expertise de l'institution et de sa légitimité grandissante<sup>6</sup>. Concernant ses rapports avec les juridictions - cette collaboration attendue est explicitement prévue par les textes, il est difficile de vérifier le degré de

---

*uniquement sur les compétences professionnelles* ». Néanmoins, le Conseil d'Etat a validé cette circulaire (C.E., 23 octobre 2009, *Gisti*, n° 314397, 314853, 314854) .

<sup>1</sup> Délibération n° 2009-139 du 30 mars 2009.

<sup>2</sup> C.A.A. Bordeaux, 31 décembre 2008, n° 08BX01658.

<sup>3</sup> LOISEAU G., « La Halde : quelle autorité ? », *op. cit.*, p. 146.

<sup>4</sup> BELORGEY J-M, « Discrimination. Les faits, les normes et les régulateurs », *op. cit.*, p. 532.

<sup>5</sup> LOISEAU G., « La Halde : quelle autorité ? », *op. cit.*, p. 146. Dans l'affaire du Synchrotron, la juridiction sociale a ainsi appliqué le principe « à travail égal, salaire égal » qui autorise des différences de traitement lorsque la situation n'est pas comparable ou qu'il existe un motif légitime.

<sup>6</sup> V. pour exemple délibération n° 2005-33 du 26 septembre 2005. La réclamation portait sur le rejet par une agence immobilière d'un dossier au motif que la caution résidait dans les DOM, argument confirmé lors d'une conversation téléphonique enregistrée par les victimes en présence d'un témoin. Lors de l'instruction de la HALDE, la gérante a expliqué le rejet du dossier car dans l'immeuble concerné, il y avait déjà des personnes étrangères ou d'origine étrangère mais il s'est avéré que la candidate finalement retenue pour l'appartement avait des revenus moindres que la réclamante et ne proposait aucune garantie certaine : le refus justifié par le lieu de résidence de la caution cachait une discrimination intentionnelle fondée sur l'origine. La HALDE décida de transmettre au procureur le dossier et recommanda en outre, comme nous l'avons vu, l'abrogation de l'art. 22-1 de la loi du 6 juillet modifiée afin de supprimer la condition de résidence dans le ressort de la cour d'appel du domicile.

reconnaissance par les juridictions des interprétations juridiques de la HALDE étant donné les longs délais de la justice.

La HALDE facilite l'accès au juge : une fois la discrimination caractérisée à l'aune des investigations menées, la HALDE peut orienter la victime vers la justice. Ainsi, si elle juge le délit de discrimination caractérisé, la HALDE « *en informe* » le parquet conformément à l'art. 12 de la loi du 30 décembre 2004<sup>1</sup>. Cette transmission au parquet de tout fait constitutif d'un délit ou d'un crime découle d'une obligation tirée de l'art. 40 CPP<sup>2</sup> qui s'applique à tout agent public et à toute AAI « *dès lors que les faits sont suffisamment établis et portent une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions dont elle a pour mission d'assurer l'application* »<sup>3</sup>. Néanmoins, cette communication au parquet peut déboucher sur une véritable collaboration si les résultats de l'enquête diligentée par HALDE sont transmis à l'appui du dossier et emportent la conviction du juge<sup>4</sup>. La HALDE peut inviter le réclamant à exercer un recours devant les juridictions civiles ou administratives mais la victime peut directement faire appel à sa complémentarité avec le juge en sollicitant son intervention à l'audience, comme le prévoit l'art. 13 de la loi du 30 décembre 2004.

L'ensemble des juridictions peuvent, d'office ou à la demande des parties, inviter la HALDE à présenter des observations. Elle formule alors par écrit ses conclusions et se fait représenter lors du procès par un avocat. À l'origine, la Haute autorité ne s'était vue reconnaître la possibilité de délivrer ses observations que devant le seul juge pénal. Mais la circulaire du 3 octobre 2005 est venue étendre cette possibilité aux juridictions civiles<sup>5</sup>, puis,

---

<sup>1</sup> Art. 12 de la loi du 30 décembre 2004 modifiée indique que « *Sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 11-1, lorsqu'il apparaît à la haute autorité que les faits portés à sa connaissance sont constitutifs d'un crime ou d'un délit, elle en informe le procureur de la République* ». Cette rédaction maintient une incertitude sur le fait de savoir si ce pouvoir de transmission à la justice des faits constitutifs d'un délit de discrimination est une obligation ou une simple faculté de la HALDE.

Le rapport Stasi proposait aussi qu'un dispositif permettant à la HALDE d'apporter son concours financier aux affaires soulevant des questions de principe et susceptibles de faire évoluer la jurisprudence soit mis en place comme s'est notamment le cas au Royaume-Uni (B. STASI, *op. cit.*, p. 65-66). Il envisageait aussi, comme dans le cas du Centre pour l'égalité des chances belge, que l'autorité dispose de la prérogative de se porter partie civile dans les affaires symboliques (*Ibid*, p. 76).

<sup>2</sup> Selon l'art. 40 CPP, « *toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ».

<sup>3</sup> C.E., sect., 27 octobre 1999, *Solana c/ CNIL*, n° 1963069, *Rec. Lebon*, p. 333. Précisions reprises au point 3.3 de la Circulaire de la direction des affaires criminelles du 3 octobre 2005 relative à la HALDE.

<sup>4</sup> Par sa délibération n° 2007-186, la HALDE a décidé de transmettre l'affaire et les éléments d'enquête réunis. Elle a par la suite décidé de délivrer ses observations devant le tribunal correctionnel pour rappeler « *la distinction entre l'élément intentionnel exigé par la loi pour rendre le délit de discrimination poursuivable d'une part et, d'autre part, les convictions personnelles de l'auteur d'une discrimination, qui n'ont aucune incidence sur la caractérisation du délit* » (délibération n° 2009-213 du 14 septembre 2009). Le juge a condamné l'employeur pour discrimination « raciale » à l'embauche (TGI Versailles, 8 mars 2010).

<sup>5</sup> Art. 4-2 de la circulaire de la direction des affaires criminelles du 3 octobre 2005.



face à « l'attentisme des juges »<sup>1</sup>, la loi du 31 mars 2006 a transformé cette possibilité d'audition en droit quand la Haute autorité en fait la demande<sup>2</sup>. Ce pouvoir fait d'elle une AAI puissante, car rares sont celles qui peuvent être sollicitées par les juges pour leur expertise<sup>3</sup>, et, seule la HALDE peut intervenir à la demande d'un juge d'instruction dans la phase préparatoire pour poursuivre les investigations avec ses qualités d'expertise particulières<sup>4</sup>.

### 1. *Le statut juridique des observations de la HALDE*

La HALDE intervient aujourd'hui régulièrement devant les tribunaux<sup>5</sup>. Cette disposition lui permet ainsi de jouer pleinement son rôle initial « de soutien aux victimes de discriminations »<sup>6</sup> puisque ni les juges ni les défendeurs ne peuvent s'opposer à son intervention<sup>7</sup>. La chambre criminelle de la Cour de cassation ayant affirmé que l'art. 13 de la loi du 30 décembre 2004 amendée « ne contient que des dispositions de procédure fixant les modalités de poursuites », il est applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur et sans application donc du principe de non-rétroactivité<sup>8</sup>. Selon Serge Petit, cette interprétation se réfère à « des observations objectives des faits telle qu'elle pourrait résulter

---

<sup>1</sup> QUETANT G-P, « La Halde, 'bonne amie' du salarié demandeur devant le conseil de prud'hommes », *op. cit.*, p. 4. Pour exemple, dans le dossier relatif aux pensions des anciens fonctionnaires civils et militaires des anciennes colonies, le GISTI, association requérante, avait suggéré au Conseil d'État de solliciter la HALDE pour présenter ses observations. Mais le juge avait estimé qu'il n'y avait pas lieu de le faire (C.E., 18 juillet 2006, n° 274664, *GISTI*).

<sup>2</sup> Art. 42 de la loi n° 2006-396 modifiant l'art. 13 de la loi du 30 décembre 2004. Pour ce qui est des prud'hommes, étant donné leur composition paritaire, il est moins probable que les juges fassent le choix d'interroger la HALDE.

<sup>3</sup> Le Conseil de la concurrence (art. L. 462-3 Code de commerce) et l'Autorité des marchés financiers (art. L. 621-20 Code monétaire et financier) peuvent être consultés par les juridictions. Si les tribunaux demandent l'intervention de la HALDE alors que celle-ci n'a pas encore été saisie, ils devront lui transmettre leurs dossiers.

<sup>4</sup> ROUSSEL G., « L'avis de la HALDE en matière de discrimination : une règle de procédure directement applicable », *Actualité juridique – Pénal*, n° 3/2007, p. 131.

<sup>5</sup> Le nombre d'interventions devant les juridictions varient : 1 en 2005, 48 en 2006, 115 en 2007 et 64 en 2008, 212 en 2009 (HALDE, *Rapport annuel 2008, op. cit.*, pp. 19-20 ; *Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 20).

<sup>6</sup> Rapport de M. J-R Lecerf, au nom de la commission des lois, Sénat, n° 35, annexe au P-V de la séance du 17 novembre 2004, p. 53.

<sup>7</sup> Néanmoins, le juge n'est pas toujours tenu de faire droit à une demande tendant à ce que la HALDE présente ses observations. La Chambre sociale s'est prononcée sur une demande d'intervention de l'AAI sollicitée par le salarié intervenant après les délais prescrits pour le dépôt de moyens complémentaires : la Cour a estimé irrecevable la demande tardive du salarié (Cass. soc., 21 février 2007, n° 05-40034). Une juridiction administrative a aussi refusé une sollicitation identique car si la HALDE avait bien été saisie d'une demande de production d'observations par le requérant, cette demande était toujours en cours et la HALDE n'avait pas sollicitée la Cour afin d'être entendue alors qu'un avis d'audience lui avait été adressé (C.A.A. Bordeaux, 4<sup>ème</sup> ch., 30 juillet 2009, n° 08BX00717). Concernant le défendeur, si l'instruction de la réclamation conduit la HALDE à écarter le grief de discrimination, celui-ci est dans l'impossibilité de pouvoir lui demander de faire part aux juges de l'absence de faits relevant de la discrimination alors même qu'il ne peut s'opposer à sa venue.

<sup>8</sup> Art. 112-2, 2° CP. V. Cass. crim., 24 janvier 2007, n° 06-88080, *D.* 2007. p. 2632, Obs. G. Roujou de Boubée (la personne morale mise en cause contestait l'intégration dans la procédure de l'avis de la HALDE qui avait servi de base à sa mise en examen alors même que les faits étaient antérieurs à la loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité).

de l'expertise d'un organe spécialisé de nature à éclairer le juge de façon à mieux caractériser la situation discriminatoire »<sup>1</sup>. Dans le même sens, le secrétaire général du Conseil d'État a indiqué que les observations de la Haute autorité doivent simplement « *permettre aux juridictions de bénéficier de sa connaissance du dossier et de son expertise en matière de discrimination* »<sup>2</sup>. Néanmoins, le statut juridique de la HALDE lors de l'audience est encore flou<sup>3</sup>.

La circulaire de la direction des Affaires criminelles du 3 octobre 2005 précisait que la Haute Autorité n'avait pas la qualité de partie à l'instance<sup>4</sup>, ce qui est réaffirmé en 2008 par Frédéric Burnier, chargé de la coordination des enquêtes auprès de la HALDE<sup>5</sup>. Mais ce droit d'audition ne reçoit aucune qualification législative et ne fait l'objet d'aucune disposition dans le code de procédure civile. La qualité d'intervenante ou d'amie de la Cour (*amicus curiae*), évoquée dans les articles 27 et 181 du code de procédure civile ne peut être reconnue à la HALDE que lorsqu'elle est sollicitée par les juridictions ou les parties, qu'elle n'a pas eu connaissance des faits et qu'elle n'a pas été antérieurement saisie pour ces mêmes faits<sup>6</sup>. Si le statut de la HALDE, lorsqu'elle présente des observations de son propre chef, n'est pas très éloigné de celui d'un intervenant volontaire, la jurisprudence semble avoir tergiversé pour qualifier son intervention. Le Conseil d'État s'est montré très ambigu<sup>7</sup> mais la chambre sociale de la Cour de cassation a tenu à rappeler en 2010 que la HALDE n'avait qu'un statut d'observateur et non de partie<sup>8</sup>.

Cette hésitation provient du manque de clarté du positionnement de la Haute autorité. Certains estiment qu'elle ne s'exprime pas véritablement en « technicienne de la

---

<sup>1</sup> PETIT S., COHEN C., « La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ? », *Recueil Dalloz*, n° 22, 2008, pp. 1522.

<sup>2</sup> Circulaire du 25 mars 2007 relative aux rapports entre la HALDE et les juridictions administratives. Citée par G. CALVES, *In* « Le contrôle juridictionnel des questions posées lors de l'épreuve d'entretien », note sur CE, 10 avril 2009, n°311888, *M. El Haddioui, RFDA*, 13 juillet 2009, p. 1387.

<sup>3</sup> V. NIORE, « La HALDE : ni partie ni témoin. La recherche de son statut dans le procès pénal », *Gaz. Pal.*, 29 septembre 2007, n° 272, pp. 2-9.

<sup>4</sup> Voir pour exemple, C.A. Paris, 12 décembre 2007, n° 05/08756, C.A. Paris, 26 mars 2008, n° 05/00312, C.A. Paris, 13 mai 2008, n° 08/011067

<sup>5</sup> BURNIER F., « La HALDE et l'entreprise, pouvoirs et enjeux », *Droit social*, 2008, p. 1045

<sup>6</sup> V. LAURIN Y., « La consultation par la Cour de cassation de 'personnes qualifiées' et la notion d'*amicus curiae* », *JCP G*, 2001, n° 38.

<sup>7</sup> C.E., 10 avril 2009, n° 311888, *El Haddioui*. Après le prononcé des conclusions du rapporteur public, le Conseil d'État a redonné étrangement la parole à l'avocat de la HALDE à l'instar des parties. Cette application surprenante du nouvel article R. 733-1 du code de justice administrative s'explique selon G. Calvès « par le désir d'afficher une volonté de 'prendre au sérieux' le droit de la non-discrimination » (*in* « Le contrôle juridictionnel des questions posées lors de l'épreuve d'entretien », *op. cit.*, p. 1388).

<sup>8</sup> Cass, soc., 2 juin 2010, n° 08-40628 (censure partielle de l'arrêt C.A. Paris du 12 décembre 2007).

discrimination en général et neutre » mais pour le compte du salarié demandeur<sup>1</sup>. Il peut arriver que les arguments d'intérêt général ne s'accordent pas avec la stratégie envisagée par l'avocat de la victime<sup>2</sup>. Pour autant, la complémentarité entre juge et AAI a été provoquée et organisée au service des victimes de discrimination qui continuent de rencontrer de nombreuses difficultés pour faire valoir leurs droits. Ce faisant, l'intervention de la HALDE au profit du salarié pourrait, aux yeux de certains, venir déséquilibrer le procès et se révéler ainsi contraire à l'art. 6 de la Conv. EDH<sup>3</sup>. La HALDE va en effet user de ses pouvoirs exorbitants pour aider le réclamant à constituer son dossier, délibérer sur les faits puis venir soutenir ses prétentions devant le juge par son propre ministère d'avocat. Concernant d'autres AAI, telle l'ancienne COB ou le Conseil de la concurrence, la Cour de cassation a exclu que la faculté de présenter des observations écrites puisse constituer une atteinte à l'art. 6 de la Conv. EDH en s'appuyant sur le fait que les autorités en question n'intervenaient pas comme partie à l'instance<sup>4</sup>. De plus, le commissaire du gouvernement Luc Derepas, dans ses conclusions sur l'arrêt *Editions Tissot* du 13 juillet 2007, a rappelé que « *la qualification d'acte discriminatoire que la HALDE peut retenir [...] n'a d'autre portée que celle qui résulte de l'autorité morale de l'institution. [...] Tout au plus peut-elle être invoquée devant les juridictions, comme élément d'appréciation parmi d'autres, avec un poids particulier mais sans force contraignante* »<sup>5</sup>. Comme le prévoit la Cour européenne des droits de l'homme, le défendeur aura aussi la faculté dans le cadre de la procédure contradictoire « *de prendre connaissance des observations ou pièces produites (...) ainsi que d'en discuter* »<sup>6</sup>. La compatibilité des observations de la HALDE avec la Conv. EDH, maintes fois questionnée par les avocats des employeurs, a été encore récemment rappelée par la Cour de Cassation<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> QUETANT G-P, « La Halde, 'bonne amie' du salarié demandeur devant le conseil de prud'hommes », *op. cit.*, p. 7.

<sup>2</sup> TGI Paris, 31<sup>ème</sup> ch. corr., 1<sup>er</sup> juin 2006, *MP c/ Delsaut SAS Adecco et al.*, n° 0204390250. Le directeur juridique de la HALDE indiquait ainsi que « *lorsqu'elle est saisie par un magistrat ou à la demande des parties, elle rend ses observations de manière impartiale. Elle peut mettre en difficulté aussi bien l'avocat du salarié que celui de l'employeur* » (in actes du colloque HALDE-CNB, 15 novembre 2007, « Discrimination : nouveaux risques et enjeux », p. 43).

<sup>3</sup> PETIT S., COHEN C., « La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ? », *op. cit.*, p. 1521.

<sup>4</sup> Cass. com., 9 avril 1996, *Bull. civ. IV*, n° 115, p. 96 (COB) ; Cass. com., 27 janvier 1998, *Bull. civ. IV*, n° 42, p. 32 et Cass. com., 20 février 2007, n° 06-13498 (Conseil de la concurrence).

<sup>5</sup> DEREPAS L., « Le régime contentieux des décisions prises par la HALDE », *op. cit.*, p. 2145.

<sup>6</sup> Cour EDH, 23 juin 1999, *Ruiz Matéos c/Espagne*, série A, n° 262.

<sup>7</sup> Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40628. Le pourvoi était dirigé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 décembre 2007, qui a déclaré régulière l'intervention volontaire de la HALDE et s'est fondé sur ses conclusions pour considérer que la preuve de la discrimination était rapportée.

## 2. Une influence parfois déterminante

Il est très probable que cette « bonne amie du salarié »<sup>1</sup> sera amenée à intervenir d'autant plus souvent à l'appui de recours en discrimination que ses pouvoirs d'enquête et son expertise constitueront de solides points d'appui pour les victimes<sup>2</sup>. Si la situation reste nuancée, certaines observations de la HALDE peuvent se révéler particulièrement judicieuses en tant qu'elles apportent de nouveaux éléments de preuve<sup>3</sup> et donnent une interprétation juridique des faits au regard du droit rénové de la non-discrimination<sup>4</sup>.

La HALDE multiplie ses interventions devant les tribunaux, même si il lui arrive souvent de présenter ses observations dans des dossiers dont elle a eu connaissance par les médias et dont elle n'a pas eu l'initiative. Cette collaboration entre les institutions est-elle néanmoins efficace ? Le caractère décisif des observations de l'AAI est difficile à évaluer objectivement étant donné les délais de la justice mais surtout en raison du manque de transparence et de la publicité partielle du suivi assuré par la HALDE de la jurisprudence des juridictions devant lesquelles elle est intervenue. Si l'on s'en tient aux éléments délivrés par l'Autorité, 81% des observations présentées par la HALDE entre 2005 et 2009 devant les tribunaux sont suivies favorablement par les juges pour les cas où un jugement est déjà intervenu<sup>5</sup>, ce qui démontre tout autant son pouvoir d'influence sur les juges du fond que la proximité d'analyse des deux institutions<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> QUETANT G-P, « La Halde, 'bonne amie' du salarié demandeur devant le conseil de prud'hommes », *op. cit.*, p. 7

<sup>2</sup> La Chambre sociale de la Cour de cassation semble ainsi s'être préparée à faire face à un afflux de demandes d'intervention de la HALDE : les affaires relatives à des griefs fondés sur la discrimination sont regroupés afin d'être examinées au cours d'audience spécialisées dans la tenue sera régulière. In PETIT S., COHEN C., « La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ? », *op. cit.*, p. 1522

<sup>3</sup> Voir C.A. Paris, 26 mars 2008, *Mme Héloïse A. c/ SA GFI Informatique*, RG n°05/00312 : recevabilité des observations de la HALDE et des pièces produites volontairement par l'employeur sur demande de la Haute autorité qui vont emporter la conviction du juge.

<sup>4</sup> Voir notamment en la matière la forte influence de la HALDE dans l'émergence des premiers arrêts sur la discrimination à l'embauche fondé sur l'âge : délibération n° 2006-20 du 6 février 2006 (la HALDE a fait appel à un expert extérieur pour analyser les candidatures et le recrutement final), C.P.H. de Saintes, 21 janvier 2008 (requérante déboutée), C.A. Poitiers, 17 février 2009, n° 08/00461 (l'ensemble du raisonnement de la HALDE est repris et la discrimination reconnue).

<sup>5</sup> HALDE, *Rapport annuel 2010*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>6</sup> Voir pour exemple, les délibérations n° 2008-38 et 2008-39 du 3 mars 2008 et le jugement du C.P.H. de Douai du 19 mars 2010 : la discrimination à l'encontre de dix anciens mineurs marocains dans la possibilité de convertir leurs avantages en nature en un capital versé en une seule fois par rapport à leurs collègues français et européens est reconnue (40.000 € d'indemnités devront être versés à chacun par agence nationale pour la garantie des droits des mineurs).

La HALDE parvient régulièrement à faire valoir efficacement devant les tribunaux son interprétation des faits et du droit, notamment concernant la protection contre les représailles subies par les victimes ou témoins de discriminations<sup>1</sup>. De nombreuses affaires illustrent particulièrement l'ascendant de l'AAI<sup>2</sup>. Le Conseil des Prud'hommes de Caen a ainsi pris directement appui sur les observations de la HALDE<sup>3</sup> pour retenir la notion de discrimination par association dans une affaire d'inégalité de traitement en raison des activités syndicales du conjoint de la salariée<sup>4</sup>. Le Conseil d'État dans son arrêt du 10 avril 2009 annulant les résultats d'un concours interne de police nationale a considéré, comme la HALDE, que les questions posées au requérant par le jury au cours de son entretien constituent une discrimination fondée sur l'origine et la religion interdite par l'art. 6 de la loi du 13 juillet 1983 et révèlent « une méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics »<sup>5</sup>. Le juge administratif a ainsi défini un régime adapté de l'aménagement de la charge de la preuve<sup>6</sup>. De même, l'interprétation de l'aménagement de la preuve de la HALDE est de plus en plus souvent suivie par le juge<sup>7</sup>. Les parquets, au sein desquels un interlocuteur identifié de la HALDE a été désigné, semblent aussi de plus en plus enclins à demander l'avis expert de l'AAI<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Ainsi, dans une affaire où le salarié avait mis en cause son employeur pour discrimination dans l'octroi d'une prime à raison de l'origine, le licenciement, survenu peu de temps après l'intervention de l'inspection du travail, a été considéré comme une mesure de rétorsion. La HALDE demanda alors à être entendue par le Conseil des prud'hommes saisi par le salarié, en rappelant que son audition était de droit (délibération n° 2006-152 du 12 juin 2006). Le C.P.H. annula le licenciement en accordant 248.949€ d'indemnités au réclamant (C.P.H. Fort-de-France, 12 mars 2009 cité in HALDE, *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 25). Le juge prud'homal a aussi repris le raisonnement de la HALDE concernant un licenciement identifié comme discriminatoire suite au défaut d'aménagement du poste de travail d'une salariée malade (délibération n° 2009-414 du 21 décembre 2009, C.P.H. Nantes, 22 avril 2010, n° 10/00250).

<sup>2</sup> C.A. Amiens, 24 mars 2009, n° 08/02404 (observations de la HALDE suite à délibération n° 2008-179 relative au refus de prestations familiales pour les enfants arrivés hors procédures de regroupement familial) ; C.P.H. Aix en Provence, 14 mai 2009, n° F05-004555 (requalification du contrat de saisonnier OMI en CDI et homologation d'une transaction entre le requérant et l'exploitant agricole d'un montant de 40.000 €) et C.E., 9 juin 2010, n° 320116 (injonction au Préfet de délivrer les cartes de séjour temporaire et 3.000 € de dommages et intérêts) faisant suite aux délibérations n° 2008-283 et 2009-34, *op. cit.*

<sup>3</sup> HALDE, délibération n°2007-75 du 26 mars 2007. La HALDE revendique à cet égard son influence en faisant connaître par voie de communiqué cette innovation dont elle est à l'origine. V. HALDE, Communiqué de presse du 27 novembre 2008, « Discriminée parce que son conjoint est syndicaliste. Une salariée obtient des dommages et intérêts ».

<sup>4</sup> C.P.H. Caen, 25 novembre 2008, *X c/ ED*, n° F06/120 : attribution de 15.000 € de dommages et intérêts à la salariée et nullité de son licenciement. Ce jugement consacre pour la première fois en droit français l'interdiction de la « discrimination par association », c'est-à-dire la discrimination d'une personne en raison des liens qui l'unissent à une autre personne

<sup>5</sup> HALDE, Délibération n° 2008-164 du 7 juillet 2008 et CE, 10 avril 2009, n° 311888, *El Haddioui*, *op. cit.*

<sup>6</sup> C.E., 30 octobre 2009, n° 298348. V. *Infra*, pp. 265-266.

<sup>7</sup> Voir la délibération n° 2008-23, *op. cit.* et C.A. Versailles, 17<sup>ème</sup> ch., 2 décembre 2009, n° 08/02019, *SCP Jacques c/M. Mansory* (le C.P.H. de Chartres avait le 30 avril 2008 annulé le licenciement abusif ce que la Cour d'appel a confirmé en sus de reconnaître la discrimination « raciale »). V. *Infra*, p. 180.

<sup>8</sup> 22 demandes d'avis en 2010. V. notamment délibération n° 2010-77 relative à l'exercice du droit de préemption d'un maire pour empêcher l'acquisition de biens immobiliers par des personnes d'origine

Cependant, le raisonnement porté par l'AAI ne s'impose pas toujours avec facilité. Ainsi, la HALDE avait été saisie d'une réclamation d'un intérimaire d'origine maghrébine qui se plaignait d'avoir vu sa candidature pour un poste permanent rejetée alors qu'il avait effectué quatre longues missions pour l'entreprise Airbus depuis 2000. Constatant l'absence totale de transparence dans la procédure de recrutement, l'absence d'élément objectif justifiant le non-recrutement du réclamant, un recrutement de salariés d'origine maghrébine ou de nationalité étrangère inexistant (suite à une analyse comparative audacieuse), la HALDE a décidé de présenter ses observations devant le juge prud'homal saisi<sup>1</sup>. Malgré les observations de la HALDE ainsi que l'enquête de la CGT, il fallut attendre l'appel pour voir reconnaître par le juge l'existence d'une discrimination « raciale »<sup>2</sup>. De même, alors que la HALDE présentait à la demande du salarié des observations identifiant un harcèlement discriminatoire dont la contestation avait entraîné un licenciement abusif<sup>3</sup>, la juridiction sociale ne la suivit pas sur ce terrain<sup>4</sup>. L'influence de la HALDE sur les juges du fond reste donc relative : les juridictions - peu familiarisées encore au droit de la non-discrimination - restent souveraines et la jeunesse de la HALDE pèse sur la légitimité de son expertise.

## §2) Vecteur d'une nouvelle dynamique juridictionnelle

La HALDE n'a vocation à se substituer ni aux associations ni à la justice mais elle pourrait jouer « un rôle d'aiguillon » pour dynamiser un contentieux très faible<sup>5</sup>. En effet, elle favorise l'émergence de la jurisprudence en participant à la formation du personnel de justice au droit à la non-discrimination (A). Surtout, elle oriente le mouvement de

---

maghrébine dans sa commune : la HALDE a développé un raisonnement juridique pour considérer le maire comme coauteur de refus de vente discriminatoire et ainsi contourner la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle a été suivie par la Cour d'appel de Grenoble (16 juin 2010, n° 09/01625, *op. cit.*). In HALDE, *Rapport annuel 2010, op. cit.*, p. 3. V. *supra* pp. 219-220.

<sup>1</sup> Délibération n° 2008-135 du 16 juin 2008. L'objectif de la HALDE était d'amener le juge civil à se reconnaître compétent pour les litiges relatifs à la discrimination à l'embauche afin de bénéficier de l'aménagement de la preuve.

<sup>2</sup> C.P.H. Toulouse, 11 décembre 2008, *Louzaï et CGT c/ Airbus* ; C.A. Toulouse, 4<sup>ème</sup> ch. sect. 2, 19 février 2010, n° 08/08630. Ce jugement d'appel reprend l'étude de la HALDE sur les embauches au sein du groupe Airbus entre 2000 et 2006 ainsi que son analyse sur l'absence de transparence du processus de recrutement. V. *Supra*. pp. 179-180.

<sup>3</sup> Délibération n°2005-115 de janvier 2006.

<sup>4</sup> C.A. Dijon, ch. soc., 31 mai 2007, *SA BAYARDON c/ Mohamed SNATAH*, RG n° 06/01279.

<sup>5</sup> Mme Catherine VAUTRIN, secrétaire d'État à l'intégration et à l'égalité des chances. In Rapport de M. J-R Lecerf, au nom de la commission des lois, Sénat, n° 35, annexe au P-V de la séance du 17 novembre 2004, Annexes, p. 112.

juridictionnalisation auquel elle participe : en effet, elle peut favoriser la pénalisation des discriminations si elle multiplie les transmissions auprès du procureur et elle conseille aux réclamants le recours aux juridictions qu'elle estime compétentes et pertinentes (B).

#### A) La formation du personnel de justice et des praticiens du droit

Le personnel des juridictions tout comme les praticiens du droit constituent les vecteurs centraux d'une éventuelle juridictionnalisation des discriminations comme de l'expansion de la doctrine élaborée par la HALDE. Or « l'expertise des questions de discrimination n'est répandue ni au sein de l'institution judiciaire ni au sein des corps, notamment de police et de gendarmerie, exerçant des missions de police judiciaire »<sup>1</sup> et leur investissement reste encore limité. Pour optimiser la protection juridictionnelle du droit à la non-discrimination, il apparaît nécessaire de sensibiliser et de former les praticiens au droit de la non-discrimination.

À cet égard, la HALDE, conformément à l'art. 15 de la loi du 30 décembre 2004, est impliquée dans la formation des acteurs du droit à la lutte contre les discriminations qu'il s'agisse des avocats, des magistrats, des policiers et des gendarmes<sup>2</sup>. Afin de « construire une politique pénale de lutte contre les discriminations », divers outils de sensibilisation des magistrats ont été élaborés avec l'appui de programmes d'action communautaire<sup>3</sup>. Un partenariat a été engagé avec l'Ecole nationale de la magistrature (ENM) tant au niveau de la formation initiale que de la formation continue pour construire un module de formation sur le droit en matière de discrimination<sup>4</sup>. Enfin, les procureurs et magistrats référents « Racisme et antisémitisme » se sont vus adjoindre les questions de discriminations et constituent les référents pour les relations avec la HALDE. Ils symbolisent ainsi cette complémentarité<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, *op. cit.*, p. 12.

<sup>2</sup> La HALDE a mis en place avec la police et la gendarmerie nationale un module de formation afin de recueillir et de traiter plus efficacement les plaintes pour discriminations (HALDE, *Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 55).

<sup>3</sup> Le programme d'action communautaire 2001-2006 finance des séminaires organisés par l'Académie du droit européen depuis 2003 et destinés à former et sensibiliser le personnel judiciaire que sont les avocats, les juges et les procureurs pour qu'ils veillent à l'application des lois nationales transposant les directives de 2000. En avril 2006, près de 258 juges et 198 avocats de différents États membres avaient participé à ses séances de formations juridiques organisées à Trèves, en Italie.

Voir [www.era.int/web/fr/html/nodes\\_main/4\\_1649\\_490/4\\_1087\\_539/5\\_1070\\_66.htm](http://www.era.int/web/fr/html/nodes_main/4_1649_490/4_1087_539/5_1070_66.htm)

<sup>4</sup> HALDE, *Rapport annuel 2006, op. cit.*, p. 60

<sup>5</sup> Circulaire de la Direction des affaires criminelles du 26 juin 2006, *op. cit.*, Conclusion.

La HALDE a ainsi noué des relations avec l'ensemble des acteurs concernés. Elle s'est engagée à mettre en œuvre des programmes de formation avec le Conseil national des barreaux<sup>1</sup> afin de développer la compétence des avocats en matière de contentieux sur les discriminations et de recherche de la preuve, « nœud gordien du litige »<sup>2</sup>. Ce programme de formation continue a aussi pour but de bâtir un réseau d'avocats référents capables de représenter la HALDE devant les tribunaux et de procéder à des médiations. La Haute autorité a aussi institutionnalisé ses rapports avec d'autres acteurs responsables d'investigation sur les discriminations. La HALDE a ainsi passé convention avec la Direction générale de la police nationale (DGPN)<sup>3</sup> et conçu un guide procédural et des modèles de procès-verbaux destinés à faciliter le travail des policiers pour l'enregistrement des plaintes pour discrimination. Des formations doivent être aussi dispensées dans les commissariats, notamment en vue de qualifier certains agents comme relais sur les questions de discriminations<sup>4</sup>. Enfin, la Haute autorité peut être sollicitée pour définir et suivre les politiques d'action et est associée aux actions de formation de l'inspection du travail<sup>5</sup>. Si des progrès sensibles ont été accomplis, la formation et la sensibilisation des professionnels de la justice concernant la notion de discrimination indirecte reste encore largement à mener<sup>6</sup>.

## B) Orienter la juridictionnalisation des discriminations constatées

Conformément aux plus fameux de ses épigones étrangers, la HALDE est en mesure de favoriser la juridictionnalisation des discriminations qu'elle constate. Mais, contrairement à certaines de ses consœurs<sup>7</sup>, elle n'a pas le pouvoir d'intenter directement des actions en

---

<sup>1</sup> Convention de partenariat entre la HALDE et le Conseil national des Barreaux (CNB), 12 janvier 2006. Suite à cette convention, plusieurs colloques ont été organisés conjointement.

<sup>2</sup> LATRAVERSE S., in Conseil national du Barreau (CNB), *État des lieux de la discrimination*, Actes du Colloque organisé en partenariat avec la HALDE, Paris, 12 décembre 2005, p. 14. Il s'agit d'améliorer la compétence professionnelle des avocats quant au moment propice où devrait se dérouler l'étape de demande de documents et d'expliquer aux avocats qu'ils doivent constituer leur dossier en amont et non plus seulement à l'étape du bureau de jugement pour préparer l'argumentation de leur demande de document. Le moment crucial pour demander les documents ou demander l'expertise de la HALDE semble être l'audience de conciliation des prud'hommes.

<sup>3</sup> Convention du 21 décembre 2006.

<sup>4</sup> HALDE, *Rapport annuel 2006*, *op. cit.*, pp. 60 et 213-214

<sup>5</sup> Point III-A de la circulaire interministérielle relative aux relations entre l'inspection du travail et la HALDE du 5 janvier 2007, n° DPM/ACI/2007/12.

<sup>6</sup> Car comme le souligne Claude Valentin-Marie, « à moins d'intégrer la rupture conceptuelle qu'impose la notion de discrimination indirecte, on ne peut espérer faire admettre aux juges la valeur et la qualité de la « preuve statistique » ni attendre un accroissement significatif du nombre de jugements favorables. C'est à cette aune que sera examinée la réalité de la transposition du droit communautaire dans notre droit national. » In « Enjeux actuels de la lutte contre les discriminations en France », *op. cit.*, p. 135.

<sup>7</sup> Au Canada, la Commission des droits de la personne instituée au niveau fédéral a le pouvoir de proposer un arbitrage du différent et de saisir le Tribunal fédéral des droits de la personne. Si les tentatives de conciliation



justice. La HALDE reste donc bien un intermédiaire qui, en orientant les victimes vers le juge ou en transmettant directement certains dossiers au procureur et en apportant preuves et expertise lors de ses observations devant les juridictions, est susceptible de faire évoluer significativement le niveau de juridictionnalisation actuel des discriminations.

La HALDE peut transmettre les cas de discrimination intentionnelle au procureur, ce qui devrait permettre d'obtenir davantage de décisions pénales intéressantes<sup>1</sup>. Ainsi, dans une affaire de discrimination au logement fondée sur l'appartenance religieuse, la plainte avait déjà été classée sans suite par le procureur de la République, mais le collègue de l'AAI a rappelé les termes de la loi à la propriétaire mise en cause et incité avec succès le procureur général compétent à faire appel de la première décision<sup>2</sup>. Même lorsque l'affaire est déjà dans les mains du procureur, l'enquête et les observations de la HALDE peuvent être utiles<sup>3</sup>.

Pour les discriminations relevant du juge civil ou administratif, l'initiative de saisir la juridiction revient à la victime, appuyée ou non par la HALDE ; néanmoins, cette dernière peut conseiller au réclamant de saisir les juridictions compétentes et/ou lui suggérer de demander son intervention<sup>4</sup>. Pour exemple, elle décida de présenter ses observations devant la juridiction sociale pour un harcèlement et un licenciement lié à l'origine de la salariée, la Cour d'appel de Versailles, infirmant le jugement du conseil des prud'hommes, est parvenue aux mêmes conclusions<sup>5</sup>.

---

échouent, la CRE britannique peut, comme l'EEOC américaine (depuis 1972), engager des actions civiles contre les employeurs (RRA, 1976, c. 74, §62-1).

<sup>1</sup> HALDE, délibération n°2009-213, *op. cit.*, TGI Versailles, 8 mars 2010, *op. cit.*

<sup>2</sup> Délibération n°2006-137 du 19 juin 2006.

<sup>3</sup> Ainsi, une plainte au pénal avait déjà été déposée au nom d'une équipe de nettoyage qui subissait un harcèlement raciste sur son lieu de travail. La HALDE demande alors l'autorisation au procureur d'instruire le dossier. Après l'échec d'une tentative de résolution à l'amiable, la société de nettoyage est mise en demeure de licencier ou de transférer la réclamante sur un autre site sous peine de voir résilier son contrat et ce malgré une nouvelle pétition des habitants de l'immeuble demandant son maintien. Suite à un faisceau d'indices, la HALDE a constaté le harcèlement discriminatoire réprimé par l'art. 222-33-2 CP. Au regard de la procédure en cours, elle transmet sa délibération au procureur et « demande » au conseil syndical de l'immeuble, qui la tiendra informée des suites dans un délai de trois mois, de s'en tenir à des appréciations objectives des prestations de nettoyage et de régler le conflit (Délibération n°2006-238 du 6 novembre 2006).

<sup>4</sup> Il ne s'agit alors pas d'une décision susceptible de recours en excès de pouvoir. V. C.E., 13 juillet 2007, *Sarl Riviera*, n°295761 (« sans émettre une recommandation au sens des dispositions précitées de l'article 11 de la loi du 30 décembre 2004, elle a suggéré à Mme de demander à la juridiction prud'homale de l'inviter, sur le fondement de l'article 13 de cette même loi, à présenter des observations dans le litige l'opposant à son ancien employeur ; que, ce faisant, elle n'a pas pris une décision susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir »), Ed. Tissot, n° 294195 (« le simple rappel par la haute autorité de la possibilité ouverte aux parties par l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 de demander aux juridictions civiles, pénales ou administratives, lorsqu'elles sont saisies de faits relatifs à des discriminations, de l'inviter à présenter des observations ne saurait être regardé comme présentant le caractère d'une décision faisant grief »).

<sup>5</sup> Délibération n° 2010-128 du 31 mai 2010. La Cour a condamné l'entreprise à 5.000 € au titre d'indemnité pour nullité du licenciement et 8.000 € au titre du préjudice moral (C.A. Versailles, 28 octobre 2010, n° 09/02217). V. aussi *inter alia* délibération n° 2009-246 du 15 juin 2009 et C.A. Fort-de-France, 15 décembre

Au-delà d'une augmentation quantitative des recours et des condamnations, la HALDE est aussi en position de modifier la dynamique juridictionnelle, c'est-à-dire qu'elle peut faire émerger des litiges dans des domaines de discrimination encore peu explorés par les juges et favoriser la mobilisation de juridictions jusque là peu sollicitées. Par exemple, nous avons vu que la discrimination à l'embauche était davantage traitée que la discrimination dans la carrière. La HALDE, quant à elle, reçoit de nombreuses réclamations concernant la carrière<sup>1</sup>, ce qui pourrait amener à mobiliser davantage les juges administratif et civil si les investigations comparatives de l'institution sur ce terrain s'avèrent probantes. Elle peut aussi favoriser une évolution de la distribution des plaintes entre juges civil et pénal. Elle souhaite ainsi que la juridiction civile se montre plus ouverte à accepter sa compétence en matière de discrimination à l'embauche notamment afin que les victimes puissent bénéficier de l'aménagement de la preuve<sup>2</sup>. De manière plus générale, la HALDE s'est engagée dans la mobilisation du juge civil, et notamment prud'homal, afin d'obtenir la mise en œuvre de la définition objectivée de la discrimination, ce qui fait craindre aux employeurs une « judiciarisation sociale de la HALDE »<sup>3</sup>. C'est aussi la Haute autorité qui a encouragé, après une première plainte pénale classée sans suite, un premier recours victorieux devant le juge civil pour discrimination en matière de location immobilière en application de la loi de modernisation sociale de janvier 2002<sup>4</sup>.

Enfin, on a vu que les condamnations relatives notamment aux distinctions interdites à l'article 6 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires telle que modifiée par la loi de 2001 étaient bien rares. Cela laissait penser que les principes majeurs d'égalité devant les services publics et dans la fonction publique étaient bel et bien

---

2010, *Bouygues Télécom*, n° 10/232 : un salarié s'était vu refuser le versement d'indemnités et de primes associées à une mutation outre-mer au motif qu'il était originaire des Antilles et avait été licencié en raison de son action prud'homale ; la Cour a reconnu la discrimination et prononcé la nullité du licenciement en condamnant la société au paiement de 50.000 € de dommages et intérêts.

<sup>1</sup> Pour exemple, en 2008, 24% des réclamations reçues concernaient le déroulement de carrière dans l'emploi privé, 14% dans l'emploi public. *In HALDE, Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 14

<sup>2</sup> C.A. Toulouse, 4<sup>ème</sup> ch. sect. 2, 19 février 2010, n° 08/08630, *M. Louzaï c/ Airbus*.

<sup>3</sup> QUETANT G-P, « La Halde, 'bonne amie' du salarié demandeur devant le conseil de prud'hommes », *op. cit.*, p. 5.

<sup>4</sup> Délibération du 6 juillet 2007 ; T.I. Montpellier, 3 avril 2008, *Martin Drucker c/ Galerie Grégoire Immobilier-SAS- Solly Azar Assurances*, n° 11-07-001540 : appliquant l'aménagement de la preuve, le Tribunal d'instance de Montpellier a condamné une agence immobilière et une compagnie d'assurance en reconnaissant « une discrimination *au moins* indirecte » (une pièce d'identité délivrée par l'administration française était exigée pour l'assurance des loyers impayés) et a condamné le propriétaire à verser des indemnités à hauteur de trois fois le montant mensuel du loyer). Voir aussi pour exemple, la délibération n° 2009-360 dans laquelle la HALDE recommande la réparation du préjudice constaté et décide de présenter le cas échéant ses observations devant les juridictions civiles.

respectés ou, dans une perspective moins optimiste, que le secteur public bénéficiait d'une impunité relative. Mais de nombreuses réclamations reçues par l'Autorité concernent la mise en cause de réglementations, du fonctionnement des services publics par des usagers ou de la fonction publique par des agents.<sup>1</sup> L'intervention de la HALDE dans ses affaires pourrait donc singulièrement faire évoluer la jurisprudence administrative et civile quasi inexistante sur le terrain des discriminations institutionnelles en encourageant les victimes à se tourner vers des juges jusque-là peu sollicités et en apportant de nouveaux éléments de preuve. L'implication de la HALDE est aussi valorisée du fait des analyses juridiques qu'elle propose à travers ses observations.

Ainsi, elle a favorisé le déploiement du droit à l'aménagement de la preuve<sup>2</sup> et de la notion de harcèlement discriminatoire<sup>3</sup> devant les juridictions administratives. Elle est aussi amenée à intervenir pour des cas de discrimination liés au recrutement des contractuels dans la fonction publique<sup>4</sup>. La HALDE est ainsi intervenue dans plusieurs affaires de

---

<sup>1</sup> Pour exemple, le secteur de l'emploi public (recrutement et carrière confondus) représentait près de 17% des saisines en 2008. Les services publics étaient mis en cause dans leur fonctionnement dans près de 11% des réclamations et 7% des saisines mettaient en cause des réglementations. Enfin, parmi les 7% des saisines de la HALDE concernant le logement, moins de la moitié d'entre elles étaient relatives au logement public. *In HALDE, Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 14.

<sup>2</sup> C.E., 10 avril 2009, n° 311888, *El Haddioui, op. cit.*

<sup>3</sup> La HALDE a été saisie d'une réclamation relative à un licenciement intervenu lors d'un stage de titularisation d'agent d'exploitation au sein d'une direction départementale de l'équipement. Le réclamant avait signalé avoir subi des propos racistes lors de son stage de titularisation de la part de son chef de service, celui avait été déplacé dans un autre service puis son stage annuel, arrivé à son terme, avait été prorogé. À l'issue du stage, il avait été licencié pour insuffisance professionnelle, question sur laquelle la HALDE s'est refusée à porter une appréciation (on relèvera ici que contrairement à d'autres affaires, la HALDE ne semble pas s'interroger sur le caractère objectif des critères ayant présidé au licenciement et ne s'attache pas non plus à la sanction reçue par le chef de service mis en cause qui aurait été déplacé). En revanche, elle relève que les injures subies constituent un harcèlement moral fondé sur l'origine et donc revêtent à ce titre un caractère discriminatoire. En conséquence, le réclamant « *peut solliciter le tribunal administratif (...) afin que la haute autorité présente ses observations sur le seul caractère discriminatoire du harcèlement mis en évidence par l'instruction* » (délibération n° 2006-168 du 3 juillet 2006). Le T.A. de Nice a ordonné la réintégration du requérant et lui a accordé 2.000 € de dommages et intérêts en juillet 2007. V. aussi HALDE, délibération du 23 octobre 2006, C.A.A. Marseille, 2<sup>ème</sup> ch., 29 janvier 2008, n° 05MA00512 et C.E., 13 janvier 2010, *A c/ Commune de Lattes*, n° 314923 (le C.E. confirme l'annulation du refus de titularisation pour insuffisance professionnelle d'un fonctionnaire stagiaire, gardien de police municipale, qui avait fait l'objet d'un harcèlement discriminatoire en raison de ses origines, ce qui avait entaché de partialité le rapport d'évaluation. En revanche, il censure l'injonction de procéder à la titularisation fondée sur la circonstance que le comportement du requérant se serait amélioré durant son stage et donne seulement injonction au maire de procéder au réexamen de la titularisation dans un délai d'un mois).

<sup>4</sup> Par exemple, dans une réclamation, un enseignant vacataire, qui ayant reçu un avis favorable du principal du collège à son maintien en fonction, se plaignait d'un refus de contractualisation alors qu'une autre personne, recrutée dans les mêmes conditions, avait, elle, bénéficié d'un contrat dans l'établissement. Suite à l'échec de son recours gracieux, il s'était tourné vers le juge administratif et la HALDE pour contester ce traitement discriminatoire qui lui semblait fondé sur ses origines. La HALDE estima que le recteur, qui s'était abrité derrière des considérations budgétaires pour expliquer la nécessité d'un choix entre les différents agents non-titulaires, n'avait pas produit d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination pouvant justifier la différence de traitement dans le cadre de l'aménagement de la preuve. Et elle constatait que les critères énoncés par le rectorat de Toulouse privilégiant l'embauche de contractuels n'avaient pas été appliqués au réclamant. La

discrimination fondées sur l'origine mettant en cause le fonctionnement de services publics tel que l'université<sup>1</sup> et des décisions administratives locales<sup>2</sup> qui devaient donner lieu à des jugements. Au-delà des affaires de discriminations « raciales » qui restent rares, la HALDE participe plus globalement à la mobilisation des juridictions administratives et à un rééquilibrage du timide mouvement de juridictionnalisation en favorisant le dévoilement des discriminations commises par des autorités et services publics, même si les observations qu'elle soumet au juge sont loin d'emporter systématiquement sa conviction<sup>3</sup>.

\*

La HALDE constitue donc l'un des nouveaux acteurs qui participe au mouvement naissant de juridictionnalisation des discriminations. Elle cherche à faire connaître les

---

HALDE proposa alors au réclamant de présenter ses observations devant le T.A. (délibération n° 2006-190 du 18 septembre 2006). Le tribunal administratif de Toulouse reprit l'argumentaire de la HALDE pour annuler la décision de la rectrice et condamner l'État à verser des indemnités correspondant à la différence de rémunération perçue jusqu'à hauteur de 15.000 € (T.A. Toulouse, 12 juillet 2007, n° 04002122).

<sup>1</sup> Le réclamant invoquait une différence de traitement à raison de son origine et avait entamé une procédure devant le T.A. pour obtenir l'annulation des résultats d'un master en invoquant une rupture d'égalité. Le réclamant avait notamment été lourdement pénalisé pour une remise tardive d'un rapport obligatoire alors que d'autres étudiants dans la même situation n'avaient pas été sanctionnés. Suite à l'instruction, la HALDE concluait que le mis en cause n'avait pas produit, au regard de l'aménagement de la preuve, les éléments objectifs étrangers à toute discrimination pouvant justifier la différence de traitement constatée. Ayant sollicité l'intervention de la HALDE, celle-ci était invitée à produire ses observations (délibération n°2006-191 du 18 septembre 2006) sans que l'on ait connaissance des suites données à cette affaire devant les juridictions administratives. Pour une condamnation d'une université pour discrimination fondée sur l'âge, voir T.A. Orléans, 1<sup>er</sup> avril 2010, n° 0800702, *Université Rabelais de Tours*.

<sup>2</sup> La HALDE était saisie par la CIMADE d'une réclamation relative au refus de scolarisation de 14 enfants pour l'année scolaire 2006/2007 par le maire de Béziers. Celui-ci refusait l'inscription de ses enfants roms au motif que les familles stationnaient sur une zone inconstructible et inondable et qu'il ne voulait « *prendre aucune mesure de nature à encourager la pérennisation de leur implantation.* ». Deux familles déposaient un référé-suspension auprès du T.A. de Montpellier qui décidait de suspendre les refus de scolarisation (25 septembre et 20 novembre 2006). Suite aux décisions du T.A. et aux pressions de la HALDE, de l'inspecteur d'Académie et du préfet, le Maire se conformait à son obligation de scolariser les enfants mais confirmait sur le principe la subordination de la scolarisation des enfants Roms. LA HALDE décide de présenter ses observations devant le T.A. lors de l'examen au fond des requêtes en annulation (délibération n°2007 - 30 du 12 février 2007).

<sup>3</sup> Dans certains cas, malgré l'intervention de la HALDE, la question de la discrimination n'est pas traitée : la délibération n° 2008-14 du 14 janvier 2008 faisant suite à la réclamation d'une association de lutte contre l'homophobie qui s'était vue refuser l'agrément par le rectorat au motif que l'expression de l'orientation sexuelle qui relevait de la vie privée est incompatible avec le principe de neutralité qui régit le service public de l'éducation et ne répond donc pas au critère d'intérêt général. Pour la HALDE, la différence de traitement constituait une discrimination au sens de l'art. 2 de la directive 2000/78. La Cour administrative d'appel devant laquelle la HALDE a présenté ses observations a finalement annulé la décision du recteur mais « *sans qu'il soit besoin de se demander si l'attitude du rectorat caractérise une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle* » (C.A.A. Nancy, 14 février 2008, *Association Couleurs Gaies*, n° 07NC00335). V. aussi les délibérations n° 2008-186/187/188 du 15 septembre 2008 relatives à des discriminations syndicales dans l'accès à des emplois au sein de l'ENM. La HALDE, qui concluait que les nominations de la chancellerie relevaient de la discrimination syndicale, n'a pas convaincu le Conseil d'État (CE, Ass., n° 298348, 30 octobre 2009, *Melle Perreux, op. cit.*).

victoires juridictionnelles dont elle est - au moins en partie - l'instigatrice<sup>1</sup>, ces opérations de communication sur des jugements compatibles avec les conclusions de ses observations relevant de sa stratégie d'auto-légitimation. Il reste néanmoins difficile de mesurer et d'isoler le poids de son action dans la mesure où, d'une part, on sait rarement si le recours aux juridictions par les victimes découle réellement des conseils de l'Autorité, et d'autre part, il est souvent impossible de connaître les éléments réunis par la HALDE dans le cadre de son investigation propre et d'évaluer leur impact spécifique d'autant que certaines de ses interventions relèvent de l'opportunité. En effet, il est fréquent que la HALDE se greffe sur une procédure déjà entamée sans réaliser aucune investigation supplémentaire et en apportant aucun argument juridique novateur<sup>2</sup>. Enfin, faute de pouvoir accéder à tous les jugements, on ne saurait affirmer dans quelle mesure le raisonnement juridique et la solution des juges reprennent les observations de la HALDE.

Dès sa création, la HALDE apparaît comme une autorité puissante car, tout en disposant des pouvoirs classiquement dévolus aux AAI, elle est aussi dotée de trois prérogatives originales : le pouvoir de procéder à des enquêtes sur place, le pouvoir de saisir le juge des référés afin d'ordonner que ses demandes d'informations soient suivies d'effet, le pouvoir de présenter ses observations à l'audience. Ces prérogatives « visent à donner à la nouvelle autorité la capacité de produire auprès des juridictions des éléments de preuve suffisamment étayés »<sup>3</sup> afin de mieux protéger le droit fondamental à la non-discrimination. La Haute autorité est ainsi en mesure de participer au mouvement de juridictionnalisation des discriminations en facilitant l'accès au droit et au juge, en permettant le déploiement du droit de la non-discrimination rénové et en favorisant la capillarité des acquis juridiques entre critères discriminatoires. Néanmoins, la relation de complémentarité entre la HALDE et les institutions juridictionnelles, recherchée par le législateur, « peine à se mettre en place »<sup>4</sup>. Si l'on a vu qu'elle peut favorablement peser sur le mouvement de juridictionnalisation timide

---

<sup>1</sup> Voir pour exemple, le communiqué de presse de la HALDE du 8 juillet 2009, « Egalité hommes/femmes dans l'emploi : des femmes obtiennent gain de cause », qui fait référence à deux délibérations relative à un licenciement fondé sur l'état de grossesse (n° 2008-282 du 8 décembre 2008) et à une inégalité de rémunération fondée sur le sexe (délibération n° 2008-31 du 18 février 2008) qui ont donné lieu à des jugements victorieux (C.A. Orléans, 29 janvier 2009 et C.A. Riom, 30 juin 2009, n° 08/02639).

<sup>2</sup> Pour exemple, l'arrêt en date du 10 juillet 2009 du tribunal correctionnel de Nancy devant lequel la HALDE a présenté ses observations suite à sa délibération n° 2009-232 du 8 juin 2009 : condamnation du maire de Tomblaine, M. Héron, pour refus de scolarisation d'enfants issus de la communauté du voyage

<sup>3</sup> Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, au nom de la Commission de lois, AN, n° 1827, *op. cit.*, p. 13.

<sup>4</sup> CALVES G., « Répression des discriminations : l'adieu aux armes », *In Droits et libertés en question. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, p. 38.

observée en matière de lutte contre les discriminations fondées sur l'origine, ses prérogatives peuvent aussi participer au contournement du juge.

\*

## Chapitre II

### Les risques d'une concurrence

Le Conseil d'État avait en 2000 affiché sa réticence à l'idée de voir créer une nouvelle autorité spécialisée dans la lutte contre les discriminations d'une « plus grande efficacité supposée » par rapport aux modes de fonctionnement classiques de l'administration ou à la réaction trop lente du juge. Il redoutait que l'émergence d'une telle AAI ne préfigure une dérive déjuridictionnalisante<sup>1</sup>. En effet, si la HALDE a été envisagée en 2004 comme une institution complémentaire du juge, censée faciliter l'accès à ce dernier ainsi que son travail, elle a été dotée de pouvoirs régulateurs qui lui permettent de d'adopter des mesures de *soft law* (médiation, recommandation) sans que le recours à celles-ci ne soit véritablement encadré. Ces mesures par lesquelles l'Autorité invite les mis en cause à renouer avec la légalité en misant sur leur bonne volonté peuvent donc constituer des alternatives au recours juridictionnel. Ce risque est d'autant plus réel que l'AAI pouvait considérer la voie punitive comme « l'instrument de la dernière chance »<sup>2</sup>.

Cette inquiétude a été renforcée quand la HALDE a été dotée en 2006 du pouvoir de proposer des transactions aux auteurs de discriminations pénalement caractérisées. Cette nouvelle prérogative participe à transformer singulièrement le rôle initial de l'Autorité et à brouiller l'articulation entre le juge et la HALDE. Les questions de visibilité des modalités de répression se compliquent aussi lorsque « qu'existent différents niveaux de repérage, régulation et sanction ou que coexistent des instances de sanction administrative et judiciaire »<sup>3</sup>, comme c'est aujourd'hui le cas en matière de discriminations. L'ineffectivité peut ainsi résulter d'une concurrence entre voies de sanctions. La concurrence prévaut ainsi au sein même de la HALDE entre les différentes solutions disponibles - elle peut opter dans une même affaire pour la recommandation, la médiation, la transaction ou la transmission au procureur- mais aussi entre les prérogatives de la HALDE et celles du juge, particulièrement le juge pénal.

---

<sup>1</sup> Conseil d'État, *Rapport public 2000*, *op. cit.*, p. 275.

<sup>2</sup> MAYAUD Y., « La HALDE, une trop 'Haute' autorité ? », *op. cit.*, p. 931.

<sup>3</sup> LASCOUMES P. et SERVERIN E., « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, 1986, p. 115.

Alors qu'on attend de la HALDE qu'elle engendre une « efficacité accrue » de la lutte contre les discriminations<sup>1</sup>, ses prérogatives font d'elle une autorité répressive qui pourrait se substituer au juge et ainsi favoriser la déjuridictionnalisation (section 1). Cela implique pour la HALDE, qui choisit de mettre en œuvre ou non ses pouvoirs, de construire et d'afficher une stratégie plus transparente et plus cohérente pour faire face avec efficacité aux intérêts publics et privés en jeu dans la lutte contre les discriminations (section 2).

### **Section 1- La HALDE, substitut du juge ?**

En proposant la création d'une instance spécialisée dans la lutte contre les discriminations, le GELD précisait en 2000 que les missions d'une telle instance devraient montrer qu'elle « ne saurait être perçue comme concurrente des institutions judiciaires, qui continueront d'être les seules à prononcer les sanctions et à indemniser les préjudices »<sup>2</sup>. Néanmoins, le risque de dé-juridictionnalisation est inhérent à la mise en place des AAI, dont la création est en effet souvent liée au constat des insuffisances du contrôle juridictionnel et qui peuvent devenir « des substituts du juge »<sup>3</sup>. Tel est le cas quand la saisine de l'AAI constitue un préalable obligatoire à l'action contentieuse (comme pour les litiges relatifs à la communication de documents qui relèvent d'abord de la compétence de la CADA) ou quand on assiste à un mouvement de juridictionnalisation de certaines autorités qui se voient confier une véritable fonction contentieuse entourée de garanties procédurales. À cet égard, M. Renaud Chazal de Mauriac, premier président de la Cour d'appel de Paris, considère que la création de la HALDE reflète une « défiance à l'égard du judiciaire », contrairement à d'autres AAI, telles que l'AMF, dont la technicité de la matière traitée justifie l'établissement d'un dispositif extra-judiciaire spécifique<sup>4</sup>.

Les prérogatives de la HALDE, et en premier lieu l'adjonction d'un pouvoir de transaction pénale, pourraient effectivement consacrer la marginalisation de l'approche répressive des discriminations, les victimes étant implicitement encouragées à porter leurs réclamations vers l'organe régulateur en se détournant du juge de droit commun alors même

---

<sup>1</sup> STASI B., *op. cit.*, p. 63.

<sup>2</sup> GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>3</sup> CHEVALLIER J., in D. Borillo (dir.), *Halde : actions, limites et enjeux*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>4</sup> Cité par FRISON-ROCHE M-A in « Étude dressant un bilan des Autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 24.



que les recours et plaintes étaient en augmentation<sup>1</sup>. Le duo que semblaient initialement former la HALDE et le juge, et qui s'est, comme nous l'avons vu, illustré à de multiples reprises, pourrait donc se transformer en duel sur le terrain des sanctions. Alors que la HALDE devait initialement favoriser la mobilisation des juridictions et l'émergence d'une jurisprudence sur les discriminations, le pouvoir de transaction en matière pénale, qui vient considérablement modifier le profil de l'institution, favorise une concurrence ouverte avec le juge (§1). Se dessine alors un éventuel transfert de répression en faveur de la HALDE qui se substituerait au juge largement défaillant. Mais la HALDE peut-elle constituer un palliatif efficace des insuffisances de la voie judiciaire au vu des intérêts publics et privés en jeu dans la lutte contre les discriminations ? (§2).

### **§1) La concurrence de la transaction pénale**

Avant de recevoir un pouvoir de transaction pénale, l'autorité avait principalement une mission pré-contentieuse, c'est-à-dire qu'elle intervenait en amont de l'éventuelle phase juridictionnelle pour conseiller et enquêter. Elle détenait un pouvoir de sanction largement indirecte (transmission au parquet, observations devant les juges ou transmission aux autorités hiérarchiques pour sanction disciplinaire) ainsi qu'un pouvoir d'incitation via les recommandations. Elle disposait aussi d'un pouvoir de sanction négociée à travers la médiation qui pouvait être demandée par les victimes pour un règlement rapide et concret du problème. Avec la transaction pénale, la HALDE se voit dotée en 2006 d'un pouvoir de sanction cette fois-ci directe pour des cas relevant expressément du champ pénal et devient une autorité para-contentieuse ce qui rompt avec sa mission originelle. Ce nouveau pouvoir vient donc singulièrement modifier le rôle et la posture de la HALDE. Un point de concurrence frontale avec le juge apparaît ainsi avec son obligation de transmettre les dossiers de discriminations pénalement caractérisées au procureur, même si un régime de collaboration entre les institutions est prévu.

---

<sup>1</sup> CALVES G., « Répression des discriminations : l'adieu aux armes », *op. cit.*, p. 38.

## A) Une modification significative des pouvoirs de la HALDE

L'attribution d'un pouvoir de transaction pénale à la HALDE vient radicalement transformer la nature de l'autorité, puisque l'exposé des motifs du projet de loi portant création de l'Autorité indiquait que « ses prérogatives n'empièteront en aucun cas sur les pouvoirs d'instruction et de décision de l'autorité judiciaire »<sup>1</sup>.

### 1. *Un nouveau pouvoir de sanction négociée*

En 2004, à sa création, la HALDE n'est pas dotée du pouvoir de proposer des sanctions directes, alors que d'autres AAI telles que le Conseil de la concurrence, la CADA, le CSA ou plus récemment la CNIL<sup>2</sup> détiennent le pouvoir de sanctionner pécuniairement les auteurs de comportements déviants. Le Conseil constitutionnel conçoit en effet que sanction administrative et sanction judiciaire puissent se cumuler<sup>3</sup>. Il juge alors nécessaire d'encadrer « *très strictement* » l'exercice du pouvoir de sanction de tels organismes : il peut être attribué « *dans la limite nécessaire à l'accomplissement de la mission* » attribuée<sup>4</sup> et « *dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* »<sup>5</sup>. En matière pénale, ces sanctions doivent faire l'objet d'un contrôle entier au regard de l'art 6 de la Conv. EDH. C'est

---

<sup>1</sup> Projet de loi portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, n° 1732, *op. cit.*, p. 5

<sup>2</sup> Depuis la réforme de la loi Informatique et libertés d'août 2004 modifiant la loi n°78-17, la CNIL a vu ses pouvoirs de sanction accrus : elle peut prononcer des avertissements et après mise en demeure infructueuse des sanctions pécuniaires, les faire insérer dans la presse ou ordonner de cesser le traitement de données à caractère personnel.

<sup>3</sup> Selon le Conseil constitutionnel, « *le principe selon lequel une même personne ne peut être punie deux fois pour le même fait ne reçoit pas application en cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives* » (décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, cons. 16, *Rec. 71, RFDA 1989, 671, note B. Genevois*) mais « *le principe de proportionnalité implique (...) que le montant global des sanctions (...) ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* » (cons. 22). Voir aussi C.C., 30 décembre 1997, n° 97-395 DC, cons. 41, *J.O. du 31 décembre 1997, p. 19313* (revenant sur sa décision n° 96-378 DC relative à l'ART selon laquelle une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale).

<sup>4</sup> L'exercice du pouvoir de sanction par les autorités administratives est soumis au respect des principes fondamentaux, tels que la non rétroactivité des sanctions pénales et la nécessité ou la proportionnalité des peines, l'ensemble des principes constitutionnels concernant les sanctions pénales étant applicable « *à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire* » (C.C., décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *CSA, loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 27 et 32 ; *Rec. 18, RFDA 1989, 215, note B. Genevois*). Voir aussi C.C., décision n° 2009-580 du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*, cons. 9 à 16). Pour ce qui est des sanctions pécuniaires, les autorités doivent respecter les garanties du procès équitable et de l'impartialité de l'art. 6-4 de la Conv. EDH.

<sup>5</sup> C.C., décision n°89-260 DC, cons. 6.

du reste ce qu'indique le Conseil d'État qui a qualifié la CNIL de « *tribunal* » eu égard à sa nature, sa composition et ses attributions<sup>1</sup>.

Le président de la HALDE souhaitait un renforcement des pouvoirs de l'autorité en ce sens<sup>2</sup>. Dans son projet de loi sur l'égalité des chances<sup>3</sup>, le gouvernement se fit l'écho de sa demande pour doter la HALDE du pouvoir de prononcer des sanctions pécuniaires pour les actes de discrimination directe relevant des articles 225-2 et 432-7 CP et 122-45 et L. 123-1 CT<sup>4</sup> (actuels art. L. 1132-1 et L. 1143-1 CT). Le rapport de l'Assemblée nationale relatif au projet de loi indiquait que ce pouvoir de sanction pécuniaire découlait du fait que « le recours systématique aux poursuites pénales apparaît parfois disproportionné et inadapté à la sanction des pratiques certes clairement prohibées, mais qui peuvent relever surtout de l'ignorance de la loi ». Il ajoutait qu'il s'agissait aussi « d'éviter des procédures longues, incertaines et qui ne sont pas toujours dans l'intérêt objectif des victimes de discrimination dès lors qu'en stoppant les procédures civiles, elles retardent les réparations financières »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Ceci implique que l'ensemble des éléments recueillis sur lesquels l'Autorité fonde sa décision de sanction soient communiqués au mis en cause afin que celui-ci puisse produire ses observations sur ces éléments avant la décision (4<sup>ème</sup> considérant). La mise en demeure préalable à l'usage des pouvoirs de sanction suppose que les faits relevés à l'occasion de l'enquête susceptibles de constituer des manquements soient exposés, mais ces mentions ne sauraient impliquer que la CNIL a déjà pris parti sur la qualification juridique des faits afin de distinguer phases d'instruction et de décision (C.E., 19 février 2008, n° 311974). Mais la Cour EDH a récemment condamné la France pour atteinte à l'art. 6-1 de la Convention, applicable en l'espèce aux sanctions « à coloration pénale » de la Commission bancaire : si « *le cumul des fonctions d'instruction et de jugement peut être compatible avec le respect de l'impartialité garanti par l'article 6 § 1 de la Convention* », sous réserve que l'autorité concernée soit en mesure de « *décider de la sanction disciplinaire sans "préjugement", compte tenu des actes accomplis par elle au cours de la procédure* » (§ 58), l'absence « *de distinction claire entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction dans l'exercice du pouvoir juridictionnel de la Commission bancaire* » est problématique (§ 57). V. Cour EDH, 5e Sect. 11 juin 2009, n° 5242/04, *Dubus S. A. c. France*.

<sup>2</sup> SCHWEITZER L., « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité- Entretien », *op. cit.*, p. 9. La HALDE avait ainsi commandé un sondage paru fin décembre 2005 dans lequel près de deux personnes interrogées sur trois se prononçaient pour que la Haute autorité détienne la possibilité de délivrer des amendes en cas de discrimination (Sondage CSA mentionné *in HALDE, Rapport annuel 2005, op. cit.*, p. 92)

<sup>3</sup> Projet de loi pour l'égalité des chances présenté par le Premier ministre, Dominique de Villepin et le ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, Jean-Louis Borloo, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 11 janvier 2006, A.N. n° 2786.

<sup>4</sup> Selon l'art. 11-1 du projet de loi (*Ibid.*), les sanctions pécuniaires ne pouvait excéder 1.500 € pour une personne physique et 15.000 € pour une personne morale mais pouvait être accompagnées d'une obligation d'affichage et de publication de la décision (art. 11-2). L'article 11-3 disposait que les éventuels recours contre ces sanctions administratives relevaient de la compétence du Conseil d'État. Dans un avis non rendu public, le C.E. avait jugé la définition des manquements pouvant faire l'objet d'une sanction donnée par le texte initial « *très large et très imprécise* » (cf. « Des mesures pour l'égalité des chances en écho à la crise des banlieues », *Le Monde*, 12 janvier 2006.). Le projet de loi ne prévoyait pas de doter la HALDE d'un pouvoir de faire injonction à des contrevenants de cesser telle pratique discriminatoire, pouvoir que détient la CNIL en application de l'art. 45 de la loi n° 78-17 modifiée.

<sup>5</sup> A.N., Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n°2787 pour l'égalité des chances, par M. Laurent Hénart, député, n° 2825, enregistré à la présidence de l'A.N. le 25 janvier 2006, p. 133.

Mais les associations se montraient pour la plupart opposées à l'attribution d'un pouvoir de sanction direct à la HALDE qui entrainerait une dépenalisation des discriminations<sup>1</sup>. De même, les membres du collège n'étaient pas unanimement convaincus de la pertinence de ce nouveau pouvoir<sup>2</sup>. Souhaitant notamment éviter de trop empiéter sur les prérogatives du juge pénal<sup>3</sup> et de favoriser le démembrement de l'autorité judiciaire<sup>4</sup>, le législateur choisit finalement de lui substituer un pouvoir de transaction pénale, proche du « *out of court settlement* » que l'EEOC peut proposer<sup>5</sup>, car lui aussi soumis à l'homologation du procureur de la République<sup>6</sup>.

## 2. Le régime de la transaction pénale

Ce pouvoir de transaction est détaillé aux articles 11-1 à 11-3 de la loi du 30 décembre 2004 telle que modifiée par l'art. 41 de la loi pour l'égalité des chances du 31 mars 2006. « *Lorsqu'elle constate des faits constitutifs d'une discrimination sanctionnée par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal et L. 122-45 et L. 123-1 du code du travail* »<sup>7</sup> qui n'ont pas donné lieu à la mise en mouvement de l'action publique, la HALDE peut proposer à l'auteur de la discrimination une transaction-sanction. La transaction-sanction proposée par l'Autorité peut alors prévoir le versement d'une amende d'un montant maximal de 3.000 € pour une personne physique et de 15.000 € pour une personne morale<sup>8</sup>, l'affichage d'un communiqué et sa transmission au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel, l'insertion d'un communiqué au journal officiel, ou dans des périodiques de presse ou des

---

<sup>1</sup> Pour le MRAP, « la dépenalisation des plaintes de discrimination et leur traitement par la HALDE conduiraient à minimiser la réalité de ces pratiques discriminatoires » (« La Halde entre médiation et sanction », *Libération*, 19 novembre 2005) et SOS Racisme comme la LDH estimaient la proposition « scandaleuse » (« Justice : vers la dépenalisation de la discrimination », *L'Humanité*, 14 novembre 2005).

<sup>2</sup> Bernard Challes, conseiller à la Cour de cassation et alors membre de la HALDE, indiquait ainsi ne pas y être personnellement favorable (*in* Conseil national du Barreau, *État des lieux de la discrimination*, *op. cit.*, p. 4)

<sup>3</sup> « Incertitudes juridiques et constitutionnelles sur le projet de loi pour l'égalité des chances », *Le Monde*, 4 mars 2006.

<sup>4</sup> Sénat, séance du 3 mars 2006, *Compte-rendu intégral des débats* (débat sur l'art. 19 du projet de loi « égalité des chances »).

<sup>5</sup> SCHWEITZER L., « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la HALDE- Entretien », *op. cit.*, p. 9.

<sup>6</sup> L'art. 19 du projet de loi a été entièrement réécrit par les sénateurs qui ont remplacé le pouvoir de sanction administrative envisagé par un pouvoir de sanction transactionnelle. Cf. le rapport pour avis fait au nom de la commission des lois par M. Jean-René Lecerf sur le projet de loi pour l'égalité des chances, Sénat, n° 214 (2005-2006) et les articles 11-1 à 11-3 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 modifiée portant création de la HALDE.

<sup>7</sup> *J.O.* du 2 avril 2006, p. 4950. On peut d'ailleurs s'étonner que l'art. 11-1, qui mentionne les dispositions du code pénal et du code du travail, ne mentionne pas les articles 6, 6bis et 6ter du statut général des fonctionnaires (art. 6-2° de la loi n° 83-634 modifiée).

<sup>8</sup> Les plafonds sont très inférieurs aux sanctions que peuvent infliger la CNIL ou la CADA. Voir le tableau récapitulatif des pouvoirs de sanction financière de quelques AAI *in* A.N., Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n°2787 pour l'égalité des chances, par M. Laurent Hénart, député, n° 2825, enregistré à la présidence de l'A.N. le 25 janvier 2006, p. 137.

services de communications électroniques et l'obligation de publier la décision au sein de l'entreprise<sup>1</sup>. Les sanctions pécuniaires proposées par la HALDE doivent être évaluées en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources de la personne<sup>2</sup>. La transaction devra aussi recueillir l'accord de la victime si celle-ci est identifiée et qu'elle réclame des dommages et intérêts<sup>3</sup>. La transaction est ensuite validée par le président sans nécessité d'une nouvelle délibération du collège (qui reste cependant possible si des changements substantiels sont intervenus au cours de la négociation)<sup>4</sup>.

Si l'auteur, qui peut être assisté d'un conseil<sup>5</sup>, accepte la sanction proposée<sup>6</sup>, la transaction avant d'être exécutée devra avoir été homologuée par le procureur de la République<sup>7</sup>. En cas de refus de la proposition de transaction ou d'inexécution, la HALDE peut transmettre l'affaire au parquet ou exercer directement l'action publique par voie de citation directe<sup>8</sup>. Le décret du 1<sup>er</sup> juin 2006 autorise néanmoins une certaine souplesse lorsque l'auteur de la discrimination tarde à s'exécuter mais que le non-respect des délais est dû à « *des motifs graves d'ordre médical, familial, professionnel ou social* ». Dans cette hypothèse, il revient à l'intéressé de demander à la HALDE que soient prolongés les délais d'exécution des mesures prévues par la transaction. La prolongation ne peut toutefois excéder 6 mois<sup>9</sup>. Il faut aussi relever que si la victime n'obtient pas les indemnités prévues dans la transaction, elle pourra demander leur recouvrement au moyen d'une injonction de payer<sup>10</sup>.

---

<sup>1</sup> Cependant, les frais d'affichage ou de diffusion à la charge de l'auteur ne pourront excéder le montant de l'amende fixée à l'art. 11-1.

<sup>2</sup> Point 1.1 de la Circulaire du Garde des Sceaux relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2006-396, *op. cit.* Lorsque le collège donne mandat au président par délibération de proposer une transaction, ce mandat ne porte en aucun cas sur le montant de l'amende (même si la délibération peut éventuellement décrire les mesures qu'il semble pertinent de proposer). L'évaluation du montant de l'amende négociée et du préjudice subi par l'éventuelle victime sera définie, négociée par les parties et le personnel de la HALDE impliqué.

<sup>3</sup> Accord *de jure* : si la victime demande des dommages et intérêts, elle doit accepter le montant proposé par la HALDE. Mais, si la victime n'a sollicité aucune indemnisation, la transaction sera possible sans que son accord intervienne.

<sup>4</sup> Conseil national du Barreau (CNB), *Les nouveaux pouvoirs de la HALDE et l'exercice des droits de la défense*, *op. cit.* p. 15

<sup>5</sup> Art. 11-1 al. 3 de la loi du 30 décembre 2004 modifiée.

<sup>6</sup> Art. 1-10 du décret du 1<sup>er</sup> juin 2006 : « *La personne à qui est proposée une transaction est informée qu'elle dispose d'un délai de quinze jours avant de faire connaître sa décision, après s'être, le cas échéant, fait assister par un avocat* ».

<sup>7</sup> Article 11-1 al. 2 de la loi du 30 décembre 2004.

<sup>8</sup> Art. 11-3 amendé. Le représentant de la Haute autorité sera alors entendu comme « *partie poursuivante* », après la partie civile s'il y a lieu, et avant le procureur de la République (point 3.3 de la circulaire du 1<sup>er</sup> juin 2006)

<sup>9</sup> Art. D1-1-IV CPP issu de l'art. 1<sup>er</sup> du décret n° 2006-641 du 1<sup>er</sup> juin 2006 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif aux transactions proposées par la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

<sup>10</sup> V. « *Quand la Halde propose de transiger* », *Semaine sociale Lamy*, n° 1266, 19 juin 2006, pp. 5-6.

Ces différentes étapes de la procédure de transaction ont été précisées « *en s'inspirant particulièrement des dispositions applicables en matière de composition pénale, qui constitue également une forme de transaction* »<sup>1</sup>. En effet, dans le cadre de cette dernière, le procureur de la République peut, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, proposer une composition pénale à l'auteur d'un délit puni d'une peine d'amende ou d'une peine de prison inférieure à cinq ans<sup>2</sup>. Elle comprendra le versement d'une amende et la réparation des dommages causés si une victime est identifiée. La victime et le mis en cause doivent donner leur accord<sup>3</sup> pour que le procureur saisisse par requête le président du tribunal de grande instance afin qu'il valide la composition.

Concernant le régime juridique de la transaction de la HALDE, il s'inspire du régime dégagé pour les transactions attribuées à différentes autorités administratives par le législateur. C'est ainsi un des instruments principaux de résolution des conflits pour l'administration fiscale, les douanes et l'administration des eaux et forêt<sup>4</sup>. À l'occasion de l'attribution d'un pouvoir similaire aux maires<sup>5</sup>, le Conseil constitutionnel est venu préciser les lignes directrices du régime de la transaction : afin que ce nouveau pouvoir ne porte pas atteinte à la séparation des pouvoirs, les mesures qui peuvent être prévues dans la transaction ne sauraient, en tout état de cause, toucher à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution et, l'homologation de la transaction par un magistrat doit être prévue<sup>6</sup>. L'autorité judiciaire chargée de l'homologation de la proposition de transaction du maire « *n'est liée ni par la proposition du maire ni par son acceptation par la personne concernée* »<sup>7</sup>.

En ce qui concerne le respect des droits de la défense et le droit à un procès équitable, le juge constitutionnel a relevé que « *les dispositions contestées n'organisent pas un procès*

---

<sup>1</sup> Circulaire du Garde des Sceaux du 31 mars 2006.

<sup>2</sup> L'art. 6 CPP prévoit ainsi que l'action publique peut « *s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément ou par l'exécution d'une composition pénale* ». Mais dans le cadre d'une composition pénale, la sanction négociée n'est pas inscrite au casier judiciaire de l'auteur de la discrimination alors que la transaction sera enregistrée par la HALDE, qui éviterait ainsi de proposer cette procédure à des personnes ou des entreprises repérées comme récidivistes.

<sup>3</sup> Le mis en cause dispose d'un délai de 15 jours pour accepter la transaction en vertu de l'art. D.1-1 du code de procédure pénale ainsi que du droit à l'assistance d'un avocat

<sup>4</sup> SERVERIN E., LASCOUMES P., LAMBERT T., *Transactions et pratiques transactionnelles. Sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, Paris, Economica, 1987, p. 142.

<sup>5</sup> La loi Égalité des chances du 31 mars 2006, qui insère un nouvel art. 44-1 dans le CPP, indique en effet que le maire peut proposer à l'auteur de certaines contraventions ayant causé un préjudice à la commune une transaction de nature à éteindre l'action publique. Il est prévu que cette transaction doive être homologuée soit par le procureur de la République si elle consiste en la réparation du préjudice, soit par le juge du tribunal de police ou le juge de proximité s'il s'agit de l'exécution d'un travail non rémunéré.

<sup>6</sup> C.C., déc. n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi Égalité des chances*, J.O. du 2 avril 2006, p. 4964.

<sup>7</sup> *Ibid.*, cons. 42.

mais une procédure de transaction, qui suppose l'accord libre et non équivoque, avec l'assistance éventuelle d'un avocat, de l'auteur des faits ; que la transaction homologuée par l'autorité judiciaire ne présente, par elle-même, aucun caractère exécutoire »<sup>1</sup>. En effet, si la HALDE constate une mauvaise exécution de la transaction, l'exécution forcée est impossible, elle ne pourra qu'envisager d'entamer une procédure de citation directe devant le juge pénal. Le Conseil d'État, amené à se prononcer sur le pouvoir de transaction en matière de police de l'eau, a dégagé les grandes lignes d'un régime de transaction pénale respectueux des exigences constitutionnelles dans son arrêt *France Nature environnement* du 7 juillet 2006<sup>2</sup> : l'intervention de l'autorité judiciaire est nécessaire dans la mesure où la transaction intervient pour des actes qui peuvent être qualifiés d'infractions pénales. Tant que l'action publique n'est pas mise en œuvre, la compétence logique et entière est celle du parquet : si la procédure de transaction intervenait après la mise en mouvement de l'action publique, l'homologation dépendrait du magistrat du siège<sup>3</sup>. Quand l'action publique est enclenchée, la HALDE perd ainsi toute possibilité d'exercer librement ses prérogatives de régulation, étant tenue de recueillir l'accord de la juridiction pénale saisie (art. 12 de la loi du 30 décembre 2004 modifiée).

Dans le cadre de la procédure de transaction, il n'y a pas d'obligation de respecter le principe du contradictoire dans la mesure où l'argument tiré du non-respect des droits de la défense ne saurait valoir quand la personne n'est pas accusée<sup>4</sup>. La HALDE a cependant décidé de s'y plier<sup>5</sup>. Si la procédure de transaction ne lui offre pas le droit d'accès à son dossier et aux pièces ayant conduit la HALDE à se déterminer, le mis en cause, assisté de son éventuel avocat, est invité à répondre aux accusations portées et aux informations collectées dans le cadre des investigations puis à discuter de la transaction. Il garde ainsi la faculté de refuser la transaction proposée en privilégiant la procédure judiciaire au cours de laquelle il aura accès à toutes les pièces.

De plus, l'investigation réalisée par la HALDE en amont et la procédure de transaction sont soumises à une obligation de confidentialité. En effet, si l'auteur de la discrimination

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, cons. 43

<sup>2</sup> Ainsi l'homologation obligatoire par le parquet de la transaction acceptée par les parties suscitait les mêmes interrogations que dans le cas de la HALDE car, habituellement, l'intervention du juge est prévue pour autoriser la transaction, puis pour la valider.

<sup>3</sup> C.E., 7 juillet 2006, *France Nature Environnement*, n° 283178.

<sup>4</sup> PESQUIE B. (chef du service pénal de la HALDE), in Conseil national du Barreau (CNB), *Les nouveaux pouvoirs de la HALDE et l'exercice des droits de la défense*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>5</sup> FERRAND L. (directeur des services juridiques de la HALDE), in Conseil national du Barreau (CNB), *Les nouveaux pouvoirs de la HALDE et l'exercice des droits de la défense*, *op. cit.*, p. 44.

refuse la transaction proposée, cela ne peut en principe lui être opposé lors d'un éventuel procès pénal. Néanmoins, la présence de la partie adverse lors des négociations et la possibilité pour la HALDE de formuler ses observations devant les juridictions en cas de refus de la transaction peuvent poser problème. En effet, le défendeur peut avoir intérêt à mettre en avant le fait qu'une transaction n'a pas été homologuée ou que la transaction a été refusée, car cela implique que l'existence de l'infraction a été reconnue et les textes n'obligent pas les personnes qui participent à la transaction à garder un secret absolu sur les éléments de discussion. Pour éviter cette publicité, la HALDE pourrait s'inspirer du modèle de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) : en cas d'échec, nul ne peut en faire état et il n'existe aucune trace du dossier et de la reconnaissance de culpabilité<sup>1</sup>.

### 3. Une dénaturation de la mission de la HALDE

Le problème n'est pas tant que la HALDE puisse prononcer des sanctions négociées mais que les modalités de la transaction pénale, par son objet et son régime, contribuent à faire de la HALDE un acteur judiciaire en tant que tel. En effet, la transaction concerne directement les faits constitutifs de discrimination tels qu'ils sont prévus et sanctionnés par le code pénal<sup>2</sup>. Or il est très rare qu'une AAI dispose d'un pouvoir de sanction visant directement des infractions pénales : le CSA et l'ART ne peuvent infliger de sanctions administratives que lorsque le manquement constaté n'est pas constitutif d'une infraction pénale<sup>3</sup>. De plus, un tel pouvoir est le plus souvent en rapport avec les propres règlements ou décisions de l'Autorité<sup>4</sup>. S'il est vrai que le pouvoir de transaction attribué aux maires en 2006 concerne la matière pénale, celui-ci ne concerne que des auteurs de contraventions (et non de

---

<sup>1</sup> V. PESQUIE B. et LEVY J-P, in Conseil national du Barreau (CNB), *Les nouveaux pouvoirs de la HALDE et l'exercice des droits de la défense*, op. cit., p. 12.

<sup>2</sup> Julie Suk montre que le fait d'attribuer un pouvoir de sanction négociée à la HALDE en matière pénale reflète la focalisation du droit antidiscriminatoire français sur le droit pénal (in « Procedural Path Dependence : Discrimination and the Civil-Criminal Divide », *Washington University Review*, vol. 85, 2008, p. 1348). La HALDE n'a en effet pas le pouvoir de proposer des sanctions négociées (en dehors de la procédure de médiation) pour des faits de discrimination inconsciente ou de discrimination indirecte.

<sup>3</sup> V. respectivement la loi du 30 septembre 1986 (art. 42.1) et la loi du 26 juillet 1996 (art. L. 36.112).

<sup>4</sup> Cela vaut par exemple pour l'Autorité des marchés financiers (AMF, née de la fusion de trois autorités antérieures opérée par la loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003) et la CNIL (dont les pouvoirs ont été renforcés par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004). C'est ainsi, comme le note Y. Mayaud, que la sanction, dont l'objet est un manquement d'ordre administratif, conserve son caractère régulateur (in « La HALDE, une trop 'Haute' autorité ? », op. cit., p. 933).



délits) et pour des faits ayant causé directement préjudice à la commune<sup>1</sup> alors que la HALDE intervient comme tiers dans la transaction-sanction<sup>2</sup>.

Le mécanisme de la transaction pénale s'inscrit, pour reprendre l'expression de Jacques Chevallier, dans un mouvement de « dénaturation de l'institution »<sup>3</sup> en rapprochant celle-ci du juge pénal. D'abord, l'attribution d'une telle prérogative risque au plan procédural de contribuer à renforcer le mouvement de juridictionnalisation et de « rigidification des modes juridiques d'intervention » de la HALDE<sup>4</sup> en contribuant ainsi à fragiliser les bénéfices tirés de l'intervention de l'AAI. Surtout, la HALDE devient une instance de répression en ce qu'elle dispose de pouvoirs très proches de ceux de l'autorité judiciaire. La nature répressive de la transaction est d'autant plus évidente que son exécution vient éteindre l'action publique<sup>5</sup>. Constituant une sorte de composition pénale aménagée, elle est « intrinsèquement un acte de poursuite » érigeant « la HALDE en procureur, et le procureur en juge »<sup>6</sup>. La possibilité pour la HALDE d'initier une citation directe en cas de transaction inexécutée ou refusée la rapproche encore davantage de ce rôle du procureur. En effet, la citation directe est « l'instrument de défense de l'intérêt général atteint par les discriminations commises », et une telle défense n'appartient qu'à des autorités qualifiées au sens de l'art. 1<sup>er</sup> du code de procédure pénale (magistrats ou fonctionnaires auxquels la loi confie de telles prérogatives)<sup>7</sup>. Ce nouveau pouvoir de transaction de la HALDE, qui fait naître la confusion entre les rôles des deux institutions, introduit une sorte de dessaisissement du juge. Ce transfert de répression place ainsi la HALDE et le juge dans une situation de concurrence malgré le mécanisme d'homologation prévu.

---

<sup>1</sup> Art. 44-1 CPP.

<sup>2</sup> De fait, dans le cas où la transaction intervient entre l'administration et l'auteur d'une infraction, la transaction « s'analyse bien plus comme une sanction infligée par l'administration dont la victime n'est pas en mesure de discuter les termes et n'a d'autres solutions que de les accepter ou de les refuser, son refus l'exposant à des poursuites pénales devant le juge judiciaire » (conclusions du Commissaire du gouvernement M. Delon pour C.E., 28 février 1986, *Min. de l'Economie* ; citées par SERVERIN E., LASCOUMES P., LAMBERT T., *Transactions et pratiques transactionnelles*, *op. cit.*, p. 176).

<sup>3</sup> In BORILLO D. (dir.), *Halde : actions, limites et enjeux*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>4</sup> DECOOPMAN N., « À propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation », *op. cit.*, p. 255

<sup>5</sup> La procédure de transaction interrompt les délais de prescription de l'action publique, mais, une fois la transaction exécutée totalement, l'action publique est éteinte. Restera pour la partie civile, la possibilité d'exercer une citation directe devant le tribunal correctionnel qui statuera alors sur les seuls dommages et intérêts civils (Art. 11-3 al. 2 de la loi du 30 décembre 2004 modifiée).

<sup>6</sup> MAYAUD Y., « La HALDE, une trop 'Haute' autorité... », *op. cit.*, p. 934.

<sup>7</sup> Toutefois, une seule citation directe a été engagée entre 2006 et 2008 pour refus de la transaction pénale proposée. Elle a donné lieu à une condamnation pénale pour refus d'embauche (HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 19 et 41).

## B) L'impact du pouvoir de transaction pénale

La transaction pénale, même si elle ne constitue pas une sanction directe dans la mesure où l'intervention du procureur est nécessaire à sa validité, vient contredire la fonction pré-juridictionnelle initiale de la HALDE. De plus, elle vient se substituer à la sanction pénale, alors même que les plafonds prévus par la loi restent très en-deçà des dispositions du Code pénal. La législation du 31 mars 2006 organise ainsi un transfert de répression, au moins partiel, des discriminations intentionnelles qui a été maintenu avec la création du Défenseur des droits<sup>1</sup>.

L'essence même de la procédure de transaction repose sur le caractère contractuel de son déroulement et le caractère consenti de son dispositif : la HALDE ou la victime ne peuvent, sans recourir au juge, forcer son exécution qui reste volontaire. Pour autant, à l'origine de la transaction pénale se trouve une décision unilatérale de l'administration de la proposer : l'auteur d'une discrimination n'a pas le droit de demander à en bénéficier, c'est le collègue qui, par délibération, mandate son président afin qu'il propose une transaction à l'auteur d'une discrimination constituant un délit pénal<sup>2</sup>. Après que la proposition a été formulée et acceptée, la procédure devient de nature contractuelle. La transaction peut donc sembler concilier les objectifs de sanction et de pédagogie<sup>3</sup>. Mais on peut estimer que, la HALDE détenant la prérogative d'initier la transaction, l'opportunité des poursuites lui revient alors (en choisissant d'informer le procureur de la commission d'un délit de discrimination qui a été porté à sa connaissance, de proposer une transaction, voire d'opter pour une autre solution) et qu'il existe une contradiction entre l'obligation pour la HALDE de transmettre les affaires constituant des délits ou des crimes aux procureurs<sup>4</sup> et la possibilité de proposer une transaction pour les mêmes faits. Cette contradiction n'est pas ignorée par la

---

<sup>1</sup> Art. 18 relatif au pouvoir de transaction du Défenseur du décret n° 2011-904.

<sup>2</sup> Néanmoins, dans la pratique, on peut imaginer, dans le cadre des échanges nécessaires à l'investigation entre la HALDE et les parties concernées, que ces dernières puissent proposer à la HALDE l'hypothèse d'une transaction.

<sup>3</sup> Marie-Anne Frison-Roche estime que « ces mécanismes, dont on a vu l'efficacité en matière de contrôle des concentrations à travers la technique des engagements, en matière de régulation de l'audiovisuel avec de véritables conventions passées entre le CSA et les entreprises du secteur, et en matière de concurrence à travers les mécanismes de clémence, ont montré leur efficacité. Il est question d'accorder à l'Autorité des marchés financiers un tel pouvoir de transaction. Quelles que soient ses modalités, et en veillant à ne pas empiéter sur l'exercice d'autres pouvoirs, par exemple ceux détenus par le ministère public, cette articulation entre sanction et négociation permet aux AAI d'exécuter plus efficacement leur mission ». In « Étude dressant un bilan des Autorités administratives indépendantes », *op.cit.*, p. 86.

<sup>4</sup> Art. 12 de la loi du 30 décembre 2004 modifiée.

Circulaire du 26 juin 2006, qui souligne que la révélation du délit au parquet pourra intervenir à l'occasion de l'homologation<sup>1</sup>.

La HALDE estime que son pouvoir de transaction est pertinent et qu'il ne peut s'analyser comme une compétence pénale propre. L'exigence d'homologation empêcherait, selon Frédéric Amegadjie de la direction juridique de la HALDE, le développement d'une politique pénale propre à l'AAI en inscrivant son intervention dans « la politique pénale des parquets - et donc de la Chancellerie »<sup>2</sup>. Selon la circulaire du 26 juin 2006 de la Direction des affaires criminelles, l'insertion de dispositions relatives à la transaction-sanction dans le code de procédure pénale<sup>3</sup> « tend à mettre en évidence la complémentarité de l'action de la haute autorité et de celle des autorités judiciaires »<sup>4</sup>. La transaction serait d'autant plus le fruit de la collaboration entre l'AAI et la juridiction pénale que cette même circulaire invite les magistrats du ministère public à participer *aussi activement que possible à la mise en œuvre des transactions proposées par la haute autorité* »<sup>5</sup>.

Certes, certains estiment certes que la transaction constitue un instrument pédagogique qui permet de régler des cas de discrimination banals et ponctuels et dont l'obligation d'homologation préserve la collaboration essentielle entre la HALDE et le juge. Néanmoins, l'homologation des transactions proposées par la HALDE par les procureurs de la République semble être la règle. Tout d'abord, ceux-ci ne disposent en pratique que d'un court délai d'un mois pour répondre aux demandes d'homologation. De plus, s'il y a nécessité pour l'Autorité d'obtenir l'accord préalable du procureur pour proposer une transaction sur un dossier faisant déjà l'objet d'une enquête judiciaire, la circulaire du 26 juin 2006 indique que cet accord ne devra être refusé en pratique que dans les seuls cas où le procureur estime que les faits ne constituent pas une infraction ou, au contraire, a l'intention, en raison de la gravité de ces faits, d'engager des poursuites devant le tribunal correctionnel<sup>6</sup>. Si le procureur donne son accord pour qu'une affaire faisant l'objet d'une enquête judiciaire soit conclue par une

---

<sup>1</sup> Circulaire de la Direction des affaires criminelles du 26 juin 2006, point 1.1.

<sup>2</sup> AMEGADJIE F., « La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux », *op. cit.*, p. 309.

<sup>3</sup> Les dispositions concernant la transaction-sanction insérées dans la loi du 30 décembre 2004 par l'art. 41 de la loi du 31 mars 2006 ont été précisées dans un nouvel art. D.1-1 du code de procédure pénale résultant du décret du 1<sup>er</sup> juin 2006.

<sup>4</sup> Circulaire de la Direction des affaires criminelles du 26 juin 2006, Point 1.

<sup>5</sup> *Ibid.*, point. 1.3.

<sup>6</sup> Contrairement à la HALDE, l'autorité judiciaire est informée du passé judiciaire de l'auteur de la discrimination et peut par conséquent estimer que la procédure de transaction-sanction n'est pas pertinente.

transaction, il peut préciser le montant minimal de l'amende transactionnelle à proposer<sup>1</sup>, mais la HALDE n'est alors pas tenue par cette indication même si elle aura tout intérêt à la respecter en vue d'obtenir l'homologation ultérieure de sa transaction.

L'homologation n'est donc pas automatique mais la circulaire laisse aux magistrats peu de marge de manœuvre pour refuser celle-ci. Il est précisé que l'homologation devra être accordée si l'infraction apparaît caractérisée et si les sanctions, acceptées par la victime, « *ne sont pas disproportionnées au regard de la gravité de ces faits* »<sup>2</sup>. Il faudrait donc que la HALDE ait commis une erreur touchant à la qualification des faits (mais on n'imagine mal pourquoi le mis en cause consentirait à la transaction s'il estime les faits mal qualifiés ou le dossier dénué de fondement). Enfin, l'exigence d'une motivation même brève pour les seuls refus devrait - en ces temps d'encombrement de la justice - aussi favoriser les homologations. Tous ces éléments expliquent pourquoi, conformément à la circulaire du 26 juin 2006, le refus d'homologation « *ne devrait intervenir que de façon exceptionnelle* »<sup>3</sup>.

Si une discrimination intentionnelle peut faire l'objet de manière alternative d'un règlement devant la HALDE ou devant les juridictions pénales, la déjudiciarisation en germe des discriminations n'est pourtant pas inéluctable. Elle dépendra de l'orientation de la HALDE et de la volonté des juges de faire respecter leur domaine de compétence<sup>4</sup>. En l'espèce, la HALDE indiquait dans son rapport 2009 que sur les 65 transactions proposées au parquet, 62 d'entre elles avaient été homologuées, tandis que seulement deux avaient été refusées<sup>5</sup>. Si la HALDE étendait au maximum ses pouvoirs et si le ministère public n'y posait pas, à travers son pouvoir d'homologation, des limites, la HALDE viendrait véritablement se substituer au juge pénal : si la transaction échoue du fait du mis en cause, elle décidera ou non d'enclencher une citation directe. Certes, la victime conserve le droit de déposer une plainte avec constitution de partie civile ou une citation directe, mais si elle n'est conseillée ni par avocat ni par une association, elle aura tendance à suivre les prescriptions de la HALDE.

Ainsi, ce pouvoir, qui intervient précisément en matière pénale, modifie substantiellement le rôle de la HALDE et crée une concurrence frontale avec le juge pénal

---

<sup>1</sup> Circulaire du 26 juin 2006, *op. cit.*, Point 1.3.1

<sup>2</sup> *Ibid.*, Point 1.3.2.

<sup>3</sup> *Ibid.*, Point 1.3.2

<sup>4</sup> Il semble que la transaction, qui en 1987 apparaissait dans près de 17 textes organisant cette pratique dans le cadre administratif, était déjà un mode de règlement peu contrôlé par l'autorité judiciaire (SERVERIN E., LASCOUMES P., LAMBERT T., *Transactions et pratiques transactionnelles*, *op. cit.*, pp. 154 et 159).

<sup>5</sup> Une était encore en cours de traitement. In HALDE, *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 22.

susceptible d'ouvrir la voie à une dépénalisation des discriminations. De nombreux auteurs contestent donc l'opportunité du pouvoir de transaction de la HALDE et estiment que la concurrence qu'elle induit avec le juge pénal n'est pas la bienvenue<sup>1</sup> et ce d'autant plus que l'intervention de la HALDE dans le déroulement du processus pénal lui fait jouer « un rôle de filtre » qui pourrait « contribuer à réduire les garanties que l'existence du dispositif pénal donne aux victimes de discriminations »<sup>2</sup>. En effet, si les comportements discriminatoires doivent être sanctionnés, l'autorité judiciaire reste la mieux armée, par ses traditions et sa procédure, pour prononcer les sanctions de discriminations intentionnelles<sup>3</sup> qui sont loin d'être isolées. On peut même se demander dans un contexte marqué par l'augmentation des sanctions du juge pénal, si la transaction-sanction, accordée à la HALDE à sa demande en mars 2006, n'est pas une manière d'organiser l'ineffectivité de l'interdiction pénale et de marquer une défiance à l'égard du judiciaire alors même, comme le relève M. Renaud Chazal de Mauriac, premier Président de la Cour d'appel de Paris, qu'« il aurait été préférable de cerner les juridictions en difficulté, et de les renforcer pour qu'elles puissent jouer pleinement leur rôle dans le domaine de la lutte contre les discriminations »<sup>4</sup>.

## §2) La HALDE, palliatif d'une justice défaillante ?

Un rapport parlementaire sur le projet de loi portant création de la HALDE relevait que les mesures d'instruction demandées au juge civil étaient rarement satisfaites et que les parquets étaient « peu enclins à s'investir dans un contentieux difficile »<sup>5</sup>. La création d'une AAI spécialisée reflétait la volonté des autorités de pallier ces lacunes, notamment en matière de recherche de preuves. Malgré l'attribution d'un pouvoir de transaction pénale à la HALDE, le garde des Sceaux réitère en juin 2006 que « *la lutte contre les discriminations constitue une des priorités de l'institution judiciaire* »<sup>6</sup>. Pour autant, la création de la HALDE correspond aussi à la volonté de lutter plus efficacement contre des discriminations qui méritent une réaction rapide dont la justice « faute de moyens nécessaires voire de compétence adaptée » est incapable<sup>7</sup>. Le fait qu'elle dispose du pouvoir d'engager des médiations ou de faire des

---

<sup>1</sup> FAVENNEC-HERY F., « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *Droit social*, janvier 2007, p. 7.

<sup>2</sup> CHEVALLIER J. in D. Borillo (dir.), *Halde : actions, limites et enjeux*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>3</sup> MAYAUD Y., « La HALDE, une trop 'Haute' autorité ? », *op. cit.*, p. 931.

<sup>4</sup> FRISON-ROCHE M-A, « Étude dressant un bilan des Autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 25.

<sup>5</sup> Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, au nom de la Commission de lois, A.N., n° 1827, p. 12.

<sup>6</sup> Circulaire du 1<sup>er</sup> juin 2006 du Garde des Sceaux Pascal Clément.

<sup>7</sup> MAYAUD Y., « La HALDE, une trop 'Haute' autorité ? », *op. cit.*, p. 930.

recommandations pour une discrimination même caractérisée illustre ce besoin d'une plus grande liberté en sortant du dilemme « innocenter/punir ». Le développement des pouvoirs de la Haute autorité en matière de résolutions négociées et incitatives répond aussi aux contradictions des pouvoirs publics dans la lutte contre les discriminations : ils souhaitent faire reculer les discriminations tout en évitant de susciter de trop grandes résistances parmi les décideurs. De manière extensive, le recours à la HALDE pourrait venir préfigurer un mouvement de déjuridictionnalisation des discriminations : face à l'encombrement et aux faibles moyens des tribunaux, l'AAI pourrait constituer un palliatif pertinent (A). Néanmoins, cette affirmation doit être sérieusement nuancée car les solutions de *soft law* que la HALDE propose ne se révèlent pas nécessairement efficaces pour servir les intérêts en jeu dans la lutte contre les discriminations (B).

#### A) Une renonciation pragmatique au procès ?

Certains acteurs avaient marqué leurs réticences concernant la création de la HALDE : alors qu'il fallait améliorer l'effectivité de la voie pénale et en renforcer la légitimité, ils craignaient que la naissance d'une autorité spécialisée, dotée de pouvoirs d'investigations et de sanction, permette d'évacuer la question des discriminations des préoccupations de l'ordre juridictionnel « normal » tout comme des services de police<sup>1</sup>. Lors du débat parlementaire sur son projet de loi « Égalité des chances », le gouvernement d'alors justifiait l'attribution d'un pouvoir de sanction par la nécessité de répondre aux « faits les plus ordinaires, les plus nombreux » par « une procédure simple, rapide afin de rétablir immédiatement et facilement un sentiment de justice »<sup>2</sup>. Les parlementaires avaient refusé de doter l'AAI du pouvoir de prononcer des sanctions pécuniaires, notamment par crainte que le contentieux des discriminations ne soit aspiré par la Haute autorité et que le recours à cette autorité [...] ne se substitue à la comparution devant les tribunaux, qui est souvent plus infamante et beaucoup plus solennelle »<sup>3</sup>. Enfin, certains d'entre eux avaient souligné que les infractions concernées par le pouvoir de transaction finalement dévolu étaient « trop graves » pour être laissées à l'appréciation de la HALDE et ne faire l'objet que d'une homologation du ministère public<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> MASSIAS F., « Faut-il pénaliser le racisme ? », *op. cit.*, p. 621.

<sup>2</sup> A. Begag, ministre délégué, Sénat, séance du 3 mars 2006, *compte-rendu intégral des débats* (débat sur l'art. 19 du projet de loi « Égalité des chances »).

<sup>3</sup> M. Bruno Retailleau, Sénat, séance du 3 mars 2006, *op. cit.*

<sup>4</sup> Mme Eliane Assassi, Sénat, séance du 3 mars 2006, *op. cit.*

Les articles 12 et 13 de la loi du 30 décembre 2004 abordent la question des relations entre la HALDE et les autorités judiciaires. L'art. 12-1 de la loi du 30 décembre 2004 prévoit que la HALDE, saisie d'un fait de discrimination constitutif d'un crime ou d'un délit, « *en informe* » le procureur de la République. Si une procédure de médiation est entamée sur une telle affaire (ce qui implique donc qu'une médiation puisse concerner une affaire « importante »), la haute autorité doit en informer le procureur. Si la HALDE est saisie d'une affaire déjà portée devant la justice, elle ne peut utiliser son pouvoir d'investigation, de recommandation, de médiation et de sanction transactionnelle qu'avec l'accord écrit des juridictions ou des procureurs concernés (art. 12-3).

### *1. L'opportunité des « poursuites »*

Le fait qu'elle dispose du pouvoir d'engager des médiations ou de réaliser des recommandations pour un délit de discrimination même caractérisé et de décider ainsi de l'opportunité de transmettre le dossier pourrait effectivement transformer la haute autorité en concurrente de l'autorité judiciaire. La HALDE semblerait se substituer à la justice en disposant implicitement de l'opportunité des poursuites (même si la victime conserve la possibilité d'opérer d'elle-même le recours) et en rendant des décisions quasi-juridictionnelles. C'est en effet la HALDE qui propose d'orienter les réclamants vers les juges (qu'il s'agisse de la transmission d'un dossier au parquet ou du conseil d'exercer un recours délivré à la victime) ou de mettre plus exclusivement en œuvre ses propres solutions (recommandation, médiation, rappel à la loi, transaction). Cette dernière option qui, nous l'avons vu, peut s'avérer parfaitement pertinente, pourrait être privilégiée. Certes, la victime peut toujours en théorie refuser la solution de la HALDE et s'adresser au procureur ou au juge, mais il semble logique qu'une victime isolée se range aux préconisations d'une autorité spécialisée. Et si la médiation ou la transaction échoue du fait du défendeur, c'est la HALDE qui décidera éventuellement d'enclencher une citation directe à son encontre. La complémentarité recherchée entre l'autorité administrative et les juges pourrait ainsi se muer sur le terrain des discriminations en un désengagement de la justice au profit de la HALDE qui semble avoir reçu ce nouveau pouvoir de transaction parce que l'autorité judiciaire se trouve dans l'incapacité de répondre aux plaintes des victimes<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Comme le relevait le Conseil d'État à propos des AAI, « cette capacité de réaction rapide des AAI, dans des matières très évolutives qui imposent l'immédiateté, explique les raisons pour lesquelles des pouvoirs de plus en plus étendus notamment de sanction, leur ont été confiés dans le cadre défini par le conseil constitutionnel », *in Rapport public 2000, op. cit.*, p. 277.

Au cours de la période 2005-2006, la HALDE, nouvellement créée, s'emploie à déployer ses services et à prendre la mesure de ses pouvoirs. L'étude de son activité pour l'année 2008 permet d'évaluer ses pratiques et de noter des tendances repérables. Pour les dossiers faisant l'objet d'une délibération du collège, la recommandation - de portée générale ou individuelle - est la première des 457 mesures utilisées (299 en 2008<sup>1</sup>). La médiation est aussi un instrument familier, puisqu'elle a été proposée à 42 reprises durant cette année 2008<sup>2</sup> tout comme le rappel à la loi, qui peut émaner du président comme du collège (52 rappels à la loi pour 2008)<sup>3</sup>. La transaction pénale, venue s'ajouter en 2006 aux outils de la HALDE, a été proposée à 17 reprises. Ces données sont à comparer pour la même période aux 3 dossiers transmis au parquet et 64 interventions réalisées devant les juridictions<sup>4</sup> : les pratiques qui se situent « à l'ombre du droit »<sup>5</sup> ont donc été largement privilégiées par la Haute autorité.

## 2. Transactions pénales et transmission au parquet

Si l'intervention de la HALDE permet d'apporter des réponses alors que l'autorité judiciaire restait silencieuse, il n'est pas assuré que la Haute autorité participe à sortir la justice de son relatif manque de mobilisation en faveur des victimes de discriminations. Concernant le juge pénal, la loi indique qu'elle informe le procureur des faits constitutifs d'un crime ou d'un délit de discrimination, mais la HALDE explique qu'elle « fait application de cet article lorsque le délit lui semble caractérisé et qu'une sanction pénale lui paraît justifiée »<sup>6</sup>. Cette interprétation confirme qu'elle détient « l'opportunité des poursuites » et décide de manière autonome du sort de chaque délit de discrimination. Selon la chef du service pénal de la HALDE, la transaction constitue alors une voie médiane pertinente entre la médiation, qui s'impose « lorsque les faits sont très peu graves et que l'intérêt est avant tout de restaurer le lien social », et la poursuite pénale appropriée « lorsque les faits concernés sont particulièrement graves »<sup>7</sup>. La probabilité de voir alors trancher par une juridiction pénale une discrimination intentionnelle dont aurait été saisie la HALDE semble bien mince. Ainsi, entre

---

<sup>1</sup> 29 recommandations en 2005, 151 en 2006, 332 en 2007 (HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, pp. 19-20).

<sup>2</sup> 1 médiation en 2005, 33 en 2006, 49 en 2007 (*Ibid*).

<sup>3</sup> On relève 42 rappels à la loi en 2006, 24 en 2007 (*Ibid*).

<sup>4</sup> Pour les observations devant les juridictions, les chiffres étaient de 1 en 2005, 48 en 2006 et 115 en 2007 (*Ibid*).

<sup>5</sup> LASCOURMES P., « Normes juridiques et politiques publiques », *L'Année sociologique*, 1990, p. 60

<sup>6</sup> HALDE, *Rapport annuel 2007*, *op.cit.*, p. 38

<sup>7</sup> PESQUIE B., in Conseil national du Barreau (CNB), *Les nouveaux pouvoirs de la HALDE et l'exercice des droits de la défense*, *op. cit.*, p. 6.



mi-2006 et fin 2008, la HALDE avait proposé un total de 65 transactions pénales en réponse à des refus d'accès à l'embauche et d'accès aux biens (soit plus d'une vingtaine par an depuis mars 2006)<sup>1</sup>. Dans le même temps, le nombre de transmissions au parquet ne décollait guère, bien au contraire : 14 en 2005, 10 en 2006, puis 1 en 2007 et seulement 3 en 2008<sup>2</sup>. Face à l'encombrement des tribunaux, les transactions de la HALDE sont rarement contestées par les magistrats car elles permettent de contourner le temps long de la justice, d'« alléger la tâche des tribunaux correctionnels et [d'] éviter les classements du parquet pour cause d'encombrement des juridictions pénales »<sup>3</sup> et leur défaut de spécialisation.

Les partisans des pratiques transactionnelles continuent ainsi de mettre en avant « les vertus d'efficacité procédurale, de rentabilité financière et de secret caractérisant ce mode de règlement »<sup>4</sup> par rapport à la lenteur et au coût des procédures judiciaires. L'intérêt de la transaction pour les parties est aussi souligné. L'extinction de l'action publique aux termes de la réalisation de la transaction permet à l'auteur de la discrimination d'échapper au procès pénal et à une condamnation plus infamante quasi certaine, puisque la HALDE estime au vu des éléments de preuve obtenus dans le cadre de ses investigations que le délit est caractérisé et qu'on comprendrait mal que l'auteur accepte une sanction sans un solide dossier à son encontre. La victime, pour qui la question de la durée nécessaire à l'obtention de la décision peut constituer un facteur déterminant, obtient que l'auteur soit rapidement sanctionné et voit son préjudice réparé en évitant une longue procédure judiciaire<sup>5</sup>. Le pragmatisme est donc au cœur de la transaction-sanction.

### 3. *Des solutions alternatives qui participent à la non-juridictionnalisation*

Au-delà de la transaction, nous avons aussi pu constater que la HALDE réglait souvent les réclamations jugées pertinentes en multipliant les médiations et les recommandations, instruments dits de droit mou (*soft law*). La saisine du juge n'apparaît pertinente si les mesures alternatives ne trouvent pas d'issue satisfaisante (refus de principe de la victime,

---

<sup>1</sup> HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>2</sup> *Ibid.* Au cours des années 2007-2008, elle a effectué 12 interventions devant l'autorité judiciaire pénale (parquet, juge d'instruction, juridiction de jugement).

<sup>3</sup> DELMAS-MARTY M., « Le mou, le doux et le flou sont-ils des garde-fous ? », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit.*, p. 215.

<sup>4</sup> SERVERIN E., LASCOURMES P., LAMBERT T., *Transactions et pratiques transactionnelles...*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>5</sup> On présume ici de manière irréaliste que les victimes ont une connaissance approfondie des procédures disponibles et que ce sont elles qui choisissent en conscience d'opter ou non pour les solutions alternatives.

échec de la négociation d'un accord amiable ou de la médiation, refus de la transaction proposée). C'est ainsi que le juge ne semble devoir intervenir qu'en dernier ressort même si le recours aux juridictions civiles ou administratives s'impose parfois au regard de l'aménagement de la preuve dont on bénéficie devant elles. Les prérogatives dont la HALDE a été dotée et les prémisses de son orientation laissent donc penser que la voie de la répression, « qui concrétise pleinement la garantie de protection offerte par la loi aux victimes dans un État de droit »<sup>1</sup> n'est toujours pas privilégiée comme un axe de l'effectivité du principe de non-discrimination. Cette non-juridictionnalisation des discriminations<sup>2</sup> qui peut s'avérer parfois pertinente<sup>3</sup> et la nature des pouvoirs dévolus à la HALDE contribuent à déresponsabiliser les juges mais s'inscrivent dans le mouvement actuel de développement des alternatives aux poursuites (rappel à la loi, classement sous condition, médiation pénale, composition pénale)<sup>4</sup>, qui s'appliquent de plus en plus y compris dans le champ des infractions racistes<sup>5</sup> et des discriminations<sup>6</sup>.

À l'étranger, on constate cette même orientation vers la dépénalisation voire la dé-juridictionnalisation « de bon nombre de secteurs au profit de sanctions administratives,

---

<sup>1</sup> GELD « Bilan critique de 2 années de fonctionnement du dispositif 114-CODAC », in CNCDH, *Rapport annuel 2002*, op. cit., p. 148.

<sup>2</sup> Il s'agit surtout d'une non-judiciarisation puisque c'est avant tout le recours au pénal qui semble écarté, du fait notamment du pouvoir de transaction de la HALDE. Il reste difficile à cet égard de parler de réelle « déjudiciarisation » dans la mesure où l'on décompte à peine une vingtaine de décisions pénales par an relatives aux discriminations. On distingue la « déjudiciarisation simple » de la « déjudiciarisation avec intervention ». La première implique une décision unilatérale officielle d'interrompre l'enquête et les poursuites criminelles avant la condamnation (main courante de la police en lieu et place d'une plainte, recours à la médiation ou à la transaction de la HALDE, mise en œuvre de procédures alternatives approuvées par une autorité judiciaire telles que la composition pénale). La « déjudiciarisation avec intervention » signifie l'interruption d'une enquête criminelle conjuguée avec des éléments de nature réhabilitative, thérapeutique ou éducative par exemple liés aux moyens non pénaux de traiter un conflit. La recommandation de la HALDE pourrait s'inscrire dans ce cadre (même si elle ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation du magistrat si l'action publique a été engagée). In « Déjudiciarisation et médiation. Résolutions », *Revue internationale de droit pénal*, n°3-4, 1985, p. 514.

<sup>3</sup> La non-judiciarisation peut éviter la stigmatisation inutile des contrevenants, elle peut aussi être indiquée lorsqu'un procès risque de porter préjudice à un contrevenant, une victime ou leur famille « dans une mesure disproportionnée avec les bénéfices escomptés d'un jugement public » (*Ibid.*).

<sup>4</sup> CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, op. cit., p. 98.

<sup>5</sup> CNCDH, *Rapport d'activité pour 2006*, op. cit., p. 70.

<sup>6</sup> Le parquet de Niort a décidé de poursuivre l'auteur d'une offre d'emploi subordonnant l'embauche à des critères d'âge interdits par la loi, à la suite de plaintes déposées par sept chômeurs. L'affaire devait être jugée le 4 octobre 2006 par le Tribunal de grande instance de Niort dans le cadre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (plaider-coupable). Finalement, c'est un procès plus classique devant le tribunal correctionnel qui pourrait se tenir car le cabinet de recrutement mis en cause a décidé de nier la discrimination. Le principe du secret qui entoure cette procédure avait aussi été mis à mal suite à l'importante médiatisation dont cette affaire avait fait l'objet. Notons qu'il s'agit du premier parquet de France qui semble bien résolu à faire juger l'auteur de ces annonces discriminantes après des plaintes transmises par la HALDE alors que d'autres parquets comme Paris, Rennes, Versailles et Créteil avaient classé ces plaintes sans suite ou s'étaient contentés de simples rappels à la loi par courrier. (« Offres d'emploi discriminantes: le parquet de Niort décide de poursuivre », Dépêche AFP, 18 septembre 2006 ; « Trop vieux pour travailler, mais pas pour attaquer », *Libération*, 19 septembre 2006).

civiles ou de médiation »<sup>1</sup>. Ainsi, il faut noter que si le Race Relation Act britannique prévoit bien la possibilité pour les victimes de discriminations de poursuivre civilement leur employeur devant les Employment tribunals, équivalents de nos prud'hommes, seulement 3% des plaintes aboutissent à un jugement de condamnation de l'employeur, contre près de 40% d'entre elles qui trouvent une issue négociée<sup>2</sup>. En France, nombre de plaintes pour discrimination « raciale », qui ne sont pas classées sans suite, sont effectivement réglées par le biais des procédures dites de 3<sup>e</sup> voie<sup>3</sup>. Ainsi, la HALDE relève que seules 5% des transmissions au parquet se concluent par une condamnation<sup>4</sup>. Sur les 40 transmissions opérées entre 2005 et 2010, seulement six condamnations pénales ont été obtenues tandis que 10 d'entre elles faisaient l'objet d'une relaxe et que 22 classements et règlements par troisième voie étaient décidés<sup>5</sup>. Pour exemple, la HALDE avait transmis un dossier de discrimination religieuse au procureur en juin 2007, estimant la discrimination intentionnelle caractérisée. Alors même que les discriminations fondées sur les pratiques religieuses sont mal connues du grand public, le procureur a indiqué qu'il estimait que les « faits peuvent faire l'objet d'une transaction de la part de la Haute autorité », laquelle obtempéra<sup>6</sup>. La justiciabilité du droit à l'égalité de traitement est ainsi contournée par la multiplication des instruments de droit mou : dans un but d'efficience, la justice contractuelle vient se substituer à la contrainte du procès.

L'essor des modes alternatifs de règlement des conflits, qui illustre « le passage d'un ordre juridique imposé, autoritaire à la promotion d'une justice négociée plus participative »<sup>7</sup>, constitue en effet « un choix par défaut, contraint » en réponse aux défaillances de

---

<sup>1</sup> MASSIAS F., « Faut-il pénaliser le racisme ? », *op. cit.*, p. 606.

<sup>2</sup> Le nombre de plaintes y est certes élevé (plus de 3.300 plaintes pour les seules discriminations « raciales » en 2004-2005) mais les procès donnent lieu à de longues procédures et exigent pour les victimes, étant donné la technicité et la complexité de la loi en la matière, le conseil d'un avocat et, étant donné le coût prohibitif des procédures, le soutien d'un syndicat (DANDRIDGE N., « The mission of Trade Unions in the fight against discrimination », Documentation pour le séminaire « Lutte contre les discriminations dans la pratique », E.R.A., Trêves, 8-9 mai 2006, p. 3). Les tribunaux américains enregistraient en 2000 7.600 plaintes pour discrimination « raciale ». Parmi celles-ci, environ la moitié se concluaient par des accords amiables et moins de 300 aboutissaient en un procès (*in* OPPENHEIMER D. B., « Evaluating the US Policy of Using Private Lawsuits to Remedy Employment Discrimination », *Droit et Culture*, n° 49, 2005, p. 124)

<sup>3</sup> Voir CNCDDH, *Rapport d'activité 2005*, *op. cit.*, p. 59-60, *Rapport d'activité 2006*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>4</sup> Le procureur tient informé la HALDE des suites données aux affaires qui lui ont été transmises par un avis écrit (point 3 de la circulaire de la direction des affaires criminelles du 3 octobre 2005).

<sup>5</sup> *In* HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>6</sup> HALDE, délibération n° 2007-209 du 3 septembre 2007 (un hôtel avait refusé l'accès à une famille parce que la mère portait le voile et avait fait préciser l'exclusion des personnes voilées dans son règlement intérieur).

<sup>7</sup> CADET L., « Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit », *in* M. Maille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 264.

l'institution judiciaire<sup>1</sup>. Les délais de la justice, notamment pénale, bien longs face à des situations de discrimination urgentes, les faibles moyens dont disposent les parquets pour instruire chacune des plaintes, la timide mobilisation des juges, le manque de familiarité des acteurs de l'arène judiciaire avec les techniques de recherches de preuves, enfin le montant des sanctions pécuniaires et indemnités obtenues dans les rares jugements laissent à penser que la HALDE pourrait constituer le palliatif efficace des juridictions. Pour autant, dans un contexte où ces dernières commençaient à évoluer, la pertinence d'une telle substitution apparaît discutable. Plutôt que de prendre acte de la faiblesse du dispositif de droit commun en dotant la HALDE d'un pouvoir de transaction et en multipliant les recours à la sanction négociée (ce qui contribue à affaiblir davantage les juridictions), n'aurait-il pas été plus judicieux de préserver la complémentarité des institutions pour renforcer le système général<sup>2</sup> ?

#### B) La HALDE : un palliatif discutable

La HALDE, qui détient le pouvoir de proposer certaines solutions alternatives, peut apparaître comme un palliatif efficace<sup>3</sup> du juge eu égard au faible nombre de condamnations et à la légèreté des peines. Selon Pierre Lascoumes, « la voie administrative est toujours celle qui présente le plus de poids tant par sa rapidité que par la sûreté des moyens de contrainte dont elle dispose »<sup>4</sup>. Effectivement, les délais de traitement de la HALDE semblent plus rapides et les solutions proposées concrètes si l'on compare l'activité de la HALDE au temps long de la justice, ainsi qu'au coût que représente un recours ou une plainte pour une victime peu certaine de son issue. Les bénéfices tirés des solutions alternatives de la HALDE semblent, au premier abord, évidents. Toutefois, cette efficacité mérite d'être mise en question au regard des diverses solutions négociées et des différents intérêts en jeu dans la lutte contre les discriminations « raciales ».

La transaction sanction est présentée comme un instrument efficace de « répression » mais, comme le souligne François Rangeon, « l'efficacité est souvent un argument ou un alibi justifiant la non-application du droit »<sup>5</sup>, ces sanctions négociées venant substituer aux arguments d'intérêt commun des droits particuliers. En effet, dans l'action de la HALDE, la

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 256.

<sup>2</sup> FRISON-ROCHE M-A., « Étude dressant le bilan des AAI », *op. cit.*, p. 31.

<sup>3</sup> Cette efficacité sera mesurée à l'aune de l'intention du législateur, des objectifs poursuivis par l'autorité ou des attentes des acteurs sociaux concernés. In P. LASCOURMES et E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 119

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>5</sup> RANGEON F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 131.

défense de l'intérêt général et la protection des intérêts particuliers des réclamants sont imbriquées<sup>1</sup>. Or, si solutions juridictionnelles et solutions de droit mou ne présentent pas les mêmes garanties procédurales, surtout, elles ne servent pas non plus les mêmes intérêts : les instruments de *soft law* ne permettent pas toujours de servir les intérêts publics en jeu, à savoir la volonté d'éliminer la discrimination pour tenter de redéfinir les comportements afin qu'ils soient conformes aux valeurs sociales fondamentales de la société.

Les modes alternatifs permettent de défendre efficacement les intérêts privés concernés par le litige - ceux de la victime comme ceux du défendeur. Ils facilitent la reconnaissance de la discrimination quand les standards du juge peuvent se révéler très difficiles à satisfaire (surtout quand il s'agit de convaincre le juge pénal de la réalité d'une discrimination intentionnelle) et permettent la prise en compte des aspects légaux (réparations financières individuelles) mais aussi de la dimension personnelle, psychologique du litige<sup>2</sup>. Les plaignants peuvent préférer obtenir, dans le cadre d'une procédure privée, des excuses ou l'assurance d'un autre emploi plutôt que des réparations financières. Face à la lenteur et au coût d'un procès, la médiation comme la transaction permettent de faire cesser au plus vite la discrimination et de retrouver des relations normalisées notamment dans le cadre professionnel<sup>3</sup>. Si aucune procédure alternative, plus rapide et moins coûteuse, n'existait, certaines victimes seraient peut-être découragées de rechercher réparation. Enfin, l'immédiateté de la sanction et son caractère négocié ont des vertus pédagogiques indéniables<sup>4</sup>. La médiation et l'accord négocié peuvent être aussi privilégiés par l'employeur même si celui-ci dispose de solides arguments de défense : un procès, toujours onéreux, peut venir ternir sa réputation en favorisant une exposition publique, voire médiatique, des accusations de discrimination<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Si la HALDE pourvoit à la défense de l'intérêt général « en participant à la protection des intérêts particuliers » (*in* LOISEAU G., « La Halde : quelle autorité ? », *op. cit.*, p. 142), son habilitation à défendre l'intérêt public en jeu dans la lutte contre les discriminations implique une responsabilité et des actions qui dépassent une approche individualisée des réclamations (à l'instar de la branche « promotion de l'égalité » de l'Autorité).

<sup>2</sup> En l'occurrence, les discriminations touchent à la question de l'estime de soi et de la dignité et constituent souvent des événements traumatiques pour les victimes. Mais il peut être aussi émotionnellement lourd d'être accusé de discrimination (sans mentionner les dégâts sur la carrière d'un manager ou l'image d'une entreprise causés par de telles accusations).

<sup>3</sup> Suite à des retards dans l'évolution de carrière qui semble traduire une discrimination fondée sur les convictions religieuses, la médiation a permis au surveillant qui n'avait bénéficié d'aucune promotion pendant dix ans d'obtenir un rattrapage de salaire et le versement d'une indemnité (HALDE, délibération n° 2007-170 du 2 juillet 2007). La procédure s'est donc révélée rapide, peu coûteuse, efficace pour les intérêts privés en jeu (même si l'on ne connaît guère les détails concernant l'ampleur du rattrapage de salaire et donc la réalité de la réparation intégrale ou non du préjudice subi).

<sup>4</sup> SCHWEITZER L., « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la Halde- Entretien », *op. cit.*, p. 9.

<sup>5</sup> STERNLIGHT J., *op. cit.*, p. 1423-1424.

Les adversaires de ces pratiques insistent à raison « sur la dimension arbitraire de ces activités, sur l'absence de transparence des critères de décision en ces domaines et l'inégalité qui se trouve ainsi créée entre administrés »<sup>1</sup>. La transaction constituerait pour l'auteur de discrimination la « reconnaissance officielle d'une moindre faute » et l'amende transactionnelle serait perçue comme « le simple acquittement d'un droit de frauder »<sup>2</sup>. En effet, les plafonds prévus pour la transaction<sup>3</sup> et les montants des transactions réalisées par la HALDE<sup>4</sup> pourraient ne pas satisfaire l'exigence communautaire de sanctions dissuasives. Concernant la célérité de l'intervention de la HALDE par rapport à celle du juge, certains soulignent qu'il est impossible d'explorer toutes les nuances légales et factuelles d'une plainte pour discrimination de manière expéditive<sup>5</sup>. De plus, son efficacité comparative, qui prend appui sur un faible niveau de processualisation, pourrait se trouver réduite par le renforcement des garanties imposées par le juge (relatives à son pouvoir d'investigation, à la séparation des instances de décision et de poursuite, à la protection de la présomption d'innocence, au renforcement des garanties de la défense...)<sup>6</sup>. La multiplication des saisines pourrait aussi venir allonger singulièrement les délais de traitement de l'AAI, qui sont encore relativement courts<sup>7</sup>.

De son côté, la juridictionnalisation semble mieux à même de servir les intérêts publics, notamment parce qu'elle fait connaître l'engagement des pouvoirs publics contre les discriminations. Surtout, elle permet de dégager des précédents et d'étendre l'interprétation et l'application d'une législation antidiscriminatoire complexe et récente (nature de la preuve à apporter dans le cadre de l'aménagement de la preuve, détermination du panel pertinent dans le cadre d'une preuve comparative, nature des justifications admises, responsabilité des personnes morales, notion de discrimination indirecte...). La société a en effet un besoin

---

<sup>1</sup> SERVERIN E., LASCOUMES P., LAMBERT T., *Transactions et pratiques transactionnelles...*, *op. cit.*, p.142.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Pour rappel, les plafonds de l'amende transactionnelle prévus par l'art. 11-1 al. 1 de la loi du 30 décembre 2004 sont de 3.000 € pour une personne physique et de 15.000 € pour une personne morale tandis que l'art. 225-2 CP prévoit des amendes de 45.000 € pour les délits de discrimination, et de 75.000 € pour les délits de discrimination commis dans un lieu accueillant du public et l'art. 432-7 prévoit une amende de 75.000 € pour toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public. Il faut néanmoins admettre au regard de la jurisprudence pénale que les amendes infligées restent très largement en deçà de ces plafonds.

<sup>4</sup> La HALDE indiquait que le montant des transactions réalisées en 2006-2007 (amende et réparation du préjudice confondus) était compris entre 100 € et 15.000 €. *In HALDE, Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 20.

<sup>5</sup> STERNLIGHT J., *op. cit.*, p. 1484.

<sup>6</sup> CANIVET G., « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », *LPA*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 52.

<sup>7</sup> F. Dupouis-Toubol indiquait en 2003 que le Conseil de la concurrence connaissait un délai moyen de traitement au fond d'un dossier de 4 ans et demi (*in* « Le juge en complémentarité du régulateur », *op. cit.*, p. 26).

patent de précédents clairs et publics pour dissuader les futures violations et faire connaître quelles sont les conduites autorisées et celles qui sont prohibées<sup>1</sup>. Alors que le caractère confidentiel des sanctions négociées leur interdit toute résonance publique, les procès, souvent médiatisés, qui assurent « une fonction tribunitienne essentielle pour dénoncer les discriminations « raciales »<sup>2</sup>, participent de ce fait à éduquer l'opinion publique et les employeurs et encouragent ainsi une réforme structurelle des mécanismes producteurs de discrimination. Ensuite, si l'on doit bien admettre que la juridictionnalisation ne débouche que rarement sur des amendes et des indemnités importantes, elle reste un vecteur essentiel pour crédibiliser la menace de la loi et s'assurer de la réparation totale du préjudice subi par les victimes. Enfin, dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, la victime a les moyens d'exiger la communication des pièces et documents auxquels elle n'aura pas forcément eu accès si la HALDE garde la main sur l'instruction.

On le voit bien, dans la lutte contre les discriminations, intérêts publics et privés coexistent, se chevauchent et s'opposent parfois. Néanmoins, il ne faudrait pas durcir à l'excès cette opposition potentielle. Certes, les individus peuvent logiquement privilégier leurs intérêts privés plutôt que le développement du droit antidiscriminatoire mais ils peuvent aussi préférer une procédure judiciaire tenue pour plus juste, équitable, impartiale et rechercher l'établissement de précédents légaux en même temps que l'amélioration de leur situation personnelle. De même, la société peut avoir intérêt à favoriser les procédures alternatives face à l'encombrement des tribunaux (les avantages de rapidité et de coût soulignés du point de vue de l'individu valent alors aussi pour la société). Alors, l'objectif de réduire le nombre de dossiers judiciaires ne saurait être que secondaire face à la nécessité de contribuer à la formation de précédents légaux en France. Dans les pays anglo-saxons où l'on s'expose en cas de discrimination à de lourdes sanctions financières devant les juridictions en sus de l'opprobre public, les employeurs sont enclins à accepter une sanction confidentielle, négociée même si celle-ci est importante, sanction qui peut aller jusqu'à intégrer un programme de formation et une clarification des obligations à leur charge<sup>3</sup> : à ce stade de développement de la politique antidiscriminatoire, le besoin de précédents légaux est alors moindre et les solutions alternatives dépassent les seuls intérêts privés en permettant de prévenir de futures discriminations. En définitive, les mesures alternatives, à l'instar des

---

<sup>1</sup> STERNLIGHT J., *op. cit.*, p. 1478.

<sup>2</sup> LANQUETIN M.-T., GREVY M., *Premier bilan de la mise en oeuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>3</sup> STERNLIGHT J., *op. cit.*, p. 1449.

instruments de la HALDE, ne participent pas nécessairement d'une entreprise de déjudiciarisation : on peut défendre l'idée que « les modes de solution amiable doivent être articulés aux modes judiciaires de règlement des différends »<sup>1</sup>.

Cette concurrence pourrait donc se transformer en saine complémentarité, si elle est prise en compte et réfléchié dans le contexte français actuel de la lutte contre les discriminations. Alors qu'un contentieux de masse des discriminations n'a pas encore émergé et que la jurisprudence n'est pas stabilisée, il aurait sans doute été souhaitable qu'on laisse à la HALDE le temps de remplir ses missions et d'utiliser et d'évaluer les pouvoirs qui lui avaient été confiés moins de deux ans auparavant avant de lui confier la nouvelle prérogative de transaction qui favorise clairement une dépenalisation des discriminations<sup>2</sup>. Si la Haute autorité faisait récemment un usage plus modéré des solutions négociées, elle reste une véritable « boîte noire » tant son activité, peu transparente, semble dénuée de cohérence.

## **Section 2- La HALDE en quête de stratégie**

La HALDE rend compte de ses activités dans les rapports qu'elle publie chaque année. Le rapport rendant compte de l'exécution de ses différentes missions et énumérant les discriminations portées à sa connaissance<sup>3</sup> permet d'alerter l'opinion et les pouvoirs publics. La remise d'un tel rapport renvoie aussi à une obligation de la Directive 2000/43<sup>4</sup>. Ce rapport est censé permettre un contrôle de la HALDE par les différentes autorités publiques qui en sont les destinataires à commencer par le Parlement chargé de l'évaluation des AAI<sup>5</sup>. Par la publication des rapports, les organismes restent transparents et responsables et sont considérés comme remplissant leur mandat et ouverts à un examen minutieux<sup>6</sup>. Une telle publication est de règle pour tous les organismes étrangers de lutte contre les discriminations<sup>7</sup>. Mais, faute d'être véritablement médiatisés et d'être rédigés dans des termes moins généraux, les rapports annuels de la HALDE ne rendent pas véritablement visible et lisible la stratégie de l'Autorité en matière de traitement des réclamations ou d'avis. Contrairement aux rapports annuels de la

---

<sup>1</sup> CADET L., « Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit », *op. cit.*, p. 263.

<sup>2</sup> MRAP, Communiqué du 22 mai 2006, Réaction du MRAP au Rapport annuel 2005 de la HALDE.

<sup>3</sup> Art. 16 de la loi du 30 décembre 2004 modifiée.

<sup>4</sup> Art. 13-2 al. 2 de la directive 2000/43, *op. cit.*

<sup>5</sup> V. GELARD P., *Rapport sur les Autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*

<sup>6</sup> CORMACK J. et NIESSEN J., « L'indépendance des organismes de promotion de l'égalité de traitement », *op. cit.*, p. 28.

<sup>7</sup> HALDE, *Rapport annuel 2006*, *op. cit.*, p. 191.



CRE qui ont permis d'asseoir son autorité et sa légitimité, le ton de ses rapports ne se caractérise pas par « une extrême liberté »<sup>1</sup>.

Considérant la longévité de certaines politiques antidiscriminatoires étrangères qui ont inspiré la création de la HALDE, l'activité de l'autorité française de lutte contre les discriminations peut être analysée à l'aune de ces références qui offrent des pistes de solutions pour les problèmes auxquels elle est ou sera confrontée<sup>2</sup>. Cependant, l'appréciation de la stratégie et de l'activité de la HALDE ne doit pas être faussée : les stratégies actuelles déployées par les organismes américain, britannique ou canadien ne peuvent être étudiées de manière pertinente que si elles sont effectivement resituées dans le contexte d'expériences longues qui ont permis de stabiliser certains acquis quant au droit de la non-discrimination. Il reste cependant difficile d'apprécier l'activité de l'Autorité française : elle n'affiche pas de stratégie claire permettant d'expliquer ses choix (§1). Surtout, tout en adoptant une attitude volontariste qui a certes fait progresser le droit antidiscriminatoire, elle semble dépourvue d'une stratégie cohérente et ambitieuse dans sa lutte contre les discriminations « raciales » qui lui permettrait de transcender une approche au cas par cas (§2).

### **§1) L'absence de stratégie claire**

Il demeure difficile d'évaluer l'activité de la HALDE étant donné le peu de transparence dont elle fait preuve. La HALDE ne publie pas l'ensemble de ses décisions : seules certaines délibérations sont accessibles sur son site Internet sans qu'on ait connaissance des raisons qui amènent à garder confidentielles les autres. Le directeur juridique de la HALDE, Luc Ferrand, justifie que l'on garde confidentielles les délibérations quand le résultat du contentieux en cours n'a pas encore été rendu public<sup>3</sup>. Cet argument semble peu convaincant eu égard au procédé d'anonymisation auquel se livre déjà la Haute autorité pour les délibérations qu'elle

---

<sup>1</sup> BELORGEY J-M., *Lutter contre les discriminations, op. cit.*, p. 34. Ainsi dans son rapport de 1990, le Président Michael Day n'hésitait pas à nommer « les menaces que feraient peser sur l'institution le retour aux restrictions budgétaires précédemment endurées ; [...] l'insatisfaction de la Commission devant la non-prise en compte par le Gouvernement de certaines de ses propositions ; [...] l'exploitation des conflits raciaux. » (*Ibid.*, pp. 34-35)

<sup>2</sup> En ce sens, la HALDE a mis en place des partenariats avec différents homologues étrangers (au niveau européen, elle est membre du réseau Equinet qui regroupe les organismes) et organisé des rencontres avec ses homologues étrangers tels que les commissions britanniques, le Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, la commission québécoise des droits de la personne. Pour exemple, une convention avait été signée avec la CRE prévoyant l'échange d'informations et de documents juridiques et permettant la réalisation d'actions de communication conjointes au niveau européen (Convention de partenariat entre la CRE et la HALDE, 19 juin 2006 in HALDE, *Rapport annuel 2006, op. cit.*, p. 212).

<sup>3</sup> In D. Borillo (dir.), *HALDE : actions, limites et enjeux, op. cit.*, pp. 29-30.

décide de rendre publiques. De plus, alors que l'ECRI rappelait la nécessité pour les organismes spécialisés de fournir des bilans d'activité établis « sur la base d'objectifs clairs et si possible évaluables »<sup>1</sup>, le contenu des délibérations publiées et des rapports de l'Autorité n'est pas très éclairant pour comprendre l'utilisation des prérogatives d'enquête qui ont été attribuées et les choix de l'Autorité : à l'aune des délibérations dont nous avons connaissance, son activité semble quelque peu erratique.

#### A) Une utilisation des pouvoirs à géométrie variable

La HALDE dispose de prérogatives importantes pour rechercher des discriminations et les faire connaître. Malheureusement, elle ne semble pas faire un usage maximal de ses pouvoirs d'enquête qui pourraient lui permettre d'identifier des discriminations « raciales » structurelles et institutionnelles. De plus, elle utilise rarement l'arme de la publicité et de la médiatisation.

##### *1. Des pouvoirs d'investigation sous-exploités*

On peut estimer que la HALDE mobilise ses pouvoirs d'enquête avec parcimonie et une efficacité très relative. Si elle se montre relativement rapide et efficace quand la saisine, souvent portée par des associations, vient contester des réglementations, elle l'est moins quand il s'agit de réclamations pointant des situations discriminatoires sur lesquelles il s'agit concrètement d'enquêter<sup>2</sup>. Pour ces dernières, la construction de l'enquête et d'une solution juridique peut prendre un certain temps et se réalise au cas par cas, « de manière assez anarchique »<sup>3</sup>. Bref, la HALDE réalise peu d'enquêtes poussées sur des cas concrets de discrimination qui nécessitent une réelle investigation. Elle n'avait pas fait usage avant 2009 de la faculté de saisir le juge des référés quand le mis en cause ne délivre pas les informations souhaitées<sup>4</sup>, cette faculté étant jugée « compliquée et plutôt inefficace » par son président<sup>5</sup>. De même, depuis 2005, la Haute autorité n'a ordonné que quatre opérations de vérification sur

---

<sup>1</sup> Conseil de l'Europe, « Recommandation de politique générale n° 2 de l'ECRI... », *op. cit.*, principe 5.3.

<sup>2</sup> La majorité des affaires de discriminations fondées sur « l'origine », pour reprendre son expression, qui aboutissent n'ont pas nécessité de réelle enquête : une réglementation relative au critère de nationalité ou au statut migratoire était en cause ou le réclamant disposait déjà des éléments de preuve (notamment pour les cas de harcèlement discriminatoire).

<sup>3</sup> S. LATRAVERSE, adjointe du directeur juridique de la HALDE, *in* D. Borillo, *Halde : actions, limites et enjeux*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>4</sup> HALDE, *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>5</sup> L. SCHWEITZER, *AEF* du 28 mai 2008, n° 96517.

place<sup>1</sup>. Ses prérogatives semblent largement inexploitées pour mettre à jour la responsabilité des donneurs d'ordre, le caractère systémique de certaines discriminations et leur dimension institutionnelle.

Il est rare que l'enquête de la HALDE soit assez approfondie pour permettre de révéler, au-delà du cas individuel dont elle a été saisie, de véritables politiques discriminatoires dans les entreprises<sup>2</sup>. Son étude réalisée dans la société Airbus a certes permis de montrer que le cas du réclamant était loin d'être isolé et de dévoiler une discrimination « raciale » à l'embauche systématisée<sup>3</sup>. De même, suite au témoignage sur la subordination de la location d'un appartement à des conditions de nationalité et d'origine par une agence immobilière, la Haute autorité s'est saisie d'office et a lancé une investigation qui a permis de démontrer que la fiche de renseignement demandée par l'agence comprenait des rubriques illégales permettant à celle-ci d'opérer systématiquement une sélection discriminatoire conforme aux demandes de ses clients<sup>4</sup>. Néanmoins, dans cette dernière affaire, comme dans d'autres cas, les donneurs d'ordre, à savoir les propriétaires, n'ont pas été inquiétés. Alors même que le parquet tend déjà à ignorer leur responsabilité, les enquêtes poussées de la HALDE devraient rechercher les donneurs d'ordre comme les éventuels intermédiaires complices afin de lever le voile sur les systèmes complexes de discriminations qui ont cours et de transmettre au procureur des dossiers plus étoffés et emblématiques.

Les prérogatives particulières dont la HALDE est dotée concernant les autorités publiques devraient aussi permettre de dévoiler les discriminations « raciales » de dimension structurelle au sein des institutions, alors même qu'elles restent largement tabou et retiennent peu l'attention des juges. Ainsi, la CRE britannique « n'a pas hésité (...) à mener des enquêtes à propos de l'administration pénitentiaire, de la police, des services de l'immigration et de la

---

<sup>1</sup> HALDE, *Rapport annuel 2010, op. cit.*, p. 29.

<sup>2</sup> Délibération n° 2006-248 du 20 novembre 2006 (discrimination « raciale » dans la rémunération). Pour exemple, dans sa délibération n° 2006-130 du 12 juin 2006, la HALDE transmettait au parquet un dossier de discrimination à la location fondée sur l'origine mettant en cause les pratiques d'une agence immobilière. Seule l'agence immobilière était visée par ses investigations et sa transmission au procureur alors que le propriétaire et toute la résidence où se trouvait l'appartement concerné étaient mis en cause comme donneur d'ordre par les responsables de l'agence.

<sup>3</sup> HALDE, délibération n°2008-135, *op. cit.*

<sup>4</sup> Pour exemple, dans sa délibération n° 2006-130 du 12 juin 2006, la HALDE transmettait au parquet un dossier de discrimination à la location fondée sur l'origine mettant en cause les pratiques d'une agence immobilière. Seule l'agence immobilière était visée par ses investigations et sa transmission au procureur alors que le propriétaire et toute la résidence où se trouvait l'appartement concerné étaient mis en cause comme donneur d'ordre par les responsables de l'agence.

Défense »<sup>1</sup>. Le traitement des réclamations mettant en cause le fonctionnement des administrations illustre cette timidité. Celles concernant la police et la gendarmerie sont redirigées vers la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS)<sup>2</sup>. Pourtant, les discriminations policières<sup>3</sup> et la question du profilage « racial » méritent une réflexion globale et une intervention de la HALDE<sup>4</sup>. Ainsi, à l'image de la CRE britannique<sup>5</sup> ou de la Commission des droits de la personne du Québec<sup>6</sup>, la HALDE devrait permettre de lever le voile sur les discriminations « raciales » de la police<sup>7</sup>.

En définitive, ces enquêtes, aussi réduites soient-elles, sont-elles utiles au juge ? La HALDE apporte de rares dossiers au procureur et ils semblent décevants. Pour François Cordier, substitut du procureur de Paris, il s'agit le plus souvent « d'une synthèse des faits accompagnée de quelques pièces »<sup>8</sup> qui nécessite de reprendre l'enquête dès le départ. Et quand la HALDE ne prend aucune mesure, les informations tirées des éventuelles investigations, soumises au secret professionnel<sup>9</sup>, ne sont pas transmises à la victime<sup>1</sup>. Pire,

---

<sup>1</sup> BELORGEY J-M., *Lutter contre les discriminations, op. cit.*, p. 33.

<sup>2</sup> La HALDE semble estimer que la CNDS est plus qualifiée pour examiner les réclamations mettant en cause la déontologie des forces de sécurité (CNDS, *Rapport 2005*, Paris, La documentation française, 2006, p. 29). En 2008, 10 dossiers étaient ainsi transmis à la CNDS par le Président (*in HALDE, Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 16). Les transmissions aux AAI avec lesquelles la Haute autorité a passé convention se font, elles, par voie de délibération du collège.

<sup>3</sup> La HALDE reste compétente pour traiter les réclamations des membres des forces de l'ordre (C.E., 10 avril 2009, n°3 11888, *El Haddioui, op. cit.*). L'AAI a aussi donné raisons à trois policiers de la Police de l'Air et des Frontières qui se plaignaient de discrimination « raciale » et homophobe alors même que le procureur de Créteil classait sans suite leur plainte (« HALDE : des policiers d'Orly discriminés », *Le Figaro Magazine*, 7 avril 2010).

<sup>4</sup> V. *Supra*. pp. 278-279. Le MRAP regrettait que « le champ de l'Autorité ne lui permette pas d'intervenir en matière (...) de violences policières » (MRAP, Communiqué du 18 avril 2007, Réaction du MRAP au Rapport annuel 2006 de la HALDE, « Eradiquer le fléau des discriminations appelle un électrochoc »).

<sup>5</sup> L'enquête publique qui visait à étudier les conditions de l'enquête menée par la police sur le meurtre de Stephen Lawrence, un jeune noir, a été obtenue notamment suite aux pressions exercées par la CRE du fait de l'absence d'investigation sur les allégations de racisme au sein de la police. Suite au rapport d'enquête qui formula diverses recommandations, le « racisme institutionnel » fut reconnu et le Race Relations Bill amenda le Race Relations Act de 1976 pour l'étendre à toutes les fonctions des autorités publiques. La CRE a aussi obtenu en 1980 l'abrogation de la section 4 du Vagrancy Act de 1824 donnant à la police le droit d'arrêter toute personne donnant, dans un lieu public, l'impression qu'elle sur le point de commettre un délit, disposition favorable aux abus de « délits de sale gueule ». *In BELORGEY J-M., Lutter contre les discriminations, op. cit.*, p. 34).

<sup>6</sup> Suite à différents incidents et de nombreux signes de tension entre la police et les « minorités visibles », la Commission a mis en place un comité spécial d'enquête. Dans son rapport public, le comité constata que la police était marquée par des préjugés défavorables aux minorités et dévoila la méfiance totale de ces dernières à l'endroit des policiers. Des recommandations furent formulées concernant notamment la formation des policiers, les mécanismes de contrôle et le recrutement des policiers (Commission des droits de la personne, Québec, *Comité d'enquête sur les relations entre les corps policiers et les minorités visibles et ethniques : rapport final*, Montréal, La Commission, 1988). *In BOSSET P.*, « Les mesures législatives de lutte contre les discriminations raciales au Québec. Un bilan institutionnel, *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 17, n° 2, 2003, p. 23.

<sup>7</sup> V. GORIS I., JOBARD F., LEVY R., *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, NY, Open Society Institute, 2009, 80 p.

<sup>8</sup> *In D. Borillo, Halde : actions, limites et enjeux*, La Documentation française, 2007, p. 68

<sup>9</sup> Art. 10-2 de la loi du 30 décembre 2004.

Laurent Davenas, avocat général à la cour de cassation, estimait que l'« instruction » de la HALDE pouvait être préjudiciable à l'enquête judiciaire dans la mesure où lorsqu'elle communique son dossier, l'auteur de discrimination a été largement informé de l'investigation et a pu en conséquence préparer sa défense en amont et dissimuler les éventuelles preuves entravant ainsi le travail de la police judiciaire<sup>2</sup>. Si la complémentarité avec les prérogatives du parquet doit être améliorée à l'instar de la collaboration formalisée entre la HALDE et le parquet général près la Cour d'appel de Paris<sup>3</sup>, les investigations demandent à être davantage poussées et les informations collectées dans ce cadre devront être communiqués.

La Haute autorité est restée muette quant à une éventuelle explication sur l'usage de ses prérogatives d'enquête. En tout état de cause, il apparaît nécessaire de construire au sein de son service juridique une véritable « rhétorique de l'enquête » qui tient compte des difficultés d'accès à la preuve mais aussi de la pertinence d'une réponse judiciaire selon les priorités qu'elle se sera fixées le cas échéant. Afin d'étendre le bénéfice de l'aménagement de la preuve, on a pu voir que, dans certains cas de discriminations à l'embauche ou d'accès au logement, elle avait su établir des méthodes de comparaisons sur la base des documents demandés. Elle pourrait ainsi plus systématiquement contribuer à décomposer et vérifier l'ensemble des processus à travers des grilles d'enquêtes<sup>4</sup>. Le caractère encore récent de la HALDE explique sans doute les tâtonnements dans la mise en œuvre de ses prérogatives mais, l'expérience venant, ses enquêtes pourraient se montrer plus incisives. Il en est sans doute de même de sa capacité de dénonciation des discriminations qu'elle identifie.

---

<sup>1</sup> Selon L. Ferrand, Directeur juridique de la HALDE, « L'une des garanties apportées aux réclamants, comme aux mis en cause, est que tout ce qu'ils diront devant la Haute autorité demeurera confidentiel et ne sera pas porté à la connaissance de tiers, tant qu'une décision n'aura pas été prise. Or, pour que l'avocat puisse utilement utiliser le travail de la Haute autorité et les moyens d'investigations dont elle dispose, il doit accompagner son client tout au long de la procédure ». In CNB, *État des lieux de la discrimination*, op. cit., p. 36.

<sup>2</sup> Colloque-formation organisé par le S.A.F., « L'avocat, acteur de la lutte contre les discriminations », Paris, Maison du Barreau, 10 octobre 2007. La HALDE ne bénéficie pas des pouvoirs d'un procureur ou d'un juge d'instruction.

<sup>3</sup> Protocole de coopération HALDE/parquet général de Paris, Paris, 3 janvier 2011. Ce document marque la « volonté d'une collaboration renforcée, systématique » afin de « rationaliser la circulation de l'information », d'« éviter les investigations redondantes et d'utiliser au mieux les connaissances et expertises des signataires ainsi que les prérogatives d'enquête et les attributions dévolues par le législateur à chaque institution ». Il prévoit notamment que la HALDE doit suspendre ses investigations et demander une autorisation d'enquête au parquet si, après avoir engagé une instruction, elle apprend que le réclamant avait auparavant déposé plainte au pénal. Le parquet « peut » informer la Haute autorité lorsqu'il décide de diligenter une enquête suite à une plainte pour discrimination. Si le parquet décide de mettre en mouvement l'action publique, il peut demander « en raison de la complexité ou de la portée du dossier » à la HALDE de présenter ses observations à l'audience sans investigations complémentaires. S'il souhaite privilégier la voie de la transaction pénale, il communique le dossier à la HALDE. Cela sera aussi le cas quand les faits établis échappent à toute qualification pénale mais peuvent connaître d'autres suites dans le cadre des prérogatives propres à la HALDE (médiation, observations devant une juridiction civile ou administrative, recommandation).

<sup>4</sup> LATRAVERSE S., in D. Borillo, *Halde : actions, limites et enjeux*, op. cit., pp. 35-36.

## 2. Une sous-utilisation de son pouvoir de « faire savoir »

Si les associations et les syndicats utilisent la HALDE dans sa fonction tribunicienne en annonçant leur intention de saisir l’Autorité<sup>1</sup> ou en faisant connaître le contenu des délibérations obtenues, la HALDE, elle, fait un usage pour le moins restreint de son « pouvoir de faire savoir »<sup>2</sup>. La fonction d’information qui lui est reconnue, notamment à travers son obligation de remettre un rapport d’activité annuel, doit lui permettre de « porter à la connaissance de l’opinion publique les faits les plus graves »<sup>3</sup>. Pourtant, alors que la HALDE dispose de la faculté de rendre publiques ses recommandations par tous moyens<sup>4</sup>, elle n’exerce guère cette faculté. L’Autorité se contente de mettre en exergue certaines délibérations dans son rapport annuel et sur son site Internet mais toujours en préservant l’anonymat des personnes physiques et morales concernées (sauf quand le réclamant est une association et l’intimé une administration). Cette « occultation » est problématique au regard de la fonction sociale de dénonciation des recommandations<sup>5</sup> et de leur visée préventive au-delà de litiges individuels et dans la mesure où les satisfécits adressés et les bonnes pratiques reconnues par la HALDE sont, eux, toujours nominatifs.

Seule la publication d’un rapport spécial au J.O., qui peut intervenir quand l’une de ses recommandations n’est pas respectée, semble permettre de lever l’anonymat des mis en cause (« *Name and Shame* »). Mais cette publication ne peut avoir d’impact significatif que dans la mesure où les rapports spéciaux publiés bénéficient d’une communication publique importante<sup>6</sup>. Les 14 rapports publiés entre 2005 et 2010<sup>7</sup> n’ont connu qu’un faible écho médiatique (contrairement aux communiqués de la HALDE ou à la publication de ses rapports annuels). La menace de recourir à la publication n’apparaît donc pas toujours dissuasive pour les destinataires des recommandations. Pour autant, la HALDE semble aujourd’hui plus disposée à faire usage du levier de la communication comme instrument de

---

<sup>1</sup> CALVES G., « Sanctionner ou réguler... », *op. cit.*, p. 40.

<sup>2</sup> FRISON-ROCHE M-A, « Étude dressant un bilan des Autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 90.

<sup>3</sup> Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, au nom de la Commission de lois, A.N., n° 1827, *op. cit.*, p. 32.

<sup>4</sup> Art. 31 du décret n° 4 mars 2005.

<sup>5</sup> SLAMA S., « Premier rapport spécial de la HALDE : une mise au pilori bien inoffensive », [www.blogdroitadministratif.net](http://www.blogdroitadministratif.net), 15 novembre 2006.

<sup>6</sup> Concernant la caisse de retraite des clercs de notaires qui a fait l’objet d’une recommandation publiée au JO, il faut relever qu’une publication dans la presse professionnelle a en sus été organisée aux frais de la HALDE (Délibération n°2006-39 du 27 mars 2006, Rapport spécial publié au JO n°121 du 25 mai 2006)

<sup>7</sup> HALDE, *Rapport annuel 2010*, *op. cit.*, p. 29.

dissuasion et de sanction, comme on a pu le constater à l'issue de récents testings<sup>1</sup>, et la menace implicite de saisine du parquet ou de citation directe en cas de refus de transaction peut aussi se révéler efficace<sup>2</sup>.

La HALDE constituera une caisse de résonance d'autant plus utile que sa légitimité et sa crédibilité croîtront avec les années. Néanmoins, à terme, pour inscrire les décisions de la HALDE dans « une cohérence juridique »<sup>3</sup>, la Haute autorité devrait se montrer plus transparente, c'est-à-dire renforcer la publicité de ses décisions et des éventuels critères qui président à l'identification des solutions retenues en réponse aux réclamations jugées solides.

## B) Le manque de lisibilité et de prévisibilité de l'activité

C'est sur la base de « normes d'appréciation internes »<sup>4</sup> que s'effectue la décision de proposer telle ou telle solution à la victime de discrimination. Louis Schweitzer explique qu'il s'agit pour l'Autorité de répondre « le mieux aux intérêts de la personne qui nous a saisis »<sup>5</sup>. Pour autant, qu'il s'agisse du recours à la médiation, de ses réticences à transmettre au juge pénal des dossiers ou de son choix de la juridictionnalisation, l'orientation de la HALDE demeure peu lisible, voire imprévisible.

### 1. *Une orientation peu lisible sur la médiation*

Dès 2002, la future instance avait été envisagée comme « une structure de médiation » chargée de lutter contre les discriminations<sup>6</sup>. Toutefois, l'art. 7 de la loi du 30 décembre 2004 précise seulement que la HALDE « peut » inviter la victime à s'engager dans une résolution à l'amiable par voie de médiation<sup>7</sup>. Pour autant, qui décide de lever cette option ? Le réclamant

---

<sup>1</sup> SCHWEITZER L., « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la Halde- Entretien », *op. cit.*, p. 12. Les 14 rapports au J.O. sont ainsi intervenus en 2009 et 2010.

<sup>2</sup> Mais une seule citation directe a jamais été initiée (HALDE, *Rapport annuel 2010*, *op. cit.*, p. 29).

<sup>3</sup> LATRAVERSE S., adjointe du directeur juridique de la HALDE, *in* D. Borillo, *Halde : actions, limites et enjeux*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>4</sup> LASCOURMES P., « Normes juridiques et politiques publiques », *op. cit.*, p. 67.

<sup>5</sup> SCHWEITZER L., « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la Halde- Entretien », *op. cit.*, p. 9.

<sup>6</sup> Ministère des affaires sociales, Réponse à la question écrite n°c03046 du 10 octobre 2002, *J.O. Sénat*, du 23 janvier 2003, p. 250.

<sup>7</sup> L'art. 6 du projet de loi indiquait que la HALDE « favorise » la résolution à l'amiable (« projet de loi portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », n°1732, enregistré à la Présidence de l'A.N. le 15 juillet 2004). La CNDH considère dans son avis du 17 juin 2004 que ce terme « laisse transparaître un abandon de la possibilité de saisine des juridictions » et a demandé une reformulation similaire à celle qui existe aujourd'hui (« Avis relatif au projet de loi sur la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », avis adopté le 17 juin 2004).

peut expressément rechercher une voie alternative à la juridictionnalisation, un arbitrage entre son employeur et lui<sup>1</sup> et la HALDE doit obtenir l'accord des parties pour initier une résolution à l'amiable. Mais les délibérations de la HALDE ne sont pas toutes explicites sur ce point tant s'en faut : le choix de la médiation est souvent peu motivé<sup>2</sup>. Pour le président de la HALDE, la médiation est pratiquée « dans le cas où une victime ne souhaite pas rompre le lien avec celui qu'elle met en cause » (son employeur, par exemple). Le recours à la médiation concerne surtout des situations marquées par l'ignorance, la méconnaissance ou l'incompréhension. Ceci peut permettre de résoudre un problème « sans créer la rupture qu'implique une action judiciaire »<sup>3</sup>. Ces hypothèses semblent nombreuses car près de 144 médiations avaient été initiées dans le cadre du mandat de Louis Schweitzer<sup>4</sup>.

Mais les délibérations montrent que la situation est loin d'être aussi claire : le choix de la médiation prévaut parfois sans grande cohérence. En témoigne notamment cette délibération intervenue en 2005 concernant un refus d'embauche qui peut paraître étonnante car la victime avait déposé plainte avant de saisir la Haute autorité<sup>5</sup>. Il n'est donc pas surprenant que la médiation ait échoué. La HALDE, qui, au terme d'une appréciation réalisée dans le cadre de l'aménagement de la preuve, conclut que le mis en cause n'a pas su apporter les éléments objectifs étrangers à toute discrimination justifiant l'inégalité de traitement constaté, se propose de présenter ses observations devant le juge, mais ce « *dans l'hypothèse où la réclamante déciderait d'engager une procédure juridictionnelle* ». Cette formulation ne semble pas encourager la victime à saisir la juridiction administrative ou judiciaire compétente (le mis en cause était en l'espèce un organisme chargé d'une mission de service public). Enfin, alors que la réclamante semble le souhaiter, la HALDE ne transmet pas cette affaire au parquet pour enquête<sup>6</sup>. Surtout, dans d'autres affaires plus récentes où les « preuves » sont similaires, la HALDE a proposé ses observations pour le juge, mais il est

---

<sup>1</sup> Délibérations n°2006-189 du 18 septembre 2006, n°2007-89 du 26 mars 2007, n°2007-255 du 15 octobre 2007.

<sup>2</sup> Voir pour exemple la Délibération n°2007-254 du 15 octobre 2007 relative à une discrimination fondée sur l'origine dans l'évolution de carrière dans la fonction publique et la Délibération n°2007-94 du 26 mars 2007 relative à un agent de police municipale faisant l'objet d'un traitement différencié en raison de son origine concernant sa rémunération et son emploi du temps.

<sup>3</sup> Entretien avec Louis SCHWEITZER, « L'action de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », *Informations sociales*, n° 148, juillet-août 2008, p. 123.

<sup>4</sup> HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 19 ; *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>5</sup> Délibération n° 2005-103 du 9 janvier 2006. Voir notamment HALDE, *Rapport annuel 2005*, *op. cit.*, p. 59 et *Rapport annuel 2006*, *op. cit.*, p. 116. La plainte simple de la victime déposée le 22 avril 2005 avait été classée sans suite le 7 décembre 2005. LA HALDE saisie le 14 avril 2005 n'a pu intervenir auprès du parquet à temps car sa décision est intervenue le 9 janvier 2006 soit plus de 10 mois après la réclamation.

<sup>6</sup> Délibération n° 2006 - 304 du 18 décembre 2006. Voir aussi pour un autre exemple la délibération n° 2007-7 du 5 février 2007. Il est en outre difficile d'imaginer que le réclamant, même s'il obtient le poste convoité via la médiation, pourra exercer ses nouvelles fonctions dans une relation saine avec son nouvel employeur.



vrai que celui-ci avait déjà été saisi par le réclamant. Il en va de même quand la HALDE recommande à l'employeur un accord à l'amiable avec le réclamant après avoir confirmé la discrimination<sup>1</sup>.

On peut regretter ce peu de lisibilité dans l'action médiatrice de la HALDE alors même que la judiciarisation mérite parfois d'être privilégiée<sup>2</sup>. Le directeur juridique de la HALDE indique que la médiation doit être préconisée quand « l'auteur est dénué de toute mauvaise foi » et l'affaire concernée « susceptible d'avoir une forte portée pédagogique »<sup>3</sup>. Néanmoins, faute de pouvoir aboutir à de véritables négociations d'ampleur sur les pratiques de l'entreprise, la médiation permet certes de résoudre les cas individuels<sup>4</sup> mais, comme le souligne Patrick Simon, « elle ne fera jamais progresser la société »<sup>5</sup>. Le choix du recours à la transaction - et le refus d'un éventuel procès pénal - suscite aussi des interrogations.

## 2. Une tendance à la dépenalisation

Concernant la transmission au parquet, la HALDE s'était donnée pour ligne de conduite de ne transmettre « que les dossiers considérés comme sérieux ou présentant des éléments de faits que des instructions ultérieures pourraient qualifier pénalement »<sup>6</sup>. Mais la HALDE a choisi en janvier 2006 de ne pas communiquer un dossier au procureur en se satisfaisant des engagements pris, suite à une recommandation, par l'organisation mise en cause<sup>7</sup>, alors même que les faits pouvaient recevoir la qualification de délit au sens des articles 225-1 et 225-2 CP et qu'elle transmettait quelques jours auparavant au procureur un

---

<sup>1</sup> Comparer délibération n° 2008-82 du 28 avril 2008 (non renouvellement du contrat de travail fondé sur l'état de grossesse : le Conseil général a fait droit à la demande d'indemnisation en versant 2.000 € à la réclamante) et délibération n° 2008-282 du 8 décembre 2008 (licenciement fondé sur l'état de grossesse : observations devant les tribunaux).

<sup>2</sup> V. MRAP, Communiqué du 18 avril 2007, «Eradiquer le fléau des discriminations appelle un électrochoc ».

<sup>3</sup> FERRAND L., « La loi a doté la HALDE d'une procédure efficace et équilibrée », *op. cit.*, p. 3.

<sup>4</sup> On pourrait s'interroger sur la portée même individuelle des médiations (montant des indemnisations, réparation en nature...) mais faute d'en connaître le résultat, il est impossible de trancher ici la question.

<sup>5</sup> « SOS 'Minorités visibles' ! », *Le Nouvel Observateur*, 14-20 octobre 2004, p. 64

<sup>6</sup> LATRAVERSE S., in D. Borillo (dir.), *Halde : actions, limites et enjeux*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>7</sup> On pourrait ainsi s'étonner des conclusions de la délibération de la HALDE concernant un manuel destiné aux commerciaux d'une société de location de logement qui comportait pour la sélection des candidats des critères prohibés tels que la nationalité, l'origine et l'apparence physique des candidats : alors qu'elle relève que la refonte du document n'est intervenue qu'après sa divulgation par voie de presse et que la version antérieure est susceptible de constituer des « instructions à discriminer », elle prend acte de l'engagement du groupe à proposer « aux propriétaires réticents à louer à des personnes de 'couleur' » de se porter garant du respect de toutes les clauses du contrat et décide de donner un mois au groupe pour formuler une nouvelle réponse détaillant ses mesures avant de prendre une nouvelle délibération sur ce sujet (délibération n° 2005-101 du 23 janvier 2006 ; voir notamment HALDE, *Rapport annuel 2005*, *op. cit.*, pp. 33 et 59).

dossier de refus d'entrée en discothèque fondée sur l'origine<sup>1</sup>. Une fois la HALDE dotée du pouvoir de transaction pénale en mars 2006, parmi les affaires dont la gravité requiert une réponse pénale, Louis Schweitzer indiquait que le collège ne transmettrait au parquet « que les affaires qui nous paraissent vraiment graves »<sup>2</sup>. Si le procureur conserve la faculté d'engager des poursuites s'il estime les mesures inappropriées en refusant son homologation, la HALDE décide du sort des réclamations, et l'on peut sans doute s'interroger sur les critères précis qui prévalent. Quelles sont donc les situations de discrimination intentionnelle que la HALDE estime devoir trancher par elle-même en dehors de l'arène judiciaire ?

Dans son rapport 2007, la transaction pénale est ainsi présentée comme la solution pour les « hypothèses médianes, pour créer un niveau intermédiaire de réponse aux comportements de discrimination entre proposition de médiation et poursuite devant le parquet pour « les faits les plus graves »<sup>3</sup>. La transaction ne vient pas réellement rogner les prérogatives du juge pénal, dans la mesure où le parquet ne refuse d'homologuer les transactions de la HALDE qu'exceptionnellement : le problème est de savoir quels sont les critères qui guident la HALDE pour retirer la responsabilité au juge pénal de sanctionner ou non la discrimination intentionnelle. Même en matière pénale, c'est-à-dire quand la HALDE envisage la discrimination comme intentionnelle, la médiation semble privilégiée pour les cas caractérisés par une « faible gravité »<sup>4</sup>. En sus d'être considérablement flou, ce critère de gravité de l'infraction semble en contradiction avec les textes législatifs d'interdiction des discriminations « raciales », qui n'indiquent aucune possibilité de hiérarchiser les violations.

En pratique, cependant, les transmissions au procureur semblent souvent subordonnées à la preuve de propos ouvertement discriminatoires<sup>5</sup>. Dans une affaire de discrimination « raciale » à l'embauche fondée sur l'hostilité du personnel déjà en place, le collège a souligné que « ce comportement est assumé et revendiqué pour l'avenir » et, « compte tenu de la gravité des faits », a transmis le dossier au procureur de la République en rappelant que la responsabilité pénale de la société pouvait être engagée<sup>6</sup>. Toutefois, dans une affaire similaire

---

<sup>1</sup> Délibération n° 2005-98 du 19 décembre 2005.

<sup>2</sup> SCHWEITZER L., « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la HALDE- Entretien », *op. cit.*, p. 9.

<sup>3</sup> HALDE, *Rapport annuel 2007*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>4</sup> AMEGADJIE F. (direction juridique de la HALDE, service pénal), « La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux », *op. cit.*, p. 309.

<sup>5</sup> Par exemple, Voir délibération n° 2005-33 du 26 septembre 2005 (la responsable de l'agence avait motivé à la HALDE son refus louer de manière explicitement discriminatoire), délibération n° 2010-198 du 27 septembre 2010 (refus de stage motivé par l'employeur par l'animosité de sa clientèle à l'égard des personnes noires).

<sup>6</sup> HALDE, délibération n° 2007-186 du 2 juillet 2007. Voir aussi la délibération n° 2009-295 du 28 juillet 2009 : en sus du caractère fallacieux des justifications avancées par l'agence immobilière, la preuve des consignes discriminatoires était apportée par testing, et la HALDE a donc décidé de transmettre au procureur

où l'enquête révélait clairement l'intentionnalité de la discrimination, confirmée par le témoignage d'un conseiller ANPE, la HALDE a décidé de proposer une transaction pénale au mis en cause<sup>1</sup>. À deux mois d'intervalle, la Haute autorité fait deux choix différents. Cette attitude serait-elle motivée par le fait que le premier mis en cause a assumé sa discrimination tandis que le second niait ce qui lui était reproché ? Dans un autre dossier de discrimination à l'embauche fondée sur l'origine, le choix de la transaction pénale, non motivé, paraît peu compréhensible. En l'occurrence, le réclamant avait organisé un testing en envoyant, après le refus de sa candidature, plusieurs autres CV similaires fictifs. Par la suite, la HALDE a constaté les réticences de l'employeur à lui communiquer les pièces réclamées et a relevé des critères de sélection non transparents. Surtout, l'employeur n'a pu apporter de justification objective à la différence de traitement fondée sur l'origine qui avait été démontrée<sup>2</sup>. Enfin, il semble que peu de réclamations relative à l'origine et mettant en cause les pratiques d'une personne publique, d'un fonctionnaire ou d'un organisme privé chargé d'une mission de service public, ont été transmises au parquet, qu'il s'agisse de procédures de recrutement<sup>3</sup> ou de promotion<sup>4</sup> discriminatoires ou de délibération municipale discriminatoires<sup>5</sup>.

La HALDE fait rarement le choix du procès pénal car elle considère, comme Jean-Marie Woehrling, qu'il n'est pas adaptée quand les auteurs n'ont pas subjectivement l'impression de violer le principe d'égalité ou estiment avoir des raisons légitimes de procéder à des différences de traitement, car il crée alors chez l'auteur de la mesure contestée « non pas le souci de corriger son comportement, mais un sentiment d'injustice et d'incompréhension, qui va se traduire moins par une volonté d'amendement que par une réaction de rejet, voire une recherche de dissimulation »<sup>6</sup>. La dépenalisation viserait ainsi l'efficacité dans un contexte où la punition, comme moyen fonctionnel de contrôle social, est perçue avec scepticisme et où le processus de justice criminelle « risque fort de compromettre plutôt que

---

(condamnation de la propriétaire et de l'agence immobilière par le tribunal correctionnel d'Aix-en-Provence le 14 juin 2010).

<sup>1</sup> HALDE, délibération n° 2007-107 du 2 avril 2007. Idem pour la délibération n° 2009-337 du 28 septembre 2009 (exploitant agricole refusant d'embaucher les gens du voyage et les personnes d'origine maghrébine).

<sup>2</sup> Délibération n° 2007-149 du 4 juin 2007. Dans le cadre d'une discrimination à l'embauche d'un organisme public, la HALDE au terme de son enquête avait tenu pour caractérisée une différence de traitement injustifiée : elle a néanmoins choisi de proposer, au vu de la différence de traitement une médiation (HALDE, *Rapport annuel 2005, op. cit.*, p. 15).

<sup>3</sup> Délibération n° 2005-103 du 9 janvier 2006.

<sup>4</sup> Délibération n° 2006-87 du 9 mai 2006.

<sup>5</sup> Délibération n° 2005-100 du 9 janvier 2006 (décision fondée sur l'origine de deux propriétaires : proposition de médiation).

<sup>6</sup> WOEHLING J-M, « Le droit français de la lutte contre les discriminations à la lumière du droit comparé », *Informations sociales*, n° 148, juil-août 2008, p. 66.

d'apporter la paix entre les intéressés »<sup>1</sup>. Néanmoins, un tel raisonnement se soucie peu des intérêts publics en jeu dans le procès pénal et semble minimiser l'importance des discriminations intentionnelles qui ont cours. Enfin, cette orientation régulatrice de la HALDE apparaît « en décalage complet avec l'approche répressive que le législateur ne cesse de réaffirmer »<sup>2</sup>. Cette dépénalisation contestable est-elle le fruit d'une orientation globale de non-juridictionnalisation des dossiers par la HALDE ?

### 3. *La voie juridictionnelle : des choix imprévisibles*

Dans deux délibérations de 2008 concernant une situation et des éléments de preuve similaires (un couple mixte s'étant vu refuser une location alors même que le couple ayant finalement pu louer l'appartement affichait une solvabilité inférieure), la HALDE fait deux choix différents. Dans le premier cas, elle incite au règlement à l'amiable en demandant à l'agence de proposer une juste réparation et en se réservant le droit de présenter ses observations si les juridictions civiles sont saisies<sup>3</sup>. Dans le second, relevant une présomption de discrimination, elle oriente le réclamant vers une saisine des tribunaux civils<sup>4</sup> : un règlement amiable aurait-il échoué sans qu'on le sache ? Pour un autre refus de location de 2007, opposé par la propriétaire à une candidate suite à la découverte des origines marocaines de son mari, la Haute autorité a choisi cette fois de proposer une transaction pénale à la mise en cause<sup>5</sup>. L'activité de la HALDE paraît dénuée de cohérence - peut-être en raison d'un défaut d'explicitation de ses choix<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> In « Déjudiciarisation et médiation. Résolutions », *Revue internationale de droit pénal*, n° 3-4, 1985, p. 515.

<sup>2</sup> CALVES G., « Sanctionner ou réguler... », *op. cit.*, p. 40. En effet, la dimension pénale du droit de la non-discrimination n'a pas reflué au cours des dernières années : qualification pénale du harcèlement moral et sexuel, affirmation dans la loi du 30 décembre 2004 du caractère délictuel de la diffamation et de l'injure qui visent « une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap », aggravation des peines encourues pour certains crimes et délits dont le mobile est raciste (loi n° 2003-38 du 3 février 2003 dite « loi Lellouche ») ou homophobe (loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure), sanctions pénales renforcées pour les auteurs de discriminations (loi n° 2004-201 du 9 mars 2004 dite « loi Perben II »).

<sup>3</sup> Délibération n° 2008-256 du 19 novembre 2008. Pour des faits discriminatoires similaires et une solution identique, voir aussi délibérations n° 2009-204 du 27 avril 2009 et n° 2009-360 du 26 octobre 2009.

<sup>4</sup> Délibération n° 2008-155 du 7 juillet 2008. La présomption de discrimination fondée sur l'origine était renforcée par l'existence de documents manifestement contraires aux règles en vigueur.

<sup>5</sup> Délibération n° 2007-37 du 12 février 2007. Voir aussi délibérations n° 2009-312 du 14 septembre 2009 (subordination d'une location immobilière à une condition de nationalité) et n° 2009-138 (condition de nationalité et de localisation géographique pour la caution).

<sup>6</sup> Etant donné les cas que nous venons d'évoquer, l'affirmation selon laquelle, « dans un souci d'efficacité », la HALDE tendrait à intervenir le plus souvent devant le juge civil, notamment en matière de logement, ne trouve pas d'application systématique (*in HALDE, Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 54).

Si l'on étudie certaines décisions de 2008 relatives à des discriminations fondées sur l'état de grossesse, il est difficile de percevoir les faits et la stratégie qui ont guidé des choix fort différents. Pour exemple, dans une affaire de licenciement abusif clairement fondé sur la grossesse de la salariée, la HALDE décide de présenter ses observations devant les juridictions civiles déjà saisies par la victime<sup>1</sup> (juridictionnalisation). Dans un second cas de refus de recrutement en raison de l'état de grossesse, la HALDE propose une transaction pénale, recommande une sanction disciplinaire au directeur de l'administration pénitentiaire et recommande au secrétaire d'État chargé de la fonction publique la rédaction d'une note rappelant les obligations qui incombent à l'employeur<sup>2</sup> (transaction pénale, recommandation de portée générale et de sanction disciplinaire). Enfin, dans une troisième délibération relative au non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée en raison de l'état de grossesse, la Haute autorité recommande la diffusion d'une note de service et le collègue demande le réexamen de la candidature de la réclamante et, à défaut de renouvellement, le versement d'une indemnité<sup>3</sup> (recommandation générale et réparation amiable). À suivre ces trois positions relatives à des situations discriminatoires apparemment très proches, il n'est pas exagéré de qualifier la HALDE de « boîte noire ».

Même si l'AAI affirme dans son rapport 2006 que les délibérations « symboliques ou pédagogiques » qui y sont exposées « contribuent à l'élaboration d'une doctrine de la HALDE »<sup>4</sup>, les réclamants comme les mis en cause ne bénéficient pas d'une sécurité juridique, étant donné que cette doctrine n'est pas identifiable. La prévisibilité semble ne pas être « le point fort de ces nouvelles formes de régulation des conflits marquées par l'absence de cohérence d'ensemble »<sup>5</sup>. Mireille Delmas-Marty en appelle ainsi à un surcroît de transparence - en ce sens que l'autorité doit indiquer dans ses décisions les critères sur

---

<sup>1</sup> Délibération n° 2008-65 du 31 mars 2008. Le C.P.H. saisi condamna l'employeur au versement de 15.060 € de dommages et intérêts (HALDE, *Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 26). Voir aussi pour un licenciement que la HALDE estime fondé sur l'état de grossesse, la délibération n° 2008-31 du 18 février 2008 : la C.A. d'Orléans suivit les observations de la Haute autorité en prononçant la nullité du licenciement, 77.686€ de rappels de salaires, 77.930 € au titre d'indemnités et des congés payés et 46.500 € de dommages et intérêts (HALDE, communiqué de presse, 8 juillet 2009).

<sup>2</sup> Délibération n° 2008-235. Via la transaction, la réclamante a été indemnisée à hauteur de 5.000 € (*in* HALDE, *Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 26).

<sup>3</sup> Délibération n° 2008-82 du 28 avril 2008. Les recommandations ont été suivies d'effet et la réclamante a touché 8.000 € d'indemnités. Dans une délibération n° 2007-249 du 1<sup>er</sup> octobre 2007 relative à un non-recrutement par une commune fondé sur l'état de grossesse, la HALDE a rappelé ses obligations à la commune et recommandé la diffusion d'une note de service. De plus, elle recommandait une amélioration de la loi dite Le Pors mais aucune réparation pour le préjudice de la réclamante n'était prévue.

<sup>4</sup> HALDE, *Rapport annuel 2006, op. cit.*, p. 24.

<sup>5</sup> DELMAS-MARTY M., « Le mou, le doux et le flou sont-ils des garde-fous ? », *in* J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique, op. cit.*, p. 218.

laquelle elle se fonde pour appliquer telle solution - et de rigueur qui conduirait l'institution à appliquer les mêmes critères d'une affaire à l'autre<sup>1</sup>.

De même, le Conseil d'État rappelait l'« importance de la recherche d'une plus grande transparence dans la manière pour une autorité de régulation d'établir sa 'doctrine' ou 'ses lignes directrices' face aux situations individuelles qu'elle a à gérer »<sup>2</sup>. En identifiant les intérêts publics et individuels en jeu et en reconnaissant ouvertement les tensions existantes, la HALDE serait à même de servir ces intérêts concurrents de manière transparente et efficace. La non-judiciarisation ne devrait être privilégiée que si elle est expressément demandée par le réclamant ou quand l'intérêt public n'exige pas de procès : il peut être approprié de recourir à la médiation, la transaction et la recommandation lorsqu'on s'attend à ce que « son effet préventif ou réhabilitatif soit plus grand que celui du jugement »<sup>3</sup>.

Si l'orientation tâtonnante s'explique en partie du fait de la jeunesse de cette institution, l'accumulation des expériences devrait permettre à l'Autorité - aujourd'hui le Défenseur des droits - d'améliorer la transparence comme la cohérence de son action, et ce faisant, sa légitimité. On a ainsi pu identifier une modification sensible de son activité à partir de 2009 bien que celle-ci n'ait été ni explicitée ni revendiquée. Alors qu'aucun référé n'avait été initié jusque là, trois référés ont permis à la HALDE d'obtenir les pièces demandées en 2009<sup>4</sup>. De même, alors qu'elle n'avait publié que six rapports spéciaux au journal officiel depuis 2005, trois rapports de ce type ont été émis par l'Autorité pour la seule année 2009 et 11 en 2010<sup>5</sup>. La tendance à la non-juridictionnalisation qui a été soulignée semble aussi en recul. La médiation, qui a montré ses limites, marque le pas<sup>6</sup>. Si les poursuites pénales restent « réservées à des cas emblématiques ou exceptionnelles »<sup>7</sup>, Louis Schweitzer indiquait que le

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 219.

<sup>2</sup> Conseil d'État, *Rapport public 2000, op. cit.*, p. 340.

<sup>3</sup> « Déjudiciarisation et médiation. Résolutions », *Revue internationale de droit pénal*, n° 3-4, 1985, p. 515.

<sup>4</sup> HALDE, *Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 21.

<sup>5</sup> HALDE, *Rapport annuel 2010, op. cit.*, p. 29 (tableau comparatif des mesures adoptées depuis sa création).

<sup>6</sup> Sur les 125 médiations initiées depuis 2005, seules 65 sont présentées comme des succès pour 49 échecs (11 étaient encore en cours) : c'est dire l'efficacité relative de cet instrument (HALDE, *Rapport annuel 2009, op. cit.*, p. 22. Voir, pour exemple, le traitement de la réclamation relative à un refus d'embarquement d'un boxeur français en raison de son origine à destination des États-Unis. Dans un premier temps, la HALDE, constatant que le refus de prestation était susceptible de révéler une discrimination, a proposé une médiation (délibération n° 2008-175 du 7 juillet 2008). Suite à l'échec de cette médiation, elle a proposé ses observations devant le TGI (délibération du 7 janvier 2009). Malgré les observations de la HALDE en faveur du plaignant, celui-ci a été débouté par le TGI de Nanterre (MRAP, Communiqué de presse, « Refus d'embarquement par American Airlines : M. Mohamed DRIDI et la HALDE étonnamment déboutés », Paris, 17 novembre 2009).

<sup>7</sup> « Discriminations : la voie civile et administrative doit être privilégiée » par Louis Schweitzer, *Les Echos*, 4 mars 2010.

faible nombre d'actions pénales constituait une « frustration » et posait un problème de crédibilité<sup>1</sup>. Cette réflexion explique sans doute la chute des transactions pénales observées en 2009 : alors que 28 transactions étaient proposées en 2007, le chiffre tombait à 8 en 2009 et 9 en 2010 tandis que le nombre de transmissions au parquet - qui demeure faible - augmentait sensiblement (12 en 2009 et 14 en 2010)<sup>2</sup>. Enfin, alors même que le premier président arrivait aux termes de son mandat, l'option civile et administrative était clairement privilégiée au regard du droit de la preuve comme étant « l'instrument judiciaire de la lutte contre les discriminations »<sup>3</sup>. Cette évolution positive de l'activité de la HALDE ne clarifie pas pour autant la stratégie de l'Autorité, qui devrait, notamment sur le terrain de la lutte contre les discriminations « raciales », se montrer plus ambitieuse.

## §2) Une stratégie à construire

Pour que la HALDE soit véritablement efficace, elle devrait précéder l'état de conscience de la société, en être l'aiguillon. Or, sur le terrain des discriminations « raciales », son bilan est maigre, faute d'une stratégie ambitieuse s'inspirant des initiatives passées de ses homologues étrangers (B), alors même que la pléthore de dossiers en cours rend chaque jour plus nécessaire l'établissement de priorités d'intervention (A).

### A) La nécessité d'afficher des priorités d'action

Le pragmatisme et la recherche d'efficacité militent pour que la HALDE définisse des priorités d'intervention et d'investigation. Depuis son installation en mai 2005, la HALDE a vu ses effectifs augmenter progressivement. Le rapport 2009 indiquait qu'elle disposait de 87 agents permanents, dont 47 affectés au service juridique, et de 110 correspondants locaux bénévoles<sup>4</sup>. Dans son rapport financier de 2007, la HALDE indiquait un budget de plus de 12 millions d'euros dont 53% était consacré à la direction des affaires juridiques<sup>5</sup>. Depuis, ce budget est stable<sup>6</sup>. Ses ressources sont, nous l'avons vu, bien inférieures à celles dont

---

<sup>1</sup> « Il faudrait pouvoir faire des visites inopinées dans les entreprises », *Les Echos*, 9 février 2010.

<sup>2</sup> HALDE, *Rapport annuel 2010*, op. cit., p. 29.

<sup>3</sup> « Discriminations : la voie civile et administrative doit être privilégiée » par Louis Schweitzer, op. cit.

<sup>4</sup> HALDE, *Rapport annuel 2009*, op. cit., p. 10.

<sup>5</sup> HALDE, *Rapport annuel 2007*, op. cit., p. 15.

<sup>6</sup> HALDE, *Rapport annuel 2009*, op. cit., p. 11. On pourrait ainsi estimer qu'une hausse du budget de la HALDE est souhaitable. Elle pourrait disposer de ressources propres, à l'instar de la CNIL, qui est autorisée à percevoir des redevances pour services rendus auprès de ses utilisateurs ; tel est aussi le cas de l'EEOC américaine qui est

disposent les institutions analogues étrangères et lui permettent difficilement de faire face à des saisines croissantes. Si la HALDE n'avait reçu que 1.410 réclamations en 2005, ce chiffre était porté à 4.000 en 2006<sup>1</sup> et à 7.778 pour l'année 2008, soit une augmentation de 25% par rapport à 2007<sup>2</sup>. En 2009 et 2010, le nombre de saisines continuait de croître à un rythme similaire (soit 10.545 et 12.467 réclamations<sup>3</sup>). À celles-ci s'ajoutent les démarches effectuées directement auprès des correspondants locaux<sup>4</sup>. Cette augmentation régulière du nombre de saisines est ici moins le signe d'une élévation du niveau des discriminations que le reflet d'un degré croissant de sensibilisation et la marque « de l'existence d'un mécanisme efficace et crédible »<sup>5</sup>. Néanmoins, les ressources de la HALDE n'étant pas exponentielles, les effectifs et moyens pourraient, « la notoriété venant », constituer un « frein »<sup>6</sup>.

On peut estimer que le faible ratio d'affaires identifiées comme discriminatoires tient au grand nombre de réclamations mal orientées, infondées et non étayées et s'explique en grande partie par le fait que ni le réclamant ni l'institution n'ont les ressources nécessaires pour procéder à une réelle investigation afin de démontrer l'existence d'une discrimination. Le délai moyen de traitement des dossiers est passé de 113 jours en 2006 à 190 jours en 2007 mais ce chiffre comprend toutes les réclamations jugées irrecevables, les dossiers réorientés et les dossiers abandonnés après désistement ou absence de réponse du réclamant<sup>7</sup>. Si la HALDE s'enorgueillit de délais de traitement relativement rapides, Danièle Lochak relève que certaines saisines qui concernent pourtant des normes discriminatoires (et non des faits nécessitant enquête) connaissent des délais de traitement assez longs<sup>8</sup>. De fait, au 31 décembre 2008, la HALDE annonçait que 4.032 dossiers restaient en cours d'instruction dont 1.435 dossiers ouverts depuis plus de 6 mois et 834 dossiers ouverts depuis plus d'un an<sup>9</sup>.

---

rétribuée pour les formations qu'elle propose. V. MAITRE G. « Autorités administratives indépendantes : l'état des lieux », *In Regards sur l'actualité, les AAI*, La Documentation française, n°330, avril 2007, p. 22.

<sup>1</sup> HALDE, *Rapport annuel 2006*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>2</sup> HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>3</sup> HALDE, *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 13, *Rapport annuel 2010*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>4</sup> Ils ont ainsi traité, en 2009, les problèmes de 1.500 personnes venues dans les permanences locales (HALDE, *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 13).

<sup>5</sup> Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *Rapport annuel 2010*, *op. cit.*, p. 36. La FRA relève que l'autorité française reçoit un nombre de réclamations exceptionnellement haut en comparaison des autres autorités européennes.

<sup>6</sup> SCHWEITZER L., « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la HALDE- Entretien », *op. cit.*, p. 10.

<sup>7</sup> HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>8</sup> LOCHAK D. in D. Borillo (dir.), *Halde : actions, limites et enjeux*, *op. cit.*, p. 21. Elle relève ainsi que pour les délibérations concernant les pensions d'anciens combattants ou les discriminations touchant les Harkis en matière de droits sociaux, il a fallu attendre respectivement 11 mois et plus d'un an (délibérations du 23 et du 26 novembre 2005).

<sup>9</sup> HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 16.



Pour faire face, la HALDE a accéléré son traitement des dossiers reçus : elle annonce avoir traité 10.734 dossiers en 2009 et 13.064 en 2010, soit davantage que le nombre de réclamations reçues ce qui devrait permettre de réduire le stock de dossiers en souffrance. Au 31 décembre 2010, selon l'AAI, 3.349 dossiers restaient en cours d'instruction dont 802 ouverts depuis plus d'un an<sup>1</sup>. Si la HALDE annonce des délais de traitement apparemment raisonnables, la situation pourrait se dégrader et se révéler inquiétante au vu notamment des délais de prescription et de la réactivité attendue par les plaignants<sup>2</sup>.

Tous les organismes qui portent assistance aux victimes de discrimination semblent à terme avoir été confrontés à une masse de demandes dépassant leurs capacités de traitement. Ainsi, l'Autorité pour l'égalité irlandaise, lorsque l'Equal Status de 2000 a été appliqué, s'est vue rapidement submergée, tout comme le tribunal pour l'égalité, organisme quasi-judiciaire irlandais institué en vue d'entendre les plaintes<sup>3</sup>. La Commission fédérale canadienne, qui devait enquêter jusqu'à récemment sur toute affaire individuelle qu'on lui transmettait, s'est vue réformer pour faire face à ces problèmes d'engorgement<sup>4</sup>. Quant à l'EEOC américaine, elle est connue pour ses longs délais de traitement et son stock de réclamations<sup>5</sup>. Cette situation est d'autant plus grave que la saisine de l'EEOC constitue un préalable à tout recours en justice pour une question d'égalité dans l'emploi. Face à ce problème d'engorgement qui ne lui laisse ni le temps ni les finances suffisantes pour approfondir des affaires majeures, Julie Suk propose de lui retirer l'obligation de traiter toutes les plaintes individuelles<sup>6</sup>. Le Race Relations Act de 1976 accordait justement un pouvoir

---

<sup>1</sup> HALDE, *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 18 ; *Rapport annuel 2010*, p. 24

<sup>2</sup> Ce que reconnaissait L. Schweitzer pour qui les délais de traitement constituent « un point de vulnérabilité » (*in* « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la HALDE- Entretien », *op. cit.*, p. 11).

<sup>3</sup> CROWLEY N., *in L'application stratégique du droit et les directives d'égalité de traitement de la CE*, *Rapport de la 6<sup>ème</sup> réunion d'experts*, accueillie par l'autorité pour l'égalité irlandaise, Dublin, 4 et 5 mars 2004, Migration Policy Group, 2004, p. 7.

<sup>4</sup> Entre 1988 et 1997, la Commission mettait entre 23 et 27 mois pour décider s'il convenait d'orienter la plainte vers un processus de conciliation ou de la porter devant les tribunaux pour finalement parvenir à un taux de renvoi devant les tribunaux très faible (6% de l'ensemble des cas) ; en outre, deux tiers des réclamations étaient rejetées, ce qui provoquait le vif mécontentement des parties prenantes et altérait la légitimité et la crédibilité de la Commission. Il a donc été souligné la nécessité de recentrer la Commission sur un objectif de prévention des discriminations plutôt que sur l'absorption des conséquences (C. O'CONNOR, « La directive d'égalité raciale comme base d'application stratégique », *in L'application stratégique du droit et les directives d'égalité de traitement de la CE*, *op. cit.*, p. 58).

<sup>5</sup> STERNLIGHT J., *op. cit.*, p. 1414. Le titre VII de la loi stipulait que toute plainte pour discrimination devait être examinée par l'EEOC dans les 2 mois mais avec plus de 100.000 plaintes en attentes, les enquêtes prennent jusqu'à deux ans.

<sup>6</sup> SUK J. C-H, « Antidiscrimination Law in the Administrative State », *op. cit.*, p. 444. En 2004, l'EEOC traitait 79.432 réclamations, moins de 5% d'entre elles s'avérant raisonnablement fondées. En définitive, 1.217 cas aboutirent par une conciliation entre les parties organisée par l'EEOC et seuls 379 cas furent l'objet d'un recours contentieux de l'agence. Dans 90% des cas que l'agence estimait comme fondés et pour lesquels la

discrétionnaire à la CRE anglaise pour porter assistance au plaignant notamment quand l'affaire pose une question de principe et/ou quand la complexité de l'affaire et la position du demandeur par rapport à l'auteur de la discrimination sont telles qu'il serait déraisonnable d'espérer voir le réclamant agir seul. Depuis le mois de décembre 2000, afin de mieux utiliser les ressources de la Commission, la CRE tenait compte des éléments suivants pour filtrer les réclamations qu'elle choisit de traiter : le demandeur a-t-il déjà bénéficié d'une assistance antérieure importante ? La nouvelle affaire concerne-t-elle le même sujet ? D'autres personnes bénéficieront-elles d'une décision favorable du tribunal ? L'affaire permettra-t-elle d'éclaircir des points importants de la loi ? Touchera-t-elle un grand nombre de personnes ? Aura-t-elle un impact significatif sur une ou plusieurs activités ou secteurs sociaux ? Nécessitera-t-elle une modification législative ? Permet-elle d'éprouver la nouvelle obligation d'égalité raciale des autorités publiques ? Quelles sont les chances de succès ? etc.<sup>1</sup>.

Le problème de l'encombrement des agences est donc une constante en particulier lorsque les organismes tendent vers un mode de fonctionnement à coloration juridictionnelle<sup>2</sup>. Comme le souligne John Skrentny, une telle méthode de lutte contre la discrimination « nécessite des ressources parce qu'elle implique des enquêtes extrêmement difficiles »<sup>3</sup>. Deux goulets d'étranglement potentiels avaient été pointés par la HALDE, qui a pris des mesures pour y faire face. Tout d'abord, estimant son service juridique national débordé et parfois inadéquat, elle a multiplié les correspondants locaux pour un traitement plus humanisé et moins formel. Ensuite, le collège, sollicité pour toutes les décisions<sup>4</sup>, a délégué au président la capacité de procéder à des rappels à la loi et de rejeter ou réorienter les dossiers<sup>5</sup>. Alors que l'institution avait adopté 442 mesures en 2009<sup>6</sup>, le président Schweitzer estimait que le collège ne pourrait aller bien au-delà, conformément au rythme de travail de ses « institutions

---

conciliation a échoué, les victimes ont dû rechercher des solutions sans l'aide de l'EEOC et ce, alors qu'elles ne peuvent aller au procès avant d'avoir saisi l'EEOC. Mais le fait que l'EEOC ne « retienne » pas une réclamation n'empêche pas les victimes de se tourner vers les tribunaux (*ibid.*).

<sup>1</sup> RAZIA K., CRE, « Une stratégie juridique pour combiner et coordonner les divers outils disponibles », *op. cit.*, p. 33.

<sup>2</sup> STASI B., *op. cit.*, p. 56.

<sup>3</sup> SKRENTNY J. D., « Egalité devant l'emploi aux USA : une politique frileuse et incohérente », *op. cit.*, p. 38.

<sup>4</sup> L'article 9 du décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 précise que le collège délibère sur les actions en justice, les observations, les vérifications sur place, la publication de rapports spéciaux, les avis et recommandations, le rapport annuel, les conventions conclues. L'art. 1 du Décret n° 2006-641 du 1<sup>er</sup> juin 2006 relatif aux transactions proposées par la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ajoute que le collège délibère sur la qualification des faits et sur le mandat de transaction confié à son président.

<sup>5</sup> HALDE, Délibération n°2007-169 du 11 juin 2007.

<sup>6</sup> HALDE, *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 21.

sœurs les plus anciennes, l'américaine et la britannique »<sup>1</sup>. S'il est impossible de multiplier à l'infini les décisions, la HALDE doit donc dorénavant fixer des objectifs plus clairs pour son action. En la matière, les trois priorités d'intervention indiquées depuis 2007 (emploi, logement, éducation) sont trop larges et floues pour dessiner une véritable stratégie appuyée sur une réflexion sur les enjeux publics et privés du traitement des réclamations<sup>2</sup>. À l'image de la CRE, la HALDE pourrait filtrer les réclamations. À tout le moins, elle doit établir des critères précis, découlant d'une stratégie de lutte contre les discriminations « raciales », pour concentrer ses ressources et pour encadrer et dynamiser l'activité de la Haute autorité<sup>3</sup>.

La CNCDH envisageait que l'organe exécutif restreint fonctionne sur le mode d'un conseil d'administration ou selon le système d'un collège de commissaires permanents éventuellement spécialisés par thème ou champ et composé « de personnes qualifiées ayant acquis une compétence spécifique en matière de lutte contre les discriminations »<sup>4</sup>. Il s'agissait d'assurer une implication et une forte expertise des dirigeants nécessaire pour définir et faire appliquer la stratégie de l'institution par les services. À cet égard, ni la configuration du collège ni sa composition ne sont véritablement de nature à assurer une large visibilité à l'Autorité ni à l'aider à construire son orientation.

En premier lieu, la nomination du président de la nouvelle autorité apparaissait comme une décision lourde de sens étant donné l'importance de son rôle au sein de la toute nouvelle HALDE : s'il s'était agi d'une personnalité qui s'était illustrée par des qualités d'expertise et un engagement actif dans la lutte contre les discriminations, le président aurait pu être le vecteur de définition d'une stratégie claire dans le traitement « juridique » des réclamations ou la promotion de l'égalité ; s'il s'était agi d'une personnalité très médiatisée, le président aurait constitué un porte-voix utile pour faire connaître la nouvelle autorité et dénoncer les comportements et les textes problématiques. La désignation comme président de Louis Schweitzer, ancien PDG d'une multinationale telle que Renault, montre que les autorités ont axé la lutte sur le terrain de l'emploi et souhaitent afficher une ouverture certaine vers le monde des entreprises inquiet de la création de cette autorité d'accompagnement des victimes.

---

<sup>1</sup> SCHWEITZER L., « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la HALDE- Entretien », *op. cit.*, p. 8.

<sup>2</sup> HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op.cit.*, p.3.

<sup>3</sup> Les préoccupations d'efficacité, c'est-à-dire la recherche d'une maximisation de l'efficacité de son action eu égard au coût, ne doivent venir totalement entraver l'effectivité des droits et l'action de l'autorité. La question du montant des ressources alloués et du personnel dont elle dispose reste posée.

<sup>4</sup> Note n° 3 sur le Projet de création d'une autorité administrative indépendante de lutte contre les discriminations, CNCDH, 3 novembre 2003.

De plus, alors même que des parlementaires avaient estimé que le futur président de l'Autorité devait exercer des fonctions à temps plein et occuper un emploi public pour mieux se consacrer à ses tâches et éviter tout conflits d'intérêt<sup>1</sup>, Louis Schweitzer cumulait la présidence de la HALDE avec les fonctions de président et d'administrateur de plusieurs conseils d'administration de grandes entreprises. Il a néanmoins su installer la HALDE dans le paysage administratif et médiatique et asseoir la crédibilité et la légitimité de l'institution en affirmant sa pugnacité à la tête de l'institution, notamment à l'encontre de discriminations légales et réglementaires. A contrario, son remplacement en avril 2010 par Jeannette Bougrab, membre de l'UMP<sup>2</sup>, annonçait l'affaiblissement et la dilution de l'Autorité dans une nouvelle AAI, le Défenseur des Droits.

Les dix autres membres du collège n'affichent pas plus de disponibilité alors même que beaucoup avaient souhaité que le collège soit constitué de membres permanents dégagés de toute autre occupation professionnelle<sup>3</sup>. Etant donné l'ampleur des fonctions du collège par lequel toute décision doit passer, et notamment celles relatives aux enquêtes, la lourdeur du fonctionnement collégial - alors que les membres ne sont pas des permanents de l'organisme - apparaît inadaptée pour apporter des solutions rapides aux potentielles milliers de saisines annuelles. Il aurait été préférable de suivre les recommandations du Conseil d'État qui souhaitait que les AAI soit animée par un noyau dur de permanents afin d'éviter que les structures administratives n'en viennent à assumer en marge du collège de nombreuses décisions<sup>4</sup>.

La dualité des missions imparties par la directive 2000/43/CE et la loi du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE implique des qualités d'expertise différentes qui doivent être réunies au sein des membres et du personnel pour remplir légitimement et efficacement

---

<sup>1</sup> Rapport de M. J-R Lecerf, au nom de la commission des lois, Sénat, n° 35, annexe au P-V de la séance du 17 novembre 2004, p. 42.

<sup>2</sup> Décret du 16 avril 2010 portant nomination des membres de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (*J.O.* du 17 avril 2010). Six mois plus tard, celle-ci était nommée au gouvernement (art. 2 du décret du 14 novembre 2010 relatif à la composition du Gouvernement, *J.O.* du 16 novembre 2010). Pour les quelques mois restant avant l'installation du Défenseur des droits, la présidence de la Haute autorité a été confiée à Eric Molinié, jusqu'ici vice-président de la HALDE (décret du 10 décembre 2010 portant nomination du président du collège de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité - M. MOLINIÉ (Eric), *J.O.* du 11 décembre 2010).

<sup>3</sup> Le collectif pour une autorité indépendante et universelle regrettait qu'« après le retrait inattendu de Bernard Stasi qui avait mené à terme l'ensemble du processus, le Président de la République a finalement nommé Louis Schweitzer à la présidence de la Haute Autorité. Sans mettre en cause ses qualités personnelles, nous nous interrogeons sur sa disponibilité pour mener à bien cette mission et sur l'existence possible de conflits d'intérêts alors qu'il est déjà président d'un groupe pharmaceutique, président du festival d'Avignon et surtout administrateur de plusieurs sociétés internationales notamment : Volvo, BNP Paribas, EDF, Veolia, Philips et l'Oréal ». *In* Communiqué de presse, 23 mars 2005, « HALDE, pas d'intermittence dans la lutte contre les discriminations ! ».

<sup>4</sup> Conseil d'État, *Rapport public 2000, op. cit.*, p. 348.

les missions de l'institution<sup>1</sup>. Des associations s'étaient ainsi prononcées pour que le collège soit composé de membres désignés par les autorités politiques et de « personnes qualifiées » issues en majorité de la société civile, « capables d'en répercuter les attentes »<sup>2</sup>. Pour plus de dynamisme, il aurait été préférable que les membres du collège soient des commissaires comme c'est le cas dans d'autres organismes étrangers de référence<sup>3</sup>. Mais aucune qualité n'est requise dans la loi du 30 décembre 2004 concernant les membres de la HALDE : on ne parle de « *personnes qualifiées* » que pour les membres du conseil consultatif<sup>4</sup>. Les spécialistes du droit de la non-discrimination sont peu nombreux au sein du collège<sup>5</sup>. Certes, l'expertise des membres devrait s'améliorer au fil de leur mandat et afin d'assurer la transmission du savoir et une certaine continuité à l'Autorité, un renouvellement des membres par moitié est prévu<sup>6</sup>. Mais tous occupent néanmoins des fonctions qui leur laissent peu de temps à consacrer à la HALDE. Ce manque de disponibilité risque d'entraver les travaux de l'autorité et de mettre à mal son indépendance en renforçant les pouvoirs de fait des services et du directeur général, nommé par décret sur proposition du président de la République, qui prépare les délibérations du collège et rend compte à ce dernier de la mise en œuvre de leurs décisions ainsi que du fonctionnement des services de la HALDE<sup>7</sup>. Cette absence de réelle collégialité renforce donc la personnalisation de l'institution autour du Président, seule figure médiatisée, et la bureaucratisation de l'autorité, c'est-à-dire le poids excessif des services<sup>8</sup>.

Le Défenseur des droits qui a récemment remplacé la HALDE présente les mêmes écueils au vu de ses modalités d'organisations et de fonctionnement. Si les membres du collège spécialisé du Défenseur des droits devaient être désignés « *en raison de leurs connaissances ou de leur expérience dans le domaine de la lutte contre les discriminations et*

---

<sup>1</sup> L'office parlementaire d'évaluation de la législation relevait que « cette exigence de compétence contribue d'ailleurs autant à l'indépendance de l'autorité qu'à sa légitimité, favorisant par conséquent l'acceptation de ses décisions » (*in* GELARD P., Rapport « Autorités administratives indépendantes : un objet juridique non identifié », *op. cit.*, p. 111).

<sup>2</sup> Plate-forme du Collectif inter-associatif, *op. cit.*

<sup>3</sup> Certains commissaires de la CRE britannique travaillent à temps complet, d'autres à temps partiel, certains sont rémunérés, d'autres non. Le président est nommé à temps plein, les autres n'exercent leurs fonctions qu'à temps partiel. Une majorité des membres est traditionnellement issue des « minorités visibles ». Aucun critère légal ne guide le choix de ses membres mais, dans la pratique, ces derniers sont des volontaires sélectionnés pour leurs mérites. *In* BELORGEY J-M., *Lutter contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>4</sup> Art. 2 al. 6 de la loi du 30 décembre 2004.

<sup>5</sup> V. décret du président de la République du 8 mars 2005 portant nomination des membres de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (*J.O.* du 9 mars 2005), décret du 5 juin 2007 (*J.O.* du 6 juin 2007), décret du 21 août 2007 (*J.O.* du 22 août 2007), décret du 16 avril 2010 portant nomination des membres de la HALDE (*J.O.* du 17 avril 2010).

<sup>6</sup> Art. 2 al. 4 de la loi du 30 décembre 2004, *op. cit.*

<sup>7</sup> Art. 13 du décret du 4 mars 2005. La HALDE est avec le CSA la seule AAI dans ce cas.

<sup>8</sup> BELORGEY J-M, « D'ici et d'ailleurs, entre aide et haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », *Migrations Société*, septembre-octobre 2010, n°131, p. 109

la promotion de l'égalité »<sup>1</sup>, la composition des collèges du nouveau Défenseur des droits, présidé par Dominique Baudis, présentent les mêmes écueils que la HALDE<sup>2</sup>.

Alors que l'article 12 de la directive 2000/43 fixe l'obligation pour les États membres d'encourager le dialogue avec les acteurs de la société civile<sup>3</sup>, les associations et syndicats ont été intégrés au nouveau dispositif de la HALDE au sein du Comité consultatif créé par l'art. 2. al. 6 de la loi du 30 décembre 2004<sup>4</sup>. C'est la reconnaissance pour les associations de « l'expertise notamment juridique des questions de discrimination » qu'elles ont acquise<sup>5</sup>. Choisis parmi des personnalités reconnues pour leur implication dans le domaine de la lutte contre les discriminations, ses 18 membres sont désignés par le collège pour 3 ans<sup>6</sup>. Le fonctionnement du Comité a été critiqué : certains estiment que ses réunions sont trop rares et que cette instance ne joue pas le rôle d'aiguillon pourtant nécessaire à la réflexion et à la préparation des décisions<sup>7</sup>. En effet, le décret du 4 mars 2005 avait précisé<sup>8</sup> que ce comité consultatif ne pourrait se prononcer que sur les questions dont il aurait été saisi par le collège et que ses avis seraient uniquement transmis à celui-ci. L'ordre du jour des réunions est ainsi fixé conjointement par le président du Comité et le président de la HALDE. On constate donc que le comité consultatif se trouve soigneusement corseté<sup>9</sup>, ce qui traduit sans doute la méfiance à l'égard de la société civile et notamment des associations qui composent majoritairement ce Comité consultatif.

---

<sup>1</sup> Art. 15 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

<sup>2</sup> Décret n° 2011-905 du 29 juillet 2011 relatif aux modalités d'organisation et de fonctionnement du Défenseur des droits (*J.O.* du 30 juillet 2011). V. pour une critique de la composition des trois collèges du Défenseur des droits, v. F. Johannès, « L'équipe du Défenseur des droits au complet », blog *Libertés surveillées* ([www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr)), 9 août 2011.

<sup>3</sup> Dans son « Livre vert » de 2004, la Commission européenne regrettait que la coopération avec les acteurs de la société civile n'ait pas été pleinement effective lors de la transposition de la directive et encourageait son développement concret. In « Livre vert » sur l'égalité et la non-discrimination dans l'Union européenne élargie, 28 mai 2004, COM (2004)379 final, p. 13.

<sup>4</sup> Il s'agit de mettre en place un espace de discussion, à l'instar de la CNCDH, qui associe de nombreuses associations de lutte contre les discriminations. V. DECAUX E., « Droits de l'homme et société civile », in P. Alston (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 950.

<sup>5</sup> Rapport de M. J-R Lecerf, au nom de la commission des lois, Sénat, n° 35, annexe au P-V de la séance du 17 novembre 2004, p. 23

<sup>6</sup> Art. 9 et 10 du décret du 4 mars 2005. La CNCDH avait émis le souhait, afin de garantir le pluralisme du comité consultatif, que sa composition (représentants d'ONG spécialisées et de syndicats représentatifs, de la CNCDH et d'autres institutions concernées par l'objet de la HALDE, personnes qualifiées) et son mode de désignation soient prévus par la loi (Avis relatif au projet de loi sur la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, adopté le 17 juin 2004).

<sup>7</sup> Malik SALEMKOUR (LDH) in D. Borillo (dir.), *Halde : actions, limites et enjeux*, op. cit., p. 17

<sup>8</sup> Les rôles et attributions du Comité ont été précisés dans le décret du 4 mars 2005 aux articles 10, 11 et 12.

<sup>9</sup> Dans un communiqué de presse du 23 mars 2005, « HALDE, pas d'intermittence dans la lutte contre les discriminations ! », le collectif pour une autorité indépendante et universelle regrettait « la faiblesse des pouvoirs du comité consultatif composé de représentants associatifs et d'experts au nombre limité de 18 (nettement insuffisant dans un domaine aussi vaste et complexe que celui des discriminations) et sans autonomie, ne pouvant se prononcer que sur les questions qui lui sont soumises par le collège et rendant des avis non publics ».

Si ces travaux peuvent rester dans l'ombre, deux interventions notables du Comité consultatif peuvent cependant être relevées sur le terrain des discriminations fondées sur l'origine : deux rapports, le premier sur les discriminations dont sont victimes les gens du voyage<sup>1</sup>, le second sur les emplois fermés<sup>2</sup>, ont trouvé un écho dans deux délibérations sévères de la HALDE rendues publiques. Le Comité a donc une influence sur l'action de la HALDE, mais il n'est pas l'organe où se discuterait une éventuelle stratégie globale sur les différents types et critères de discrimination.

### B) Entre régulation et répression, la nécessité d'une stratégie combinée

La HALDE indique qu'elle n'a recours à la médiation que lorsque « les solutions juridictionnelles disponibles sont vouées à l'échec »<sup>3</sup> et la priorité est de rétablir le dialogue entre les parties, mais l'étude de son activité ne démontre pas une stratégie aussi cohérente. Si la HALDE semble avoir servi d'aiguillon concernant les discriminations fondées sur l'âge, l'orientation sexuelle ou le sexe, concernant la discrimination « raciale », son bilan paraît bien maigre. En effet, face à la nécessité de dénoncer la discrimination à l'embauche fondée sur l'âge, largement tolérée en France, la HALDE a fait de la juridictionnalisation de ce type d'affaires une priorité et a ainsi participé à l'émergence des premiers arrêts sur la question<sup>4</sup>. De même, elle a favorisé la juridictionnalisation des discriminations dans l'emploi touchant les femmes à raison de leur sexe ou d'une grossesse<sup>5</sup>. Cette priorité d'action était légitime au vu du très faible nombre de saisines et de précédents légaux relatifs à ces discriminations. La HALDE s'est enfin montrée particulièrement en pointe sur la question des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en contestant des textes légaux et des règles internes aux

---

<sup>1</sup> Le collège avait ainsi saisi le Comité d'une demande d'avis relatif aux discriminations subies par les « gens du voyage » le 11 décembre 2006. Un groupe de travail a été constitué pour éclairer la HALDE qui a finalement adopté une délibération générale sur le sujet (délibération n° 2007-372 du 17 décembre 2007).

<sup>2</sup> Délibération n° 2009-139 du 30 mars 2009 dans laquelle la HALDE « au vu du rapport du Comité consultatif », recommande l'abandon de la condition de nationalité pour l'accès aux emplois des trois fonctions publiques, aux emplois des entreprises et établissements publics et du secteur privé.

<sup>3</sup> LATRAVERSE S., adjointe au directeur juridique de la HALDE, in D. Borillo (dir.), *Halde : actions, limites et enjeux*, op. cit., p. 62.

<sup>4</sup> Délibération n° 2006-20 du 6 février 2006 et C.A. Poitiers, 17 février 2009, n° 08/00461.

<sup>5</sup> Délibération n° 2008-282 du 8 décembre 2008 et C.A. Orléans, 29 janvier 2009 (licenciement fondé sur la grossesse) ; délibération n° 2008-31 du 18 février 2008 et C.A. Riom, 30 juin 2009, n° 08/02639 (discrimination salariale fondée sur le sexe) ; délibération n° 2008-73 du 14 avril 2008 et C.P.H. Bordeaux du 16 octobre 2009 (discrimination salariale fondée sur le sexe), délibération n° 2009-325 du 28 septembre 2009 et C.A. Versailles, 16 mars 2010, RG n°09/00524, *Société Yellow Média* (licenciement fondé sur la grossesse) ; délibération n° 2009-243 du 15 juin 2009 et C.P.H. Libourne, 10 mars 2010, RG n° F09/00031 (licenciement fondé sur l'état de grossesse) ; délibération n° 2009-404 du 14 décembre 2009 et C.A. Paris, 5 mai 2010, n° S08/08694-AC (discrimination salariale fondée sur le sexe, la grossesse et la situation de famille).

entreprises<sup>1</sup>. Concernant les discriminations fondées sur l'origine, on a longtemps pu constater un engagement particulier de l'institution : en effet, alors que ce critère n'est invoqué en 2009 que dans près de 28% des réclamations, près de 52% des délibérations du collège concernaient l'origine. Néanmoins cette implication semble surtout valoir pour les textes ou personnes usant explicitement de la nationalité comme critère de distinction. La discrimination proprement « raciale », c'est-à-dire fondée sur des phénotypes et/ou une ascendance supposée, qui est bien plus difficile à débusquer et à prouver, ne semble pas faire l'objet de la même implication. De plus, la mobilisation de l'AAI concernant le critère de l'origine semble avoir récemment faibli car le critère n'était plus surreprésenté parmi les délibérations adoptées en 2010<sup>2</sup>.

Quant aux cas révélant des discriminations indirectes, notion particulièrement nouvelle, là encore, ils n'ont pas permis la juridictionnalisation que l'on pouvait attendre. Ainsi, dans les délibérations concernant des discriminations à l'embauche fondées sur la préférence familiale (pratique routinière en France) qui pouvaient constituer des discriminations « raciales » indirectes, la HALDE a pris acte de l'engagement des responsables des entreprises et des autorités publiques concernées à assurer à l'avenir un recrutement fondé sur des critères objectifs. Pourtant, ces affaires auraient peut-être été l'occasion de discuter judicieusement de la notion de discrimination « raciale » indirecte devant le juge civil ou le juge administratif<sup>3</sup>. La juridictionnalisation médiatisée des premières affaires aurait peut-être eu un effet dissuasif et donné plus de poids aux recommandations ultérieures de la HALDE. Il en est de même pour une discrimination indirecte fondée sur l'origine caractérisée par la HALDE pour des petites annonces immobilières qui mentionnaient une préférence pour des locataires fonctionnaires titulaires<sup>4</sup> : la HALDE se contente de recommander à l'annonceur de veiller à la conformité des offres diffusées dans son magazine avec l'art. 1<sup>er</sup> de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les

---

<sup>1</sup> Voir délibérations n° 2010-20 et 21 du 1<sup>er</sup> février 2010 sur les pensions de réversion aux couples non mariés (deux rapports spéciaux publiés au J.O. du 6 avril 2010), délibération n° 2007-203 du 3 septembre 2007 relative au congé de paternité pour les couples de même sexe (la Cour de cassation ne concluant pas dans le même sens que la HALDE : Cass. civ., 11 mars 2010, n° 09-65853, *Lucas c/ CPAM de Nantes*)

<sup>2</sup> Le critère de l'origine n'apparaît plus que dans 27% des délibérations. L'implication demeure importante pour les critères du sexe (10,5% des délibérations pour 4,5 % des réclamations) et de la grossesse (9,5% des délibérations pour 4,5% des réclamations). In HALDE, *Rapport annuel 2010, op. cit.*, pp. 21 et 28.

<sup>3</sup> Délibérations n° 2005-50 du 17 octobre 2005, n° 2005-51 du 17 octobre 2005, n°2005-79 du 28 novembre 2005 (in *Rapport annuel 2005, op. cit.*, p. 57). V. aussi délibérations n° 2006-134 du 22 mai 2006 (emplois saisonniers), n° 2006-164 du 3 juillet 2006, n° 2006-177 du 4 septembre 2006, n° 2006-178 du 4 septembre 2006, etc. Elles constituaient à tout le moins une discrimination directe fondée sur la situation de famille relevant de la compétence du juge pénal (preuve écrite).

<sup>4</sup> Il s'agissait plus précisément d'une discrimination indirecte fondée sur la nationalité.



rapports locatifs<sup>1</sup>. Mais, encore une fois, une meilleure prise en compte de l'intérêt public aurait sans doute conduit à la HALDE à proposer ses observations devant les tribunaux pour favoriser la familiarisation des juridictions avec cette nouvelle notion juridique. Tous ces cas étant relatifs à des discriminations indirectes par nature, on peut aussi regretter qu'aucune enquête notamment statistique n'ait à notre connaissance été réalisée pour mettre un jour une discrimination indirecte, alors même que l'EEOC américaine a participé à l'émergence de la notion de *disparate impact* en s'impliquant dans l'investigation sur Griggs<sup>2</sup>.

En définitive, à l'exception de l'affaire *Airbus* dans laquelle la HALDE est intervenue aux côtés de la GCT, l'institution n'a pas su faire en sorte que des discriminations « raciales » exemplaires et systémiques soient révélées de manière à permettre l'émergence de précédents majeurs. Elle pourrait donc utilement s'inspirer des orientations plus exigeantes de ses homologues étrangers pour utiliser plus finement ses pouvoirs de médiation et alimenter son action proactive.

### 1. *L'usage de sanctions négociées par les organismes étrangers de référence*

Comme la HALDE, les institutions étrangères ont fréquemment recours à la médiation et la conciliation et favorisent les accords amiables négociés entre les parties. Aux États-Unis, la médiation a été largement privilégiée à partir de 1991, non seulement comme une voie de rationalisation des procédures de l'EEOC, mais aussi comme une voie de résolution à l'amiable de conflits qui reflètent un problème communicationnel ou relationnel entre managers et employés<sup>3</sup>. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec réglait près du quart des dossiers ayant donné lieu à enquête par cette même voie<sup>4</sup>. Quant à la Grande-Bretagne, les tribunaux de l'emploi adressent automatiquement copie de toute plainte au Service consultatif d'arbitrage et de conciliation (ACAS) : sur l'ensemble des

---

<sup>1</sup> Délibération n° 2006-182 du 18 septembre 2006. Sans doute, la recommandation prévaut-elle ici en raison du constat fait par la HALDE que la discrimination indirecte reflète la méconnaissance de cette notion et est intervenue malgré la mise en place d'un service clientèle dévolu à la vérification du caractère non-discriminatoire des offres. Voir aussi la délibération n°2007-114 du 14 mai 2007 : la haute autorité recommande à l'auteur d'une annonce d'offre d'emploi d'abandonner la formule « langue maternelle » (discrimination indirecte) pour évaluer le niveau de compétence linguistique attendu au profit d'une exigence non équivoque de niveau linguistique (débutant, perfectionné, bilingue...) et se contente d'un rappel à la loi.

<sup>2</sup> L'EEOC avait constaté que 58% des candidats blancs réussissaient la batterie de tests utilisée par l'entreprise contre seulement 6% de Noirs. Ceci conduisait la Cour à s'interroger quant à la nécessité « commerciale » des tests : si on ne peut pas démontrer qu'une pratique dans l'emploi qui a pour conséquence d'exclure les Noirs est en lien avec la performance professionnelle, la pratique est interdite. V. C.S., *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 [1971].

<sup>3</sup> STERNLIGHT J., *op. cit.*, p. 1417.

<sup>4</sup> STASI B., *op. cit.*, p. 50.

affaires qui lui sont confiées, près de 80% sont ainsi résolues<sup>1</sup>. En outre, le représentant du plaignant - syndicat, organisme spécialisé ou autre organisation - négocie souvent un accord qui peut prendre la forme de la signature d'un formulaire réglementaire qui donnera aux termes de l'arrangement un statut équivalent à celui d'une ordonnance du tribunal<sup>2</sup>. En République d'Irlande, la législation d'anti-discrimination, plus récente, prévoit, elle aussi, un renvoi de l'affaire vers le service de médiation et, ces dernières années, près de 20 % des affaires de discrimination liées à l'emploi et 10 % d'autres affaires y ont été envoyées.

La HALDE a longtemps semblé favoriser la voie des recommandations et la résolution à l'amiable (du fait d'une médiation ou d'une transaction pénale sous son autorité ou du fait d'une conciliation suscitée par sa saisine). En privilégiant l'incitation et la négociation, elle participe ainsi à « susciter des standards de comportements dictés par l'observation attentive de la réalité et d'une capacité de réaction rapide et proportionnée aux déviations constatées »: le régulateur agit ainsi davantage par pression que par sanction, par la voie de la négociation plutôt que de la menace. Pour autant, « une régulation efficace suppose (...) que le régulateur soit respecté et craint et sache, le cas échéant, sanctionner »<sup>3</sup>. C'est notamment en obtenant des précédents dissuasifs que la HALDE renforcera sa crédibilité, ce qui permettra alors à ses propositions de médiation d'aboutir plus certainement.

L'EEOC, destinée en 1964 à proposer des conciliations, a vu ses attributions étendues en 1972 (elle avait elle-même compris son rôle de manière extensive et proactive): ses compétences ont été élargies pour traiter notamment des discriminations indirectes et elle s'est vue reconnaître la possibilité de porter certains litiges devant le juge pour permettre une meilleure mise en œuvre de la législation antidiscriminatoire. C'est ainsi qu'elle a été à l'origine de la théorie sur les discriminations indirectes et qu'elle a fait émerger la question du harcèlement sexuel. Puis, en 1973, l'EEOC enquêta sur quatre des plus gros employeurs du pays et obtint des accords qui prévoyaient de substantielles réparations pour les victimes, des dispositifs pour éliminer la discrimination et des mesures « positives » incluant des objectifs

---

<sup>1</sup> COHEN B, « Voie des recours et sanctions pour discrimination dans la vie professionnelle selon les directives d'antidiscrimination de la CE », in Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *La discrimination dans la vie professionnelle : voies de recours et application du droit* (Rapport de la quatrième réunion d'experts, accueillie par l'Ombudsman suédois contre la discrimination ethnique, 14-15 octobre 2003), Bruxelles, Migration Policy Group, 2004, p. 24). Néanmoins, il semblerait que les plaignants dépourvus d'avocat soient souvent contraints d'accepter un accord ou de retirer leur plainte par les agents de conciliation (STERNLIGHT J., *op. cit.*, p. 1443).

<sup>2</sup> COHEN B, « Voie des recours et sanctions pour discrimination dans la vie professionnelle selon les directives d'antidiscrimination de la CE », *op. cit.*, p. 24.

<sup>3</sup> Conseil d'État, *Rapport public 2000, op. cit.*, p. 280.

planifiés d'embauche et de promotion pour des catégories d'emplois spécifiées<sup>1</sup>. De plus, le Civil Rights Act de 1991 a permis de condamner les auteurs de discriminations intentionnelles à des dommages compensatoires punitifs. La jurisprudence britannique, impulsée notamment par la CRE, a permis d'obtenir en Grande-Bretagne des clarifications de la législation antidiscriminatoire et une évolution de l'évaluation des préjudices découlant d'une discrimination : elle a ainsi eu un impact significatif sur de nombreuses personnes et de vastes secteurs en provoquant une large publicité négatives sur l'organisation et en incitant donc les organisations à adopter de nouvelles pratiques pour éviter tout procès<sup>2</sup>. La menace judiciaire s'est ainsi révélée particulièrement efficace aux États-Unis et en Grande-Bretagne. Quelques affaires symboliques, l'importance des dommages versés et la possibilité donnée au juge par la loi d'imposer à l'entreprise l'adoption de mesures correctrices y ont retenu l'attention des directions des entreprises et incité fortement à l'action. Si la conciliation est aujourd'hui présentée comme une priorité<sup>3</sup>, c'est parce qu'elle peut notamment prendre appui sur les précédents dissuasifs obtenus et se traduire en Grande-Bretagne ou aux États-Unis par des indemnités financières parfois très importantes<sup>4</sup>.

Il ne s'agit pas ici d'encourager une juridictionnalisation exclusive des discriminations « raciales » et de témoigner ainsi d'une « confiance excessive placée dans le droit »<sup>5</sup> car il est nécessaire de combiner les procès et la recherche d'accords négociés. Néanmoins, le droit antidiscriminatoire français mérite des clarifications, des illustrations jurisprudentielles. Pour que les sanctions négociées constituent une alternative efficace, on ne peut faire l'économie de procès exemplaires : une juridictionnalisation dissuasive qui donne notamment lieu à de lourdes sanctions pécuniaires incite les contrevenants à s'engager dans des résolutions à l'amiable et à verser des indemnités intéressantes aux victimes pour éviter toute publicité ou condamnation infamante. Il s'agit pour la HALDE, à l'instar d'autres organismes, de clarifier

---

<sup>1</sup> SUK J. C-H, « Antidiscrimination law in the administrative state », *op. cit.*, p. 438-441.

<sup>2</sup> RAZIA K., CRE, « Une stratégie juridique pour combiner et coordonner les divers outils disponibles », *op. cit.*, p. 34.

<sup>3</sup> Le Livre vert (« Green paper ») du gouvernement britannique indiquait en 1994 que la priorité devait être accordée aux modes alternatifs de résolution des litiges et relevait notamment que la conciliation offrait la possibilité de résoudre rapidement les conflits de manière informelle et sans publicité (Secretary of State for Employment, *Resolving Employment Rights Disputes: Options for Reform* (dit « the Green Paper »), 1994, Cm.2707, p. 28). In STERNLIGHT J., *op. cit.*, pp. 1441-1442.

<sup>4</sup> Certains accords britanniques ont dépassé les 5 millions de livres (in COHEN B, « Voie des recours et sanctions pour discrimination dans la vie professionnelle selon les directives d'antidiscrimination de la CE », *op. cit.*, p. 24). Globalement, les accords américains négociés en 2004 après une saisine de l'EEOC avait permis au réclamant de toucher en moyenne 18.225 \$ (in STERNLIGHT J., *op. cit.*, p. 1416).

<sup>5</sup> CHEVALLIER J., « Lutte contre les discriminations et État-providence », in *Lutter contre les discriminations*, Daniel Borrillo (dir.), Paris, La découverte, coll. Recherches, 2003, p. 53.

les critères selon lesquels elle choisira d'apporter son aide et de proposer telle solution aux victimes de discrimination. L'Autorité pour l'égalité irlandaise, qui dispose comme la HALDE d'un large pouvoir discrétionnaire quant à l'assistance qu'elle peut accorder, a su définir les critères à l'aune desquels elles estiment les réclamations<sup>1</sup>. La Commission pour l'égalité d'Irlande du Nord accorde aussi une priorité aux réclamations ayant un « effet démultiplicateur » c'est-à-dire celles susceptibles de contribuer à sensibiliser le public au rôle de la commission et d'avoir un impact significatif sur la modification des pratiques discriminatoires (discrimination indirecte notamment), et celles dont l'autorité pourra assurer un suivi efficace. L'assistance peut être privilégiée dans des cas qui permettraient une clarification ou une modification de la loi ou dans des domaines qui connaissent encore une faible juridictionnalisation<sup>2</sup>.

## 2. *La nécessité d'agir sur les discriminations structurelles et institutionnelles*

Le système américain est celui qui tente le plus de protéger à la fois les intérêts publics et privés en jeu. L'EEOC ne s'adresse aujourd'hui à la justice que pour une infime partie des réclamations reçues<sup>3</sup>. Le juge reconnaît que lorsque l'agence choisit de porter le litige en justice, elle agit non pas pour obtenir réparation du préjudice individuel subi par le salarié mais pour « faire valoir un intérêt public »<sup>4</sup>. L'efficacité et l'utilité de la HALDE seront ainsi jaugées à l'aune de ses capacités à dévoiler, au-delà des cas personnels, des discriminations plus larges. Or, sur ce plan, le bilan de la HALDE dans la lutte contre les discriminations « raciales » reste peu étoffé. On lui doit peu de condamnations exemplaires. Il ne s'agit pas ici de recommander d'abandonner la stratégie de justice individualisée mais de la compléter par des mécanismes destinés à produire une égalité plus substantielle. Dans tous les cas, le

---

<sup>1</sup> Ces critères sont notamment : la capacité de la personne à se représenter, la complexité des questions impliquées, la disponibilité des documents à produire en justice par le réclamant, la disponibilité d'une aide juridique (syndicat, association, avocat), la possibilité de recours alternatifs, le degré de gravité de l'injustice perpétrée, l'impact de la discrimination sur le réclamant, l'impact de l'affaire sur les pratiques de l'employeur, l'application de la réclamation à des domaines tels que la santé, la sécurité sociale, le logement et les transports, la discrimination multiple, le fait de savoir si un précédent substantiel a déjà été développé, les chances d'aboutissement d'une plainte et les ressources dont l'autorité dispose. *In L'application stratégique du droit et les directives d'égalité de traitement de la CE., Rapport de la 6<sup>ème</sup> réunion d'experts*, accueillie par l'autorité pour l'égalité irlandaise, Dublin, 4 et 5 mars 2004, Migration Policy Group, 2004, p. 15.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 22-23

<sup>3</sup> Alors que l'EEOC reçoit près de 80.000 réclamations par an, la Cour suprême américaine relevait qu'elle n'avait entamé que 291 poursuites judiciaires en 2000 dans son arrêt *EEOC v. Waffle House, Inc* (534 US 279, 290 [2002]).

<sup>4</sup> CS, *EEOC v. Waffle House Inc*, 534 US 279, 296. Même quand le réclamant est parvenu à un accord, l'EEOC est autorisée à poursuivre son enquête et à procéder à un recours au nom des autres individus placés dans des situations similaires (*in STERNLIGHT J., op. cit.*, p. 1497).

modèle d'application individualisée trouvera ses limites : les ressources de l'autorité ne lui permettront pas de répondre à toutes les réclamations et des choix stratégiques s'imposeront<sup>1</sup>.

La plupart des organismes étrangers tentent aujourd'hui de concentrer leurs moyens sur l'identification de discriminations structurelles pour donner à leur action un impact collectif. Ainsi, l'expérience de la Commission pour les droits de l'homme canadienne a montré que des décennies d'application des plaintes individuelles ont peu contribué à stopper les discriminations « raciales »<sup>2</sup>. De même, le Gouvernement britannique a quant à lui clairement souhaité limiter le traitement judiciaire des plaintes individuelles par la CRE pour permettre à l'agence de se concentrer sur la discrimination institutionnelle et systémique ou sur les pratiques que seule une agence publique pouvait viser en rassemblant des informations et via son expertise acquise<sup>3</sup>. La décision d'utiliser les compétences de la CRE a été de plus en plus influencée par les objectifs de long terme : il était ainsi peu probable que la CRE traite les affaires de discrimination de 'routine' commise par de petites organisations<sup>4</sup>, ses pouvoirs d'enquête étant mobilisés afin de servir l'intérêt public.

Les enquêtes officielles de la CRE, qui peuvent être déclenchées par une série de plaintes ou une seule affaire couronnée de succès, par une révélation dans la presse ou des manifestations de syndicats ou d'ONG, peuvent couvrir un secteur d'activité géographique ou des organismes particuliers : elles ne bénéficieront pas immédiatement aux personnes qui ont souffert de discrimination mais peuvent assurer des modifications durables<sup>5</sup>. À l'issue d'une telle enquête, la CRE peut en effet recommander une modification des pratiques ou émettre une notification de non-discrimination raciale exigeant la cessation du comportement prohibé et requérant de l'organisation qu'elle fasse connaître les mesures qu'elle envisage de prendre pour empêcher de futurs actes de discrimination<sup>6</sup>. Les enquêtes générales approfondies apparaissent pertinentes quand l'auteur de discriminations agit de façon répétée et que l'action

---

<sup>1</sup> Alors même que B. Pesquié, alors directrice du service pénal, indiquait que « les dossiers ne doivent pas être traités à titre d'exemple, nous devons les considérer sur un mode individuel ». In CNB, *Les nouveaux pouvoirs de la HALDE et l'exercice des droits de la défense*, op. cit., p. 13.

<sup>2</sup> Ce constat a notamment conduit à l'élaboration de la *Policy and Guidelines on Racism and Racial Discrimination* de la Commission approuvées le 9 juin 2005 par la Commission. On trouvera ces directives sur le site Internet de cette Commission: [www.ohrc.on.ca](http://www.ohrc.on.ca)

<sup>3</sup> The commission's powers « must necessarily be confined to investigations conducted in the public interest rather than in the interest of a potential plaintiff ». In Home Department, *Racial Discrimination*, 1975, Cmnd. 6234.

<sup>4</sup> Pour autant, les responsables de la CRE étaient conscients des risques inhérents à une telle politique : la perte d'informations qui permettraient à la CRE de s'emparer de nouvelles priorités dans le futur sur la discrimination dans le logement par exemple. In RAZIA K., CRE, « Une stratégie juridique pour combiner et coordonner les divers outils disponibles », op. cit., p. 32.

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 36.

<sup>6</sup> Le défendeur a la possibilité de faire appel contre une telle notification mais, dès que les voies d'appel sont épuisées, la notification devient exécutoire (COHEN B., op. cit., p. 24).

en justice n'a pas permis de modifications des pratiques (la CRE s'est ainsi engagée dans une enquête en 2000 au sein des prisons suite à deux affaires individuelles) ou lorsqu'il y a preuve d'un racisme et d'une discrimination institutionnelle au sein d'une organisation ou d'un secteur. Si les tribunaux sont venus limiter les compétences d'enquête de la CRE en interprétant de manière étroite ses compétences à mener des enquêtes au sein d'organisations désignées c'est sans doute parce que nombre d'enquêtes sont venues contredire des décisions judiciaires<sup>1</sup>. Plus récemment, la CRE souhaitait concentrer ses enquêtes sur les entreprises plus grandes et les pouvoirs publics afin de voir intégrer ses recommandations dans des réglementations<sup>2</sup>.

Si la HALDE pourrait s'attacher à révéler des discriminations « raciales » de grande ampleur à travers ses pouvoirs d'enquête et une éventuelle juridictionnalisation, elle pourrait aussi servir au mieux les intérêts publics en combinant des mesures correctives individuelles à des mesures proactives à l'impact plus collectif. Les tribunaux n'étant pas compétents pour émettre des recommandations sur la future conduite de l'auteur de l'acte discriminatoire<sup>3</sup>, l'intervention d'une agence telle que la HALDE doit permettre d'engager les employeurs à améliorer leurs pratiques dans l'intérêt de l'égalité de traitement réelle. L'objectif pour la Haute autorité serait de servir les intérêts individuels et collectifs en combinant mesure de réparation individuelle et recommandations générales à l'instar de la délibération n° 2005-33 du 26 septembre 2005 par laquelle l'institution a transmis un dossier de discrimination « raciale » au logement au procureur et demandé une modification de la législation qui induisait de la discrimination indirecte (condition de nationalité et de localisation géographique des cautions)<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Comme nous l'avons vu, l'appréhension du pouvoir d'investigation de la CRE par les juges a eu tendance à confiner la Commission dans la correction des comportements individualisés, ce qui n'était pas le rôle qu'avait dessiné pour la CRE le gouvernement en 1976. Cette jurisprudence a rendu plus difficiles et coûteuses les investigations de la CRE qui doit faire face à des employeurs qui multiplient les recours procéduraux et ne peut plus lancer d'enquêtes aveugles qui permettraient de découvrir des formes subtiles et indirectes de discriminations. La CRE avait en vain demandé qu'un texte soit adopté pour mettre à bas cette jurisprudence qui l'affaiblit considérablement. In SUK J. C-H., « Antidiscrimination Law in the Administrative State », *op. cit.*, p. 462-463. V. *Supra.*, p. 327.

<sup>2</sup> RAZIA K., CRE, « Une stratégie juridique pour combiner et coordonner les divers outils disponibles », *op. cit.*, p. 39.

<sup>3</sup> Aux États-Unis, les tribunaux ne peuvent imposer des politiques d'Affirmative action que lorsqu'une violation légale a été établie. Certes, les accords entre parties peuvent inclure de telles politiques mais ce type de réparations reste rare parce que les cours ne reconnaissent pas l'existence de désavantages accumulés comme une violation du titre VII à moins que des actes ou pratiques spécifiques causant ces désavantages n'aient été clairement identifiés. In SUK J. C-H., « Antidiscrimination law in the administrative state », *op. cit.*, pp. 455-456.

<sup>4</sup> Le refus de délivrance d'avis de non-imposition à certains locataires et occupants d'hôtels meublés, notamment de nombreux retraités algériens et marocains, par les centres des impôts marseillais, qui présumaient une fraude des contribuables d'origine étrangère du seul fait d'habiter dans certains hôtels meublés, pénalisait une catégorie

Néanmoins une telle combinaison de ses pouvoirs est-elle légalement possible ? Peut-on cumuler la recommandation avec une transmission du dossier au procureur ou des observations devant les juridictions ? L'utilisation de l'ensemble de ses pouvoirs par une AAI dans le déroulement d'une même affaire a été condamnée par le Conseil constitutionnel, qui considère que « *le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (...), qu'il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable (...); considérant que le respect des droits de la défense fait obstacle à ce que la Commission des opérations de bourse puisse à l'égard d'une même personne et s'agissant des mêmes faits concurremment exercer les pouvoirs de sanction (...) et la faculté d'intervenir et d'exercer tous les droits de la partie civile* »<sup>1</sup>. Néanmoins, la HALDE ne détient pas de pouvoir de sanction direct. Cependant, la Cour d'appel de Nîmes estime en avril 2007 que celle-ci ne peut présenter ses observations quand, dans le cadre du même litige, elle a exercé ses pouvoirs de recommandation eu égard au principe du procès équitable<sup>2</sup>. Mais la Cour d'appel de Rennes, par son arrêt rendu le 31 mai 2007 qui concerne des faits similaires, n'y a vu aucun problème. La Cour indique ainsi que l'intervention de la HALDE constitue un simple renseignement porté à la connaissance des parties au litige avant toute plaidoirie au fond, en sorte que par sa seule production aux

---

de personnes en fonction de l'origine qui faute d'avis de non-imposition ne pouvait bénéficier de différents avantages sociaux. La HALDE a jugé qu'il était légitime de procéder à des contrôles pour vérifier la qualité de résident fiscal mais que les moyens développés pour fiabiliser les fichiers n'étaient ni appropriés ni nécessaires et conclut dans une délibération du 19 juin 2006 que les décisions des services fiscaux des Bouches-du-Rhône « avaient pour effet de compromettre l'accès de personnes majoritairement d'origine étrangère à des prestations ou avantages fiscaux ». Elle a donc recommandé une révision des procédures et transmis le dossier au parquet de Marseille qui n'a pas donné suite. In HALDE, *Rapport annuel 2006, op. cit.*, p. 26-27. V aussi délibération n° 2006-152 du 12 juin 2006 : un réclamant d'origine antillaise affecté suite à son recrutement en métropole à un poste en Martinique ne touchait pas la prime de mobilité accordée aux autres salariés venus de métropole. Alors qu'il a entrepris un recours devant les prud'hommes de Fort-de-France, il est muté en métropole puis licencié très rapidement pour insuffisance professionnelle. La HALDE conclut que la différence de traitement sur le versement de la prime est non justifiée et qu'il y a donc discrimination salariale ; elle ajoute que le licenciement constitue une mesure de représailles interdite par le code du travail. Le collège informe alors la victime qu'elle peut demander au conseil des prud'hommes de solliciter la HALDE pour observations dans la procédure en cours. En sus, la HALDE recommande à l'employeur de préciser les conditions d'attribution des primes liées à la mobilité selon des critères objectifs. Enfin, « *le collège se réserve la possibilité de saisir le parquet des faits lorsque le procès civil sera clos* »).

<sup>1</sup> C.C., décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 sur la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

<sup>2</sup> C.A. Nîmes, Ch. soc., 25 avril 2007, *Bruno Grégoire c/ EDF-GDF*, n° 06/03377 : « *Les dispositions dudit article 6 [de la conv. EDH] font obstacle à ce que la HALDE puisse, à l'égard des mêmes personnes physiques ou morales et s'agissant des mêmes faits, exercer tout à la fois les pouvoirs de recommandation et la faculté de demander son audition en justice* ». Cet arrêt a été vivement critiqué par la HALDE (Luc FERRAND, Actes du colloque HALDE-CNB, 15 novembre 2007, « discrimination : nouveaux risques et enjeux », *op. cit.*, p. 44).

débats, elle devient contradictoire<sup>1</sup>. Les doutes qui pèsent quant à la compatibilité d'une double intervention de la HALDE avec l'art. 6 de la Conv. EDH<sup>2</sup> ne semblent pas intéresser le Conseil d'État (quant bien même ce moyen n'était pas soulevé devant la juridiction administrative) : en effet, dans sa décision *Tissot* de 2007<sup>3</sup>, était mise en cause une délibération par laquelle la Haute autorité, avait, d'une part, recommandé à l'employeur la mise en place d'une formation des personnels d'encadrement et des ressources humaines sur le harcèlement moral et le droit du travail applicable et la création d'une procédure d'alerte favorisant l'expression de tous les salariés dans des conditions satisfaisantes et le règlement amiable des conflits, et d'autre part, rappelé à la personne ayant introduit la réclamation qu'elle pouvait, en application de l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004, solliciter de la juridiction prud'homale déjà saisie qu'elle invite la haute autorité à présenter ses observations dans son dossier<sup>4</sup>. En définitive, il semble bien que la HALDE ait la possibilité de cumuler les mesures à l'endroit d'un même mis en cause. Elle pourrait, à ce titre, s'assurer du suivi des recommandations proactives en utilisant la voie du testing<sup>5</sup>.

Si certains organismes étrangers précurseurs ont su bâtir une stratégie plus claire et plus offensive, il ne faut pas pour autant sacraliser leur efficacité ni leur capacité à mobiliser dans la complémentarité sanctions négociées et procès. Si ces organismes étrangers ont l'avantage de l'ancienneté, ils rencontrent néanmoins des difficultés parfois liées à un changement politique<sup>6</sup>. Ces dernières années, l'EEOC apparaissait ainsi sous-financée pour protéger efficacement les intérêts publics en jeu et trop peu impliquée dans la juridictionnalisation<sup>7</sup>. Quant à la CRE britannique, seules 300 des 1.500 à 2.000 plaintes reçues faisaient l'objet d'un règlement juridique et « le nombre d'enquêtes sur les faits de discrimination ayant motivé ces plaintes qui ont été menées par la commission se révèle limité

---

<sup>1</sup> C.A. Rennes, ch. soc., 6 juin 2007, arrêt n° 138/07, RG n° 06/07563, *G. ROSIER c/ Caisse Nationale des Industries Electriques et Gazieres - CNEIG*. Les deux arrêts concernaient des refus de bonification dans le calcul de la retraite pour les travailleurs masculins qui avaient fait antérieurement l'objet de délibérations de la HALDE contenant recommandation et décision d'observations devant le juge (V. délibération n° 2006-37 du 18 décembre 2006).

<sup>2</sup> S. Petit et C. Cohen semblent considérer que cette double intervention de la HALDE n'est envisageable que si la HALDE produit une recommandation et que le réclamant décide d'aller en justice sans demander l'intervention de l'Autorité. In « La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ? », *Recueil Dalloz*, n° 22, 2008, pp. 1522.

<sup>3</sup> C.E., sect., 13 juillet 2007, *Sté Tissot*, n° 294195.

<sup>4</sup> Délibération n° 2006-56 du 3 avril 2006.

<sup>5</sup> Art. 41-2° de la loi du 31/03/2006 complétant l'art. 2 de la loi du 30 décembre 2004.

<sup>6</sup> Aux États-Unis, à partir des années 1980, le soutien politique à des actions vigoureuses contre la discrimination dans l'emploi a commencé à reculer. Sous l'administration Reagan, la mise en œuvre des lois antidiscriminatoires par l'EEOC s'est dramatiquement affaiblie (in BENDICK. M. Jr., « Situation Testing for Employment Discrimination in the United States », *op. cit.*, p. 2).

<sup>7</sup> STERNLIGHT J., *op. cit.*, p. 1497.



(38 en 96) »<sup>1</sup>. En 2002, elle avait suivi 73 affaires devant les tribunaux, tandis que 75 autres dossiers connaissaient une issue favorable avant la saisine de la justice<sup>2</sup>. De même, l'efficacité des juridictions américaines et britannique est mise en cause<sup>3</sup>, ce qui favorise le développement de la médiation.

Parmi, les organismes européens - l'ex-CRE mise à part, la HALDE est sans doute l'un des organismes les plus actifs dans la lutte contre les discriminations. Même si dès 2007 elle relevait « les limites d'une stratégie fondée exclusivement sur l'exemplarité de la répression et de la décision de justice »<sup>4</sup>, sa participation à la dynamique juridictionnelle ne peut être totalement niée. Si le virage sensible amorcé en 2009 laisse à penser que la HALDE a intégré la juridictionnalisation comme un préalable indispensable, il est impossible de savoir si cette évolution sera définitivement consacrée. La médiation qui reste privilégiée dans de nombreux pays<sup>5</sup> est ainsi moins mise en avant, tout comme la transaction pénale. Si la vision stratégique que la HALDE doit affiner peut s'inspirer des exemples étrangers, elle devra aussi tenir compte de l'évolution de la jurisprudence<sup>6</sup> et de la mobilisation du droit antidiscriminatoire par les avocats et la société civile<sup>7</sup>.

Enfin, l'existence dans tous les pays de différentes voies de résolution des plaintes pour discrimination s'explique par la tentative des autorités de répondre à la fois aux intérêts privés et à l'intérêt général, chacune des procédures en jeu servant un aspect d'objectifs multiples. Cette tension entre intérêts public et privé explique qu'il existe des cycles, une

---

<sup>1</sup> BELORGEY J-M., *Lutter contre les discriminations*, op. cit., p. 32.

<sup>2</sup> STASI B., op. cit., p. 46.

<sup>3</sup> En G-B, moins de 40% des jugements de 1999 étaient en faveur des plaignants et même lorsqu'ils l'emportaient, ils devaient faire face aux frais engagés pour une procédure très longue. C'est aussi parce que les procédures devant les tribunaux pour l'emploi ont cessé d'être rapides, peu onéreuses et informelles que les autorités se sont tournées vers les procédés alternatifs (in STERNLIGHT J., op. cit., pp. 1441-1442). Le système américain actuel est lui aussi critiqué pour son incapacité à apporter des solutions justes, pour son coût exorbitant, sa lenteur et son incapacité à soutenir les causes les plus pertinentes (*Ibid.*, p. 1430).

<sup>4</sup> HALDE, *Rapport annuel 2007*, op.cit., p. 104.

<sup>5</sup> La priorité accordée à la médiation est marquée en Belgique : le Centre pour l'égalité des chances avait reçu plus de 1.300 réclamations en 2002 et soutenu les victimes dans la moitié des cas ; 432 dossiers avaient fait l'objet d'une médiation, 75 ont donné lieu à une plainte simple et pour 26 dossiers, le centre s'est constitué partie civile (in STASI B., op. cit., p. 49). De manière générale, les aspects judiciaires représentent seulement 2 à 3% des dossiers traités par le Centre belge (in CHARLIER P., Centre pour l'égalité des chances, in D. Borillo (dir.), *Halde : actions, limites et enjeux*, op. cit., p.59

<sup>6</sup> Étant donné que les plaignants à faibles revenus ou qui ne peuvent démontrer clairement de préjudice financier ont du mal à s'assurer une représentation légale aux États-Unis, M. Selmi propose de réorienter l'activité de l'EEOC dans leur direction. V. SELMI M., « The value of the EEOC : Reexamining The Agency's Role in Employment Discrimination Law », *Ohio St. Law Journal*, vol. 57, n°1, 1996, pp. 1-64

<sup>7</sup> On peut penser à cet égard que si la HALDE intervient relativement peu sur les discriminations « raciales », c'est parce que les associations antiracistes instrumentalisent avec efficacité les juridictions alors que les ONG comme les syndicats sont peu impliqués dans la lutte contre les discriminations faites aux femmes.

oscillation entre les procédés informels et le recours au juge : lorsque les procédures servant au mieux les intérêts particuliers dominant, des pressions tendent à valoriser davantage les procédés mieux à même de servir l'intérêt général<sup>1</sup>. De même, les organismes alternent entre un rôle qui consiste à offrir des réparations effectives aux victimes individuelles de discrimination et un rôle de ciblage des modèles systématiques de discrimination. Le modèle de justice individualisée présente des avantages certains : un cas unique peut avoir des effets juridiques et sociaux étendus : il établit un précédent qui bénéficie aux autres plaignants ; il soulève publiquement des questions, il « teste » et clarifie le contenu des lois<sup>2</sup>. En se fondant sur les expériences étrangères, on peut affirmer que « les approches individuelles et de groupe doivent être associées dans le cadre d'une politique stratégique globale »<sup>3</sup> pour obtenir un changement culturel dans toute la société. La HALDE devra donc développer une stratégie conjuguant approches « micro » (affaires bénéficiant d'une assistance et enquêtes lancées sur la base de critères stratégiques qui permettent de tirer un profit optimal de ses ressources) et « macro » (développer une série de priorités plus larges pour lesquelles différents mécanismes seront mis en œuvre)<sup>4</sup>.

\*

Le risque de concurrence entre la HALDE et les juridictions est patent au regard des pouvoirs de sanction négociée dont la Haute autorité dispose et dont elle a fait fréquemment usage pour des discriminations qui pouvaient relever des juridictions pénales, civiles ou administratives. Ce recours à la médiation et à la transaction pénale ou la seule émission de recommandation constitue une dérive problématique au regard de la mission initiale de la HALDE qui doit favoriser une juridictionnalisation encore trop faible. Surtout, le choix des mesures - entre solutions négociées et incitatives d'une part, et transmission au procureur ou orientation vers les juridictions d'autre part - n'est pas dicté par des critères transparents. Il est souhaitable que la Haute autorité chargée de la lutte contre les discriminations - aujourd'hui le Défenseur des droits - affiche une stratégie cohérente et explicite et s'attache en priorité à débusquer les discriminations « raciales » d'ampleur.

---

<sup>1</sup> STERNLIGHT J., *op. cit.*, p. 1488. L'auteur relève par ailleurs une tendance inévitable à la formalisation des procédés alternatifs - notamment parce que les parties ou les autorités cherchent à leur faire servir aussi l'intérêt public - ce qui les rend plus coûteux et moins rapides et donc sans doute moins attrayants (*Ibid*, p. 1466).

<sup>2</sup> CROWLEY N., in *L'application stratégique du droit et les directives d'égalité de traitement de la CE*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>3</sup> O'CONNOR C., « La directive d'égalité raciale comme base d'application stratégique », *op. cit.*, p. 59.

<sup>4</sup> *L'application stratégique du droit et les directives d'égalité de traitement de la CE*, *op. cit.*, p. 27.

\*

La HALDE était créée en 2005 alors même que la crainte des procès, utilisée comme « levier d'incitation vis-à-vis des entreprises »<sup>1</sup>, était encore peu répandue. Comme chez les autres autorités administratives indépendantes, son activité, nous l'avons vu, est marquée par l'importance « des fonctions extra-juridictionnelles de l'autorité de régulation : information, persuasion, pression »<sup>2</sup>. Cependant, la Haute autorité doit encore clarifier les critères qui guident son action et accentuer sa participation - encore très modeste - à la juridictionnalisation des discriminations « raciales ». Si la HALDE a su mettre en œuvre les nouvelles définitions de la discrimination directe et indirecte, l'aménagement de la preuve ou l'interdiction des représailles, elle doit encore mettre l'accent sur l'identification de discriminations de dimension structurelle et sur les discriminations dites institutionnelles qui sont difficiles à dévoiler.

Alors que « AAI et juridictions sont appelés à se renforcer mutuellement »<sup>3</sup>, elle parviendra à assumer un rôle complémentaire de celui du juge en apportant des solutions subsidiaires pour les cas pertinents et en favorisant l'intervention des juridictions par le biais de la recherche de preuves, de ses observations ou de la transmission de solides dossiers au procureur. De plus, son expertise et les réclamations qu'elle reçoit doivent lui permettre d'assurer « en continu l'interactivité entre le droit et le fait »<sup>4</sup>, et, ce faisant, d'améliorer l'effectivité du droit à la non-discrimination. Cette stratégie complémentaire n'est pas encore véritablement au point. L'Autorité, qui est montée en puissance depuis 2005, est encore jeune et ses tâtonnements sont légitimes. En effet, son homologue britannique a près de 30 ans, son homologue américaine 40 ans et les institutions belge et canadienne ont plus de 20 ans d'existence. Et, si la HALDE détient des pouvoirs juridiques similaires, ses ressources sont plus faibles et son « poids moral et institutionnel est bien moins établi que le leur »<sup>5</sup>.

Il est donc difficile de se prononcer sur l'efficacité de l'action de la HALDE. Il faudra attendre le développement de ses activités pour identifier l'émergence d'une éventuelle

---

<sup>1</sup> BLIVET L., « Ni quotas, ni indifférence : l'entreprise et l'égalité positive », Note de l'institut Montaigne, octobre 2004, p. 78.

<sup>2</sup> Conseil d'État, *Rapport public 2000 sur les autorités administratives indépendantes*, *op.cit.*, p. 281.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 328.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 280.

<sup>5</sup> SCHWEITZER L., « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la HALDE- Entretien », *op. cit.*, p. 16.

stratégie globale et la nature de sa collaboration avec les juges. On peut espérer qu'elle se construise une doctrine qui lui permette de combiner avec efficacité les différents mécanismes et formes de sanctions. Si toutes les sociétés ne sont pas au même stade de leur lutte contre les discriminations « raciales », il n'en reste pas moins que les pouvoirs publics comme la HALDE ne pourront ignorer les étapes chronologiques qui doivent être respectés pour bâtir une politique antidiscriminatoire efficace. Comme la France n'a pris conscience des discriminations « raciales » que depuis une dizaine d'année, la juridictionnalisation est encore nécessaire pour préciser et diffuser le droit de la non-discrimination et pour imposer des sanctions dissuasives : la Haute autorité doit alimenter le mouvement naissant.

Mais le gouvernement a décidé de fusionner la HALDE avec d'autres AAI de protection des libertés au sein d'une nouvelle Autorité administrative indépendante, le Défenseur des droits pour donner « *plus de cohérence et plus de lisibilité* » à cet ensemble institutionnel<sup>1</sup>. La révision constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (art. 46-1) insère ainsi dans la Constitution un nouvel art. 71-1 qui garantit l'existence de cette nouvelle AAI. Cependant, cette inscription au sein du texte suprême n'entraîne, selon le Conseil constitutionnel, aucune conséquence juridique particulière sur son fonctionnement<sup>2</sup>.

Le projet de loi organique avait initialement prévu la fusion des seuls Médiateur de la République, Défenseur des enfants et CNDS. La CNIL ayant mis en avant la complexité technique de sa matière et la HALDE la nécessité de préserver une réelle visibilité au sujet majeur et récent de la lutte contre les discriminations étaient parvenues à maintenir leur autonomie<sup>3</sup>. Néanmoins, quelques mois plus tard, l'intégration de la HALDE au sein du Défenseur des droits était décidée dans le cadre de la discussion parlementaire du projet de loi organique<sup>4</sup>. Cette fusion permet de répondre au souci de transversalité de la lutte contre les

---

<sup>1</sup> Projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, présenté au nom de François Fillon, Premier ministre par M. Alliot-Marie, ministre de la Justice et des libertés, n° 610, enregistré à la présidence du Sénat le 9 septembre 2009.

<sup>2</sup> CC, décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits*.

<sup>3</sup> La Défenseure des enfants et la CNDS avaient eux aussi contesté le bien-fondé de leur dissolution mais en vain. Il faut préciser que ces deux AAI avaient réalisé des investigations sur des sujets sensibles et pris des positions critiques sur l'action du gouvernement ou de l'administration (réserve sur les réformes du droit pénal des mineurs pour Dominique Versini et hostilité globale du ministère de l'intérieur et de l'administration pénitentiaire à l'égard des travaux de la CNDS). In « Le périmètre d'action du futur Défenseur des droits a été revu à la baisse », *Le Monde*, 18 septembre 2009, « Déontologie de la police : pour M. Beauvois, la création du Défenseur des droits est 'un vrai recul démocratique' », *Le Monde*, 20 mai 2010.

<sup>4</sup> La fusion a été décidée en Commission des lois du Sénat le 19 mai 2010 (projet de loi organique, Sénat, n°483, enregistré le 19 mai 2010, relatif au Défenseur des droits, texte de la Commission des lois). Le Défenseur des droits est ainsi chargé de « *lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité* » (art. 4-3° de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011).

discriminations. Le même chemin a été suivi au niveau communautaire : l'Union européenne a transformé en 2007 l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (EUMC), créé en 1997, en Agence des droits fondamentaux<sup>1</sup>. En France, la « dilution » de l'Autorité, six ans à peine après son installation, fait débat<sup>2</sup>.

Plusieurs points concentrent des inquiétudes légitimes. La CNCDH s'inquiétait ainsi de la future indépendance du Défenseur des droits, alors que les autorités qu'il va absorber étaient marquées par une forte liberté de parole et une indépendance d'action vérifiée et qu'elles n'ont pas été véritablement associées et consultées dans le cadre de son élaboration<sup>3</sup>. Le rôle du collège spécialisé dans la lutte contre les discriminations au sein du Défenseur<sup>4</sup> ainsi que la désignation et le statut de l'adjoint vice-président de ce collège<sup>5</sup> posent problème notamment au regard de l'indépendance dont a su faire preuve la HALDE vis-à-vis du gouvernement<sup>6</sup>. Outre la personnification du pouvoir qui est ici accentuée, on peut aussi s'interroger sur la place véritable qui sera accordée aux autorités absorbées. Le transfert des

---

<sup>1</sup> Règlement CE 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, J.O.U.E., 22 février 2007, p. I 53/1. L'Agence devra recueillir des informations et données, formuler des conseils à l'U.E. et aux États membres et stimuler le dialogue avec la société civile pour accentuer la sensibilisation du public. Elle sera complémentaire du Conseil de l'Europe. Le cadre pluriannuel, adopté par le Conseil après consultation du Parlement européen et sur proposition de la Commission (art. 5) et définissant les domaines d'action thématiques de l'agence pour la période 2007-2012, prévoit neuf domaines thématiques, à savoir : le racisme, la xénophobie et l'intolérance ; les discriminations ; l'indemnisation des victimes ; les droits de l'enfant ; le droit d'asile, l'immigration et l'intégration des immigrés ; les visas et les contrôles aux frontières ; la participation des citoyens de l'Union européenne au fonctionnement démocratique de celle-ci ; la société de l'information ; et l'accès à une justice efficace et indépendante. L'agence peut aussi sortir du champ de ces domaines thématiques à la demande du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission (Décision 2008/203/CE du Conseil du 28 février 2008 portant application du règlement (CE) n° 168/2007, J.O.U.E. L 63 du 7.3.2008).

<sup>2</sup> « La HALDE cannibalisée, la dilution de l'Autorité s'inscrit dans une longue liste de renoncements », Tribune de Bariza Khiari et Alain Anziani (sénateurs PS), *Le Monde*, 3 juin 2010.

<sup>3</sup> CNCDH, Avis sur le Défenseur des droits, 4 février 2010 ; Avis sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits adopté par le Sénat le 3 juin 2010, 6 octobre 2010. La Commission préconise la révision du projet de loi en faveur de la création d'un Défenseur des droits chargé non de fusionner, mais, au contraire, de « renforcer l'indépendance et l'interaction » des autorités administratives indépendantes déjà existantes.

<sup>4</sup> Les modes de désignation des membres du collège sont similaires à ceux du collège de la HALDE. Le Défenseur des droits est seul compétent pour convoquer les collèges, fixer leur ordre du jour et apprécier les questions nouvelles qu'il doit soumettre à leur avis (art. 13, 14 et 15 de la loi organique n° 2011-333, *op. cit.*). De plus, il n'a pas à motiver les raisons pour lesquelles il pourrait être amené à s'écarter des délibérations d'un collège (C.C., décision n° 2011-626 DC, *op. cit.*, cons. 12). V. « Halde : une dilution de la lutte contre les discriminations ? », Communiqué de presse inter-associatif, 21 mai 2010.

<sup>5</sup> Les adjoints sont nommés sur proposition du Défenseur par le Premier ministre (art. 11-I de la loi organique n° 2011-333).

<sup>6</sup> V. pour exemple délibération n° 2007-370 du 17 décembre 2007 (critique de la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile), délibération n° 2008-228 du 20 janvier 2008 (contestation de la condition de résidence préalable de cinq ans pour l'octroi du RSA aux résidents étrangers non communautaires, délibération n° 2009-385 du 30 novembre 2009 (critique analogue relative à la loi sur le droit au logement opposable)... Mais aussi les délibérations déjà citées relatives à la proposition de loi sur un régime de prescription défavorable aux victimes de discrimination, aux emplois fermés, à la non-reconnaissance de certains diplômes étrangers, au régime des pensions militaires de retraite et de réversion...

compétences de la HALDE sur le secteur public comme privé au Défenseur est assuré<sup>1</sup>. Cependant, on peut s'inquiéter du fait que le Défenseur des droits, qui vient remplacer le Médiateur de la République, ne voit ses fonctions centrées sur la médiation plutôt que sur le contrôle du respect des normes et la sanction des violations constatées. En effet, comme le souligne la CNCDH, le Médiateur cherchait à régler les réclamations relatives à des « tracasseries administratives » par la persuasion alors que cette fonction « n'est pas au cœur du mandat des autres autorités en charge de la protection des droits »<sup>2</sup>. De plus, le « risque de dilution des mandats spécifiques » dans « une autorité polyvalente et tentaculaire »<sup>3</sup> n'est pas écarté à l'heure où l'expertise du collège spécialisé peut être mise en doute (cf. manque de spécialisation et de pluralisme). Enfin, au-delà de la mutualisation et de la rationalisation des ressources des quatre autorités ainsi regroupées, on peut s'interroger, en ces temps de rigueur budgétaire, sur les moyens dont sera doté le Défenseur des droits. Mais c'est surtout la perte de visibilité de la lutte contre les discriminations<sup>4</sup> et le risque de dilution qui inquiètent<sup>5</sup> alors même que la HALDE avait réussi à se construire au fil des années une notoriété et une légitimité réelles dans l'opinion publique comme auprès des entreprises et des administrations.

La sanction judiciaire, que doit favoriser la Haute autorité à travers sa mission de traitement des réclamations, n'est pourtant pas la panacée pour garantir l'effectivité du

---

<sup>1</sup> Son pouvoir de savoir est renforcé car le fait de ne pas déférer aux convocations du Défenseur, de ne pas lui communiquer les informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission ou de l'empêcher d'accéder à des locaux est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende (art. 12 de la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011, *op. cit.*). Ses pouvoirs d'enquêtes sont même sensiblement élargis en ce qui concerne les vérifications sur place car « lorsque l'urgence, la gravité des faits à l'origine du contrôle ou le risque de destruction ou de dissimulation de documents le justifient », la visite peut avoir lieu sur autorisation préalable du juge des libertés et de la détention sans que le responsable des locaux en ait été informé et sans qu'il puisse s'y opposer (art. 22-III de la loi organique n° 2011-333, art. 18 du décret n°2011-904).

<sup>2</sup> CNCDH, Avis sur le Défenseur des droits, 4 février 2010, p. 2.

<sup>3</sup> CNCDH, Note sur le projet de « Défenseur des droits des citoyens », 20 mai 2008.

<sup>4</sup> La loi organique relative au Défenseur des droits ne prévoit ainsi pas de rapport spécifique de l'Autorité sur la lutte contre les discriminations (art. 36 de la loi organique n° 2011-333).

<sup>5</sup> CNCDH, Avis sur le Défenseur des droits, 4 février 2010, p. 6. Informé du projet, le CERD « recommande de maintenir une institution indépendante distincte ayant mandat la lutte contre les discriminations y compris raciales » et « souligne l'importance de la HALDE dans la lutte contre les discriminations » (Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'art. 9 de la Convention, Observations finales du CERD-France, CERD/C/FRA/CO/17-19, 27 août 2010). La disparition de la CNDS pose aussi problème alors que la question du respect des droits et libertés par les forces de l'ordre reste largement taboue dans notre pays. Le Comité contre la torture des Nations Unies comme le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe préconisait une préservation de la CNDS, un élargissement de ses compétences et une augmentation de son budget ridicule (Observation générale 22 du Comité (CAT/C/FRA/CO/3, 3 avril 2006); Rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe sur le respect effectif des droits de l'homme en France, 15 février 2006).

principe de non-discrimination<sup>1</sup>. C'est pourquoi, un rôle de promotion de l'égalité revient aussi à la HALDE. On pourrait considérer que le système vient ainsi mêler de manière dommageable une démarche collective de prévention d'une part et une fonction de contrôle et de sanctions des comportements déviants<sup>2</sup>. Pour autant, répression et prévention ne s'opposent pas, bien au contraire<sup>3</sup> : le traitement des réclamations individuelles permet d'affiner sa connaissance des discriminations, de détecter des discriminations systémiques et contribue à l'élaboration de solutions pertinentes à travers les recommandations et les codes de bonne conduite pour garantir l'égalité de traitement. Afin d'assurer une efficacité maximale de la lutte contre les discriminations, il s'agira de maintenir l'équilibre entre ces volets répressif et préventif : la démarche casuistique connaît ses limites pour produire du changement mais un « travail de promotion et de soutien sans mise en application juridique parallèle manquera de mordant »<sup>4</sup>. Pour réparer les préjudices subis du fait des discriminations « raciales » mais aussi prévenir les discriminations ultérieures, le pôle juridique doit travailler de concert avec la branche « égalité ». À ce titre, le collège spécialisé au sein du Défenseur des droits pourrait alimenter un cercle vertueux en utilisant le levier judiciaire à des fins proactives, en diffusant largement les notions objectivées de la discrimination et les obligations qui en découlent pour les organisations. Néanmoins, la mise en œuvre d'une véritable politique de promotion de l'égalité de traitement sans distinction d'origine ne saurait reposer sur cette seule innovation que constituait la HALDE, aujourd'hui le Défenseur des droits. Ce serait « signifier une démobilisation de l'État ; ce serait une fois de plus trop attendre de l'outil juridique »<sup>5</sup>. Comme le rappelle M. Long, « la volonté de tous les acteurs de la vie politique, la pédagogie collective (...) sont les clés de la conquête de l'égalité »<sup>6</sup>.

\*

---

<sup>1</sup> Selon Colm O'Conneide, « le modèle d'application individuelle repose de manière excessive sur une approche qui ressemble à celle qui consiste à envoyer des pompiers pour combattre l'incendie plutôt qu'à commencer par empêcher que le feu ne puisse se déclarer » (in « *Taking Equal Opportunities Seriously* », Equality and Diversity Forum, p. 23. Cité par N. CROWLEY, in *L'application stratégique du droit et les directives d'égalité de traitement de la CE*, op. cit., p. 9

<sup>2</sup> FAVENNEC-HERY F., « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *Droit social*, janvier 2007, p. 7.

<sup>3</sup> HALDE, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les entreprises à la HALDE ?*, septembre 2006, p. 57.

<sup>4</sup> O'CONNOR C., « La directive d'égalité raciale comme base d'application stratégique », op. cit., p. 56.

<sup>5</sup> FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », op. cit., p. 52.

<sup>6</sup> LONG M., « Le principe d'égalité et les étrangers », in Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité, Extraits du rapport public 1996*, La Documentation française, Paris, 1998, p. 121





## **Titre II :**

### **Des politiques de promotion de l'égalité**

La discrimination « raciale » est encore trop rarement sanctionnée par les juridictions et le recours aux juridictions laisse en suspens la mise au point et l'application de bonnes pratiques. Certaines conduites sont ainsi préconisées pour les acteurs sur le fondement de la crainte d'une condamnation mais « sans les engager plus avant dans des efforts positifs de révision des épreuves et des pratiques »<sup>1</sup>. Les nouvelles définitions juridiques de la discrimination, qui impliquent de s'intéresser à la discrimination comme un fait social, sont largement issues des recherches américaines en sciences sociales (telles que la sociologie ou la psychologie sociale). Ces travaux ont en effet permis de mieux cerner le phénomène discriminatoire dans sa complexité et ont été entérinés par les juges américains. Dans les années 1970, ont émergé aux États-Unis des théories sur la nature structurelle des discriminations qui ont permis de dévoiler au niveau des entreprises des mesures qui ne semblaient pas discriminatoires mais avaient un impact particulièrement négatif sur les femmes et les Noirs (discrimination indirecte). Puis, dans les années 1990, concernant la discrimination directe, les pratiques dans l'emploi comme la jurisprudence américaine ont évolué pour intégrer la reconnaissance des processus cognitifs inconscients de catégorisation, de formation des stéréotypes et de leurs effets sur le management<sup>2</sup>.

La définition objectivée de la discrimination reprise par le droit français nécessite, le déploiement d'une action proactive pour tenter de neutraliser les préjugés qui sont à l'œuvre dans la discrimination directe et d'objectiver les procédures et les critères de décision qui peuvent constituer des discriminations indirectes. L'action proactive ne se contente en effet pas de réagir aux faits discriminatoires constatés. Elle vise à analyser les discriminations et à mettre en place des instruments destinés à les prévenir. Ces politiques de promotion de l'égalité de traitement ont été Outre-Atlantique le résultat d'un mouvement dialectique entre la recherche, la jurisprudence et la gestion des ressources humaines : face au risque de condamnations judiciaires particulièrement lourdes, les grandes entreprises ont veillé à anticiper les évolutions de l'environnement juridique ; les spécialistes des ressources

---

<sup>1</sup> STAVO-DEBAUGE J., « Les vices d'une inconséquence conduisant à l'impuissance de la politique française de lutte contre les discriminations, II- Apprêter un chemin au droit afin qu'il puisse exercer son autorité et confectionner des 'catégories' qui autorisent l'action publique », *Carnets de bord*, n°7, septembre 2004, p. 44.

<sup>2</sup> DOBBIN F., « Do the Social Sciences Shape Corporate Anti-Discrimination Practice ?... », *op. cit.*, p. 830.

humaines ont mis au point des mesures pour prévenir les nouvelles sources de discriminations identifiées par les chercheurs alors même que les travaux des chercheurs et les mesures proactives devenaient le fondement de nouvelles interprétations judiciaires du Civil Rights Act<sup>1</sup>. L'action publique ne peut s'en tenir à viser la seule et stricte application de la loi en sanctionnant les fautes et les écarts ponctuellement identifiés, un « devoir de 'promotion' de l'égalité »<sup>2</sup> s'impose.

Le programme communautaire adopté dans la foulée de la directive « Race » vise ainsi à encourager « l'élaboration de nouvelles pratiques et politiques de lutte contre les discriminations »<sup>3</sup> « esquissant ainsi un nouvel espace européen des politiques publiques »<sup>4</sup>. En France, l'administration de la lutte contre les discriminations est particulièrement « polycentrique »<sup>5</sup>. Par nature transversales, les politiques publiques antidiscriminatoires font intervenir au niveau national des services administratifs relevant de différents ministères<sup>6</sup>, des structures interministérielles, des établissements publics tels que l'ACSE<sup>7</sup>, des associations chargées de mission de service public et un « foisonnement d'organismes consultatifs »<sup>8</sup>. On observe aussi une démultiplication des niveaux de pouvoirs avec les ordres juridiques supranationaux et notamment communautaire (directives, CJUE mais aussi programmes et

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 844.

<sup>2</sup> STAVO-DEBAUGE J., « Les vices d'une inconséquence conduisant à l'impuissance de la politique française de lutte contre les discriminations, II, *op. cit.*, p. 44.

<sup>3</sup> Décision n° 2000/750 du Conseil, du 27 novembre 2000, établissant un programme d'action communautaire de lutte contre les discriminations (2001-2006), *JOCE* L 303 du 2 décembre 2000. Le programme d'action financé à hauteur de 98,4 millions d'euros que la Commission européenne était chargée de mettre en œuvre, pour la période 2001-2006, vient compléter les directives à travers 3 volets :

- réaliser des études, mettre au point des bases et séries statistiques dans le respect des législations et des pratiques des Etats membres
- renforcer les capacités des acteurs cibles, publics ou privés, qui agissent dans la lutte contre les discriminations en appuyant les actions transnationales d'échanges d'information et de bonnes pratiques et en finançant les ONG de niveau européen compétentes
- mettre en place des actions de sensibilisation : conférences, campagnes d'information...

<sup>4</sup> CALVES G., « « Il n'y a pas de race ici ». Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, octobre 2002, n° 17, p. 175-176.

<sup>5</sup> V. CHEVALLIER J., « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *Revue administrative*, n° 301, 1998, pp. 43-53.

<sup>6</sup> La lutte contre les discriminations s'impose comme une « dimension à part entière des politiques de droit commun » (« action intégrée » ou « mainstreaming »). In CALVES G., « Sanctionner ou réguler. L'hésitation des politiques de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, n° 148, 2008, p. 39

<sup>7</sup> L'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances (ANCSEC) a été créée par la loi pour l'égalité des chances du 31 mars 2006 (art. 39 et 40) et le décret d'application du 28 juillet 2006 (Décret n° 2006-945 du 28 juillet 2006 relatif à l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances, *J.O.* du 30 juillet 2006, p. 11.376). Elle regroupe des missions de la Direction interministérielle à la Ville et du FASILD (Fonds d'action et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations).

<sup>8</sup> Rapport de M. J-R Lecerf, au nom de la commission des lois, Sénat, n° 35, annexe au P-V de la séance du 17 novembre 2004, p. 23. On peut rapidement citer, pour les discriminations « raciales », le Haut Conseil à l'intégration (HCI) ou la CNCDH.

productions de la Commission européenne<sup>1</sup>). L'action publique antidiscriminatoire est ainsi marquée par un « mouvement de territorialisation des politiques publiques »<sup>2</sup> avec un foisonnement d'initiatives des collectivités locales<sup>3</sup>, l'intégration de la lutte contre les discriminations aux instruments de la politique de la ville<sup>4</sup> et au sein des services déconcentrés de l'Etat (création de Préfets délégués à l'égalité des chances<sup>5</sup> et des COPEC<sup>6</sup>). Elle a donc vocation « à se multiplier indéfiniment »<sup>7</sup> et doit aussi compter avec les formes d'autorégulation dont se dotent les opérateurs économiques et le rôle des particuliers, des associations et syndicats.

Certains estiment que cette pluralité des acteurs qui jouent sur la scène juridique et contribuent, chacun à leur manière, à « dire le droit »<sup>8</sup> est la raison de l'échec des politiques publiques en ce domaine « dans la mesure même où leur champ d'intervention se recouvre ou tout au moins se recoupe partiellement »<sup>9</sup>. La HALDE dont la compétence recouvre l'ensemble des critères discriminatoires pourrait alors jouer un rôle de coordination en matière

---

<sup>1</sup> Ainsi, le programme d'initiative communautaire EQUAL (2000-2006) a financé des actions innovantes partenariales et transnationales pour éliminer les discriminations dans le monde du travail (J.O.C.E. C127 du 5 mai 2000). Le programme PROGRESS, qui s'applique jusqu'en 2013, consacre son 4<sup>ème</sup> volet à la lutte contre les discriminations et à la promotion de la diversité (décision n° 1672/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 établissant un programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale PROGRESS, J.O.C.E. du 15 octobre 2006, 2315/1). V. Commission européenne, *Le programme de l'UE pour l'emploi et la solidarité sociale (2007-2013). Permettre à la Communauté de soutenir les États membres dans leur engagement à créer des emplois plus nombreux et de meilleure qualité, ainsi qu'à garantir l'égalité des chances pour tous*, 2007, 16 p.

<sup>2</sup> CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001, n° 49, p.837.

<sup>3</sup> Les collectivités sont parfois amenées à s'investir dans la lutte contre les discriminations 'raciales' au titre de leurs compétences spécifiques mais l'investissement des collectivités reste très variable et inégal. La plupart se contentent d'un affichage formel pour faire face aux exigences de l'Etat mais certaines municipalités ou régions se distinguent du fait qu'elles mènent sous l'égide d'organismes créés à cet effet une politique concrète, constante et évaluée.

<sup>4</sup> Ainsi, dans la grande majorité des contrats de ville, la lutte contre les discriminations « raciales » est spécifiquement mentionnée comme objectif prioritaire. Des plans territoriaux de lutte contre les discriminations sont établis localement avec l'appui des administrations centrales. V. DIV, FASILD, *Agir contre les discriminations dans les zones urbaines sensibles. L'apport des plans territoriaux de prévention et de lutte contre la discrimination sur le marché du travail 2001-2006*, juillet 2006.

<sup>5</sup> Décret n° 2005-1621 du 22 décembre 2005 : ce préfet est chargé d'assister le préfet de département pour toutes les missions relatives à la cohésion sociale, l'égalité des chances et la lutte contre les discriminations. Le décret n° 2005-1646 du 27 décembre 2005 fixait la liste des premiers départements concernés (Bouches-du-Rhône, Essonne, Nord, Rhône, Seine-Saint-Denis, Val-d'Oise).

<sup>6</sup> Dès le 20 septembre 2004, les CODAC, rebaptisées Commissions pour la promotion de l'égalité des chances et la citoyenneté (COPEC), voient leurs compétences élargies à toute forme de discrimination et leurs mission redéfinies (Circulaire du 20 septembre 2004 du ministre de l'Intérieur, du ministre de l'Emploi et du Garde des Sceaux adressée aux préfets et procureurs généraux et relative aux missions nouvelles des CODAC, COPEC, NOR/INT/K/04/00117/C).

<sup>7</sup> CALVES G., « Sanctionner ou réguler... », *op. cit.*, p. 39.

<sup>8</sup> OST F., « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », in *Les administrations qui changent*, G. Timsit, A. Claisse, N. Belloubet-Frier, PUF, 1996, p. 77.

<sup>9</sup> CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », *op. cit.*, p. 841.

de politiques proactives pour des services de l'Etat qui agissent « en ordre dispersé »<sup>1</sup> ou tout du moins, s'inscrire dans un mouvement d'unification et de simplification du complexe paysage administratif des acteurs de la non-discrimination<sup>2</sup>. Pour autant, comme le rappelle la circulaire du 7 avril 2006, la HALDE « *n'a pas vocation à définir la politique de l'Etat en la matière mais elle participe à sa mise en œuvre dans la limite de ses attributions* »<sup>3</sup>. De plus, si la HALDE pouvait constituer un « stimulant pour l'ensemble de l'appareil d'Etat »<sup>4</sup>, le risque était aussi grand que la création de l'AAI ne vienne « consacrer une certaine impuissance de l'administration » et « se substituer à celle-ci »<sup>5</sup>. En tout état de cause, si la HALDE - et aujourd'hui le Défenseur des droits - peut permettre un meilleur dialogue, une plus grande collaboration entre les acteurs et les niveaux d'action, sa structure légère et son budget modeste ne lui permettent pas de construire, conduire, coordonner ou financer les politiques publiques antidiscriminatoires. Au mieux, elle tente d'incarner une sorte de centre ressources en centralisant et en encourageant les meilleures pratiques des entreprises, des administrations ou des collectivités locales. Elle favorise aussi l'universalisation des instruments de lutte contre les différentes formes de discriminations (même si celle-ci connaît des limites inhérentes à la disparité des différents critères)<sup>6</sup> : comme il s'agit d'assurer une prise de décision indifférente aux différences, la plupart des instruments se révèlent efficaces pour l'ensemble des critères et notamment pour les discriminations dites cumulatives.

La promotion de l'égalité de traitement sans distinction d'origine ne peut se passer d'une fine connaissance des discriminations « raciales ». La double mission dont sont investis les organismes étrangers de référence en charge des discriminations illustre cette complémentarité : promotion de l'égalité par le biais d'actions de communication, de formation, de procédures de mise en conformité et par l'élaboration de codes de bonnes

---

<sup>1</sup> Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, au nom de la Commission de lois, A.N., n° 1827, p. 11.

<sup>2</sup> GRAËFFLY R., « Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations », *AJDA*, 2005, pp. 936.

<sup>3</sup> Circulaire du 7 avril 2006 relative à la coopération entre les représentants de l'État dans le département du ministre de l'Intérieur et du ministre de l'Emploi et la HALDE, NOR : INTA0600042C, *B.O. du ministère de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire*, n° 2006-4, 5 décembre 2006, pp. 37-39.

<sup>4</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 2000*, *op. cit.*, p. 385.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 325.

<sup>6</sup> Pour G. Calvès, l'objectif même d'unification repose sur un diagnostic fallacieux : il ne saurait y avoir d'instruments et de socle communs à une politique qui viserait à la fois à promouvoir la carrière des seniors, l'aménagement du principe de laïcité, le recrutement par les entreprises de cadres étrangers, l'accès aux services publics de personnes en fauteuil roulant... qui constituent autant de sujets de délibérations de la HALDE (*in* « Sanctionner ou réguler... », *op. cit.*, p. 38).

pratiques <sup>1</sup> et d'autre part par une mission d'observation, d'étude et de recherche d'autre part. Selon le projet de loi portant création de la Haute autorité française, l'une des missions centrales de la HALDE est de promouvoir l'égalité en soutenant les initiatives visant à élaborer et adopter des engagements formalisés de promotion de l'égalité. Elle a aussi le pouvoir de reconnaître les bonnes pratiques professionnelles selon « une procédure de certification susceptible d'élaborer des normes égalitaires »<sup>2</sup>. Elle devra en outre « afin d'alimenter la connaissance des comportements discriminatoires, d'améliorer la compréhension des mécanismes à l'œuvre comme du poids des représentations, mais aussi pour répondre aux questions soulevées dans le cadre de sa mission de traitement des réclamations »<sup>3</sup>, conduire et coordonner des travaux d'études et de recherches. Pour autant, l'AAI n'est qu'un des acteurs impliqués dans l'enjeu que constitue la connaissance des discriminations « raciales ».

Le déploiement du droit antidiscriminatoire implique donc de véritables politiques publiques de promotion de l'égalité de traitement pour prévenir les discriminations « raciales » et corriger les processus de sélection. Ces instruments sont bien souvent communs aux différents critères discriminatoires du fait notamment de l'interdit constitutionnel qui pèse sur le critère de la « race ». Néanmoins, la priorité exclusive accordée à un droit simplement incitateur, favorisée par la diffusion du paradigme de la diversité, peut venir minimiser les obligations induites par le droit à la non-discrimination « raciale » (chapitre 1). La mesure des discriminations constitue un autre enjeu majeur des politiques de promotion de l'égalité. Elle doit permettre de mieux comprendre le phénomène, de diagnostiquer les situations discriminatoires et d'évaluer les éventuelles politiques antidiscriminatoires mises en place. Pour autant, cette question a trop concentré l'attention des pouvoirs publics et des acteurs alors que le cadre juridique existant permet la multiplication des recherches et l'évaluation des actions menées (chapitre 2).

---

<sup>1</sup> Cette mission proactive a pris une place croissante dans l'activité de ces organismes par rapport à l'approche contentieuse, du moins pour les plus anciens d'entre eux. In STASI B., *Vers la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : rapport au premier ministre*, op. cit., p. 56.

<sup>2</sup> Rapport relatif au projet de loi portant création de la HALDE de M. Pascal Clément, au nom de la Commission des lois, A.N., n° 1827, op. cit., p. 32.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 6.

## Chapitre I

### La prévention des discriminations « raciales »

Le droit à la non-discrimination « raciale » bénéficie d'une protection maximale à travers le code pénal, le code du travail ou encore le droit communautaire et la Constitution. L'indifférence de traitement doit être garantie. L'objectivation de la notion de discrimination, à travers l'interdiction des discriminations directes même inconscientes et des discriminations indirectes, et le souci d'effectivité du principe de non-discrimination impliquent une intervention « positive », un volontarisme et non plus seulement une abstention de discriminer pour les organisations comme pour l'État. En effet, le marché qui régit la sphère marchande laisse la porte ouverte aux discriminations. Pire, la recherche du profit « y pousse inéluctablement »<sup>1</sup>.

La discrimination statistique qui « consiste à rejeter un individu en raison de défauts qu'on lui prête parce que les membres de son groupe d'appartenance sont supposés - à tort ou à raison - avoir souvent ces défauts »<sup>2</sup>, résulte ainsi des contraintes du marché même. Dans le cadre d'une information imparfaite dans lequel se situe le décideur, l'activation du critère discriminatoire constitue une « décision peu coûteuse » dans la mesure où l'information sur l'origine des candidats est facile à obtenir alors que « l'observation de la productivité avérée est a contrario coûteuse »<sup>3</sup>. La discrimination n'est donc plus l'expression des goûts ou de croyances erronées sanctionnées à long terme par le libre jeu du marché mais la conséquence de représentations déployées face à l'incertitude et au risque. Elle n'est plus un jugement irrationnel qui éloigne son auteur d'une meilleure productivité mais « devient un pré-jugement répandu, aisé à mobiliser, pour sélectionner, à bref délai, un candidat parmi d'autres »<sup>4</sup>. De plus, la discrimination a longtemps été imbriquée dans la rationalité économique en raison des bénéfices tirés d'une gestion segmentée de la main d'œuvre qui permet de confiner les travailleurs issus de l'immigration dans des emplois mal rémunérés et

---

<sup>1</sup> LOCHAK D., « Loi du marché et discrimination », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, op. cit., p. 12.

<sup>2</sup> PARODI M., « De la discrimination statistique à la discrimination positive. Remarques sur l'inférence probabiliste », *Revue de l'OFCE*, n° 112, janvier 2010, p. 64. L'auteur signale que les décisions d'embauche des entreprises se transforment souvent en prophéties auto-réalisatrices : la décote que l'entreprise applique au candidat issu de l'immigration se traduit en cas de recrutement par l'attribution d'un poste moins prometteur et un investissement moindre dans son potentiel. A terme, ce candidat fait une moins bonne carrière, ce qui justifie finalement la décote qu'on lui avait appliquée (*ibid.*, p. 73).

<sup>3</sup> GHIRARDELLO A., « Pour une analyse économique positive de la discrimination », *Economies et Sociétés*, série « Socio-économie du travail », AB, n° 24, novembre 2004, p. 1886.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 1892-1893.

difficiles<sup>1</sup>. Ainsi, la discrimination ne vient pas heurter le principe de libre concurrence et le droit à la non-discrimination constitue alors un droit de l'homme qui vient limiter l'ordre concurrentiel<sup>2</sup>.

Quant aux organisations qui occupent des positions intermédiaires entre l'offre et la demande (Pôle emploi, missions locales, agences d'intérim, agences immobilières...), « la finalité ultime sinon unique [de l'accès à l'emploi], vient effacer le paradigme juridique de l'égalité »<sup>3</sup>. Or, les intermédiaires sont tentés d'anticiper le refus de l'employeur ou du propriétaire en écartant délibérément certaines candidatures. Ces intermédiaires opérant sur des marchés concurrentiels, « plus l'intermédiaire veut être efficace sur le placement de l'emploi, plus il a tendance à exclure les jeunes étrangers ou d'origine étrangère sur des marchés discriminants »<sup>4</sup>. Il s'agit donc d'empêcher que les pratiques discriminatoires « confèrent un avantage comparatif à ceux qui y recourent impunément » par rapport à ceux à qui, au contraire, respectent l'interdit<sup>5</sup>. Dans une société où l'on observe de fortes dissymétries entre l'offre et la demande (ce qui est le cas du marché de l'emploi comme de l'immobilier), la liberté des décideurs est d'autant plus grande et le risque de discrimination statistique accru ; or, on ne peut pas laisser la réalisation du droit à la non-discrimination dépendre des aléas du marché.

Si « la conception rigoureuse du principe d'égalité qui prévaut dans l'administration oblige à respecter des critères de sélection objectifs concrétisés par la règle du concours »<sup>6</sup>, les employeurs publics sont particulièrement tenus de respecter le principe exigeant de non-discrimination au nom de l'exemplarité. De plus, l'ensemble des services publics est tenu de promouvoir dans ses relations aux usagers l'égalité de traitement. Pour exemple, l'école

---

<sup>1</sup> V. PITTI L., « Catégorisations ethniques au travail. Un instrument de gestion différenciée de la main d'œuvre », *Histoires et mesures*, 2005, vol. XX, n° 3/4, pp. 69-101.

<sup>2</sup> RACINE J-B, « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Ed. Frison-Roche, 2003, p. 425.

<sup>3</sup> NOËL O., « Subjectivation des vécus, objectivation juridique des faits », *Informations sociales*, n° 148, juillet-août 2008, p. 131. L'intermédiaire aura un intérêt économique évident à répondre aux demandes discriminatoires de ses clients (qui dans le cas contraire risquent de se tourner vers un autre intermédiaire plus accommodant). Il aura aussi un intérêt économique à traiter davantage les demandes des candidats faciles à placer plutôt que celles émanant de candidats à l'emploi ou au logement exposés aux discriminations (dans la mesure où le traitement des secondes se révélera plus coûteuses pour la même rémunération)

<sup>4</sup> VIPREY M., *L'insertion des jeunes d'origine étrangère*, op. cit., p. 80.

<sup>5</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail*, op. cit., p. 21.

<sup>6</sup> LOCHAK D., « Loi du marché et discrimination », op. cit., p. 16-17.

devrait s'interroger sur ses pratiques dans le cadre de l'orientation des élèves<sup>1</sup>. Il en est de même pour les services de police sérieusement mis en cause<sup>2</sup>.

Bien que la directive 2000/43/CE indique expressément que l'action des Etats « *dans le domaine de la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique doit aller au-delà de l'accès aux activités salariées et non salariées et s'étendre à des domaines tels que l'éducation, la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux, l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services* »<sup>3</sup>, on constate que les pouvoirs publics sont, en matière de promotion de l'égalité de traitement, largement focalisés sur la question de l'emploi<sup>4</sup>. De plus, les mesures et instruments de promotion de l'égalité de traitement ciblent surtout les grandes entreprises. Mais, si les grandes entreprises sont exemplaires, elles favoriseront la diffusion des bonnes pratiques et constitueront autant de relais pédagogiques vis-à-vis des petites et moyennes entreprises (PME) qui travaillent pour elles<sup>5</sup>.

L'effectivité du droit à la non-discrimination « raciale » implique des obligations positives à la charge des organisations. L'intervention des pouvoirs publics est indispensable car le marché est incapable de régler ces problèmes structurels. C'est ainsi que la diffusion du

---

<sup>1</sup> Selon E. Santelli, « pour être orientés dans une filière générale, ces jeunes [d'origine maghrébine] doivent avoir des résultats scolaires exemplaires. A résultats équivalents, les enfants d'un autre milieu social se voient proposer de poursuivre en cycle général ou technologique quand il leur est proposé, à eux, une filière professionnelle » (in « Les trajectoires socioprofessionnelles d'une cohorte de jeunes adultes français d'origine maghrébine », *Migrations Etudes*, n° 121, mars 2004, p. 3). Plus globalement, comme le relève Françoise Lorcerie, les recherches montrent, en dehors des problèmes de ségrégations, une accumulation de discriminations directes et indirectes quotidiennes au sein même des établissements scolaires (in « La non-lutte contre les discriminations dans l'Ecole française », *Hommes et Migrations*, n° 1246, novembre-décembre 2003, p. 6).

<sup>2</sup> WIHTOL DE WENDEN C., « Etude sur la part des discriminations dans les manquements à la déontologie », in Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2004*, Paris, La Documentation française, 2005, p. 503. L'étude relevait notamment que les agents « pratiquant volontiers l'amalgame entre populations « visibles », criminalité et quartiers sensibles, ne perçoivent pas les interpellés comme des citoyens ordinaires, indépendamment de leur appartenance supposée à un groupe ciblé comme groupe à risque ». Les recommandations de la CNDS pour prévenir les discriminations constatées (mener toute enquête à son terme pour mettre fin à un sentiment d'impunité observé notamment à travers le faible nombre d'affaires débouchant sur des sanctions disciplinaires ; assurer une meilleure formation pour faire face aux situations délicates et insister sur le rôle de l'encadrement ; s'assurer pour les contrôles d'identité et palpations que les conditions prévues à l'art. 78-2 3<sup>ème</sup> alinéa CPP, et notamment la réalité de l'atteinte à l'ordre public, sont remplies avant d'entreprendre des contrôles surtout s'ils sont répétitifs ; rappeler les règles d'usage des techniques de combat dans les cas de légitime défense et respecter les circonstances autorisées pour de tels gestes techniques afin de garantir une proportionnalité de l'usage de la force) semblent restées lettre-morte (*ibid.*, pp. 518-520).

<sup>3</sup> Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000, *op. cit.*, préambule point 12.

<sup>4</sup> La négligence dont les pouvoirs publics font preuve vis à vis des discriminations dans les biens et services s'explique notamment en raison des législations européennes et nationales relatives à la discrimination fondée sur le sexe qui ont été axées dès les années 1970 sur l'emploi. V. C. O'CONNOR, « Les biens et les services : description de la situation », *op. cit.*, p. 4.

<sup>5</sup> SCHWEITZER L., « Lutter contre l'indifférence: les premiers pas de la Haute autorité... », *op. cit.*, p. 19.



principe d'égalité de traitement devient une part importante de la lutte contre les discriminations (section 1) même si un nouveau paradigme, celui de la promotion de la diversité, vient quelque peu troubler le champ des politiques antidiscriminatoires (section 2).

## **Section 1- La diffusion du principe de l'égalité de traitement**

Selon le projet de loi portant création de la HALDE, « l'un des enjeux de la lutte contre les discriminations est la remise en cause des pratiques à caractère discriminatoire et la promotion de mesures destinées à les prévenir ou à les corriger par des voies non contentieuses qui emportent l'adhésion et la participation des acteurs de la société civile, du monde économique et des autorités publiques »<sup>1</sup>. Pour contrôler les discriminations indirectes, il s'agira en effet d'entamer une réflexion et un effort de dévoilement pour mettre à jour le caractère implicitement discriminatoire de critères et procédures apparemment neutres et pour saisir les représentations dominantes attachées aux attentes plus ou moins conscientes des décideurs. Cela supposera de mettre en cause et de modifier les procédures et critères de sélection qui prévalaient. Pour endiguer les discriminations directes, il s'agira d'équiper les décideurs en instruments encadrant la procédure afin de garantir leur objectivité. Il existe donc un large éventail de mesures de promotion de l'égalité de traitement (§1). Néanmoins, la portée normative du droit antidiscriminatoire varie considérablement selon la nature des énoncés juridiques qui peuvent se borner à délimiter le champ des activités illicites en laissant les acteurs libres d'orienter leurs conduites ou procéder par voie de prescription contraignante « en prétendant dicter les conduites de manière positive »<sup>2</sup>. En matière de promotion de l'égalité de traitement sans distinction d'origine, les pouvoirs publics ont préféré encourager l'auto-régulation des acteurs dans une logique incitative de partenariat et de dialogue (§2).

### **§1) L'éventail des mesures de promotion de l'égalité de traitement**

La promotion de l'égalité de traitement vise à supprimer les discriminations directes et indirectes au sein des organisations en instaurant des méthodes de recrutement et de promotion plus transparentes et objectives. Le droit est alors un facteur de rationalisation et oblige les décideurs à sortir de l'opacité pour mieux garantir le droit à l'indifférence de

---

<sup>1</sup> Projet de loi portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, A.N., n° 1732, déposé le 15 juillet 2004, p. 6.

<sup>2</sup> CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001, n° 49, p. 832.

traitement. Au-delà des campagnes ponctuelles de communication et d'information à destination du grand public réalisées par la HALDE, le gouvernement et certaines collectivités territoriales, il apparaît primordial de sensibiliser les acteurs au sein des organisations sur les enjeux de la promotion de l'égalité de traitement, la connaissance du cadre législatif et jurisprudentiel et des préjugés qui les animent. Concernant le domaine de l'emploi, la sensibilisation des chefs d'entreprise, des lignes hiérarchiques, des ressources humaines et de leurs représentants constitue le «*préalable à tout changement*»<sup>1</sup>. Les institutions représentatives du personnel sont un autre levier d'action car elles détiennent un droit d'alerte de l'employeur face à d'éventuelles discriminations. Ces actions de sensibilisation doivent aussi s'étendre au domaine des services<sup>2</sup>, du logement privé comme social<sup>3</sup> et de la fonction publique<sup>4</sup>. Néanmoins, selon une étude américaine, elles connaissent un degré d'efficacité moindre que les mesures structurelles intervenant sur les procédures et critères mobilisés par les décideurs qui obligent ces derniers à justifier leurs choix de manière plus transparente et plus objective<sup>5</sup>.

#### A) La transparence et la formalisation des procédures

L'exigence de transparence et de formalisation implique une remise à plat des procédures et des critères de décision et permet une traçabilité du processus sélectif. L'obligation de transparence des règles de compétition rend effectif le principe d'égal accès

---

<sup>1</sup> Accord national interprofessionnel (ANI) relatif à la diversité dans l'entreprise, Paris, 12 octobre 2006, Titre I, art. 2.

<sup>2</sup> Pour un exemple, v. l'obligation de formation sur les droits et obligations attachées à l'exploitation d'un débit de boisson ou d'un établissement pourvu d'une licence de restauration, notamment sur la lutte contre les discriminations (Art. 23 de la loi du 31 mars 2006 insérant un art. L. 3332-1-1 dans le Code de santé publique). Cette formation sera dispensée par des organismes agréés par le ministère de l'Intérieur et mise en place par les syndicats professionnels de l'hôtellerie, de la restauration, des cafés et des discothèques au moment de l'ouverture d'un tel établissement, de sa mutation, translation ou transfert.

<sup>3</sup> V. Engagement de travail entre la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) et l'Union sociale pour l'habitat, 13 mars 2007. Au vu de la banalisation des discriminations au logement renforcée par le contexte de pénurie, la HALDE recommandait en décembre 2007 qu'une vaste campagne de sensibilisation soit menée en direction des services municipaux et préfectoraux, des bailleurs sociaux et des agences immobilières et que les candidats à la location soient systématiquement informés de leurs droits (HALDE, *Conférence de clôture de l'année européenne de l'égalité des chances, 17 propositions*, 17 décembre 2007, proposition n° 8, p. 8).

<sup>4</sup> G. Calvès préconise ainsi pour assurer l'attractivité et la démocratisation de la fonction publique des mesures de sensibilisation au risque de discrimination : formations des jurys, des responsables et enseignants des centres de préparation pour les aider à identifier et combattre les préjugés misogynes et racistes afin qu'ils ne polluent pas les procédures de recrutement ; diffuser la connaissance du droit de la non-discrimination auprès des agents (*in Renouveau démographique de la Fonction publique de l'Etat, op. cit.*, p. 67).

<sup>5</sup> KALEV A., DOBBIN F., KELLY E., « Best practises or Best Guesses ? Assessing the Efficacy of Corporate Affirmative Action and Diversities Policies », *American Sociological Review*, n° 71, 2006, pp. 589-617.

au droit de participer à la compétition<sup>1</sup>. Comme l'indique le Conseil d'Etat, « les situations de rareté appellent particulièrement la transparence dans la mesure où le caractère véritablement égalitaire de la procédure de sélection devient, grâce à elle, vérifiable »<sup>2</sup>. Cette transparence est à la fois une exigence découlant du principe de non-discrimination et une condition de la détection des différences de traitement discriminatoires.

Le juge français l'a rappelé en matière de recrutement : « *la vérification par le juge du caractère objectif des justifications avancées par l'employeur suppose (...) que soient connues avant le recrutement les exigences requises pour le poste considérés, en termes de niveau de formation et d'expérience professionnelle. En l'absence de définition préalable de ces éléments, l'employeur dispose de la faculté de concevoir a posteriori toutes les justifications appropriées si une pratique discriminatoire est alléguée* »<sup>3</sup>. Un raisonnement similaire pourrait être appliqué quand un employeur base son process de recrutement sur des critères ou procédures opaques (par exemple des tests psychotechniques ou entretien d'embauche). Le défaut de transparence jouera aussi contre le mis en cause devant la HALDE<sup>4</sup>. De multiples délibérations de la Haute autorité prescrivent le respect d'une telle obligation de transparence. Pour exemple, dans le cadre d'emplois saisonniers réservés aux enfants du personnel, elle a recommandé la mise en place d'une procédure « *opposable au plus grand nombre (...) ce qui implique une publicité suffisamment large des emplois saisonniers, une réelle transparence des critères d'évaluation des candidats* »<sup>5</sup>. Ces recommandations valent aussi pour le recrutement de contractuels dans le secteur public<sup>6</sup>. Les procédures d'embauche doivent être réformées pour endiguer les pratiques non transparentes

---

<sup>1</sup> HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE*, *op. cit.*, p. 163.

<sup>2</sup> Conseil d'Etat, *Sur le principe d'égalité, Extraits du rapport public 1996*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>3</sup> C.A. Toulouse, 4<sup>ème</sup> ch. sect. 2, 19 février 2010, n° 08/08630, *M. Louzaï c/ Airbus*. L'absence de transparence sur le diplôme exigé implique que le niveau « bac pro » présenté comme un élément objectif pour le refus de recrutement n'est pas fondé. Le juge reprend ici l'analyse de la HALDE (délibération n° 2008-135 du 16 juin 2008).

<sup>4</sup> HALDE, délibération n°2008-135, *op. cit.*

<sup>5</sup> HALDE, délibération n° 2009-355 du 26 octobre 2009. Dans le même sens, voir notamment les délibérations n° 2006-164 du 3 juillet 2006 et n° 2006-178 du 4 septembre 2006

<sup>6</sup> Ainsi dans une délibération concernant la réclamation d'un enseignant vacataire qui s'était vu refuser la poursuite de son engagement à durée déterminée alors qu'une autre personne avait bénéficié d'un contrat de cette nature, la HALDE recommande au recteur de l'académie la définition d'une politique de recrutement des enseignants non-titulaires qui soit « *fondée sur des critères objectifs et transparents* » (délibération n° 2006-190 du 18 septembre 2006). On peut aussi relever notamment pour les discriminations concernant le secteur public le droit d'accès aux documents administratifs via la CADA. Comme le relève la HALDE, cet accès participe de la transparence nécessaire et relève d'une grande importance au regard de l'aménagement de la charge de la preuve. Dans une délibération concernant un concours administratif, la haute autorité recommandait à la préfecture de communiquer au réclamant la copie des appréciations portées par les membres du jury à sa candidature (délibération n° 2006-223 du 23 octobre 2006).

conduisant à défavoriser tout candidat qui ne se rapproche pas du candidat « de référence » : diffusion limitée des offres d'emploi<sup>1</sup>, de formation et de promotion, modes de recrutement privilégiant le réseau et la cooptation<sup>2</sup>, multiplication des entretiens d'embauche sans grille d'évaluation additionnant les filtres personnels, valorisation des qualifications et diplômes au détriment des compétences et des parcours, exigence de qualifications sans lien avec les postes offerts<sup>3</sup>.

L'exigence de transparence et de formalisation vaut aussi dans le domaine des rémunérations qui restent l'un des grands secrets dans les entreprises. Cette nécessité a été rappelée à maintes reprises par la CJUE sur le terrain de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes : un système de rémunération caractérisé par un manque de transparence est suffisant pour faire naître une présomption de discrimination qui impose au recruteur de prouver que sa pratique n'est pas discriminatoire<sup>4</sup>. Les juridictions nationales ne pouvant alors s'attacher à évaluer et comparer l'ensemble des avantages consentis aux travailleurs masculins et féminins, la CJUE conclut qu'une « véritable transparence, permettant un contrôle efficace » est exigée pour donner un effet utile aux dispositions antidiscriminatoires<sup>5</sup>.

Selon la Cour de cassation, l'augmentation salariale est une décision unilatérale qui procède par essence de l'*intuitu personae*. Le droit de l'employeur à évaluer ses salariés est reconnu mais c'est à la condition que les salariés soient informés des techniques de l'employeur pour rémunérer différemment deux salariés de qualification égale<sup>6</sup>. De même, l'employeur peut accorder ou supprimer des avantages particuliers à condition que tous les salariés placés dans une situation identique soient traités de la même manière et que les règles déterminant l'octroi ou la suppression de l'avantage soient préalablement définies et

---

<sup>1</sup> Si l'offre d'emploi n'est publiée que dans une publication lue par des hommes ou par des « Blancs », cela constituera-t-il une discrimination indirecte ? Pour la CRE britannique, l'employeur ne sera pas responsable s'il a fourni des efforts raisonnables pour s'assurer de la représentativité du groupe de postulants. Le Code de conduite sur l'égalité raciale produit par la CRE recommande ainsi aux employeurs d'éviter de confiner leurs offres à des zones ou publications qui excluront ou réduiront de manière importante le nombre de postulants d'un groupe racial spécifique. In CONNOLLY M. *Townsend-Smith on Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, Cavendish Publishing, Second Edition, 2004, p. 320.

<sup>2</sup> La HALDE invite aussi les entreprises à limiter les procédures de « recommandation » par tiers (délibération n° 2006-135 du 22 mai 2006).

<sup>3</sup> FAUROUX R., *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, Paris, ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, 2005, p. 25.

<sup>4</sup> CJCE, *Danfoss*, 17 octobre 1989, Aff. 109/88 ; CJCE, *Enderby*, 27 octobre 1993, Aff. C-127/92 ; CJCE, *Susanna Brunnhofer*, 26 juin 2001, Aff. C-381/99 ; CJCE, *Cadman*, 3 octobre 2006, Aff. C-17/05.

<sup>5</sup> CJCE, 17 mai 1990, *Douglas Harvey Barber c. Guardian royal exchange assurance group*, aff. C-262 / 88, *Rec. I* p. 1889, §4.

<sup>6</sup> Cass. soc. , 26 novembre 2002, n° 00-41633.

contrôlables<sup>1</sup>. La mise en place de la traçabilité de la décision en amont est donc la conséquence de l'exigence de transparence des juges en cas de poursuites judiciaires. La HALDE reprend ces conditions dégagées par la jurisprudence dans l'étude des réclamations pour discriminations dans l'emploi qui lui sont soumises<sup>2</sup>.

La traçabilité permet notamment de comparer, dans la durée, les augmentations, promotions, formations offertes à un groupe spécifique par rapport aux autres salariés placés dans la même situation. Sans remettre en cause l'*intuitu personae* du contrat de travail, l'encadrement des procédures de sélection et l'institution de procédures formalisées vient le limiter et l'imposition d'une telle obligation aura pour effet « d'aligner sous certains aspects, (...), la position de l'employeur privé sur celle de l'État, la composition de sa force de travail résultant dans cette mesure de mécanismes comparables à ceux qui régissent la fonction publique »<sup>3</sup>. Pour autant, si la formalisation constitue une amélioration du processus, elle « n'est également pas sans risque si elle devient excessive »: on risque de produire des systèmes si lourds et si difficiles à utiliser qu'ils seront volontiers contournés par les acteurs<sup>4</sup>.

Enfin, la transparence et la formalisation attendues ne sont pas réservées au seul domaine de l'emploi. Le GELD avait ainsi relevé que les organismes HLM, pour mieux se prémunir contre le risque d'imposition de candidats non voulus, s'efforçaient de conserver une autonomie maximale en cultivant l'opacité du système<sup>5</sup> et indiquait que la « clarté des procédures d'attribution » pouvait constituer « le mode d'intervention le plus efficace contre les discriminations »<sup>6</sup>. Pour introduire une plus grande transparence et plus d'équité dans les procédures d'attribution et permettre de mieux repérer les délais de réponse anormalement longs ou les refus systématiques d'attribution, l'article 55 de la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions du 29 juillet 1998<sup>7</sup> a mis en place un numéro unique d'enregistrement des demandes de logement social<sup>8</sup>. Plus récemment, il a été décidé qu'un

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 11 janvier 2005, n° 03-15258.

<sup>2</sup> HALDE, délibération n° 2006-87 du 9 mai 2006. V. aussi HALDE, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les entreprises à la HALDE ?*, septembre 2006, p. 35-36.

<sup>3</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, *op. cit.*, p. 89-90.

<sup>4</sup> MUSSELIN Ch., PIGEYRE F., « Les effets des mécanismes de recrutement collégial sur la discrimination : le cas des recrutements universitaires », *Sociologie du travail*, vol. 50, n° 1, janvier-mars 2008, p. 65.

<sup>5</sup> GELD, *Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>6</sup> *Ibid*, p. 19.

<sup>7</sup> Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *J.O.* du 31 juillet 1998, p. 11679.

<sup>8</sup> Le rapport d'évaluation sur ce dispositif d'enregistrement remis en juin 2006 reconnaît que le système permet bien de dater irréfutablement la première demande mais il pointe surtout les carences du dispositif pour assurer une vraie transparence et une réelle égalité de traitement des demandeurs. Seul un véritable « système partagé de gestion de la demande » au niveau national rendra effective la transparence nécessaire à l'égalité de

formulaire unique serait utilisé pour les demandes de logement social<sup>1</sup>. De plus, l'art. 441-2-2 du code de la construction et de l'habitation, tel que reformulé en 1998, prévoit que « *tout rejet d'attribution doit être notifié par écrit au demandeur, dans un document exposant le ou les motifs du refus d'attribution* » mais les organismes ne notifient pas officiellement les refus car les dossiers sont le plus souvent écartés avant même le passage en commission soit par les réservataires soit par l'organisme lui-même<sup>2</sup>.

La formalisation du processus de décision présente un double avantage : elle permet le cas échéant la préconstitution de preuve de la discrimination pour la victime et offre un moyen de défense efficace pour le mis en cause<sup>3</sup>. Elle participe à la fois à la transparence requise du dispositif mais aussi à objectiver les critères en impliquant la précision de ces derniers.

#### B) L'objectivation des procédures et des critères de sélection

L'art. L.1221-6 du code du travail précise que « *les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ou au salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses attitudes professionnelles* ». L'exigence de non-discrimination se traduit ainsi par une simple exigence de ne recourir - pour le recrutement, la promotion ou l'accès à la formation professionnelle par exemple - qu'à des critères présentant « *un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles* »<sup>4</sup>, ou encore avec la formation sollicitée

---

traitement. In *Rapport d'évaluation sur le dispositif d'enregistrement départemental unique des demandes de logements sociaux*, M. BONDAZ, H. DE COUSTIN, M. PREVOT, Ministère de l'Intérieur (Inspection générale de l'administration), Ministère des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer (Conseil général des ponts et chaussées), Paris, La Documentation française, juin 2006, 191 p.

<sup>1</sup> Décret n° 2010-431 du 29 avril 2010 relatif à la procédure d'enregistrement des demandes de logement locatif social (*J.O.* du 2 mai 2010). Le modèle du formulaire qui devra être utilisé dans toute la France a été précisé à l'art. R. 441-2-4 du code de la construction et de l'habitation (Arrêté du 14 juin 2010 relatif au formulaire de demande de logement locatif social et aux pièces justificatives fournies pour l'instruction de la demande de logement locatif social, *J.O.* du 7 juillet 2010).

<sup>2</sup> BAIETTO-BESSON S., BOUTIN J., MILOS, *Rapport public 2004 de la Mission interministérielle d'inspection du logement social*, Paris, La documentation française, 2005, p. 44.

<sup>3</sup> Ainsi la chambre sociale de la Cour de cassation relève qu'« *attendu que la cour d'appel, qui a constaté que les promotions internes étaient, en application d'un accord d'entreprise, soumises à une procédure de reconnaissance des compétences par un jury indépendant et que le salarié, qui n'avait pas été admis par le jury en 2000, n'avait ensuite plus fait acte de candidature, a caractérisé l'existence d'éléments objectifs de nature à justifier la différence de classification et de rémunération constatée pour la période antérieure à 2002* » (Cass. soc., 17 octobre 2006, *M. X c/ France Télécom*, n° 05-40393).

<sup>4</sup> Terminologie de la loi française n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, *J.O.* du 1<sup>er</sup> janvier 1993, p. 19.

ou proposée. L'objectivation des processus et critères de sélection répond aussi à l'exigence de justification objective d'une différence de traitement devant le juge.

Le fait de structurer la prise de décision à travers l'objectivation des procédures permet enfin de réduire les discriminations implicites<sup>1</sup>. Il s'agit d'éviter des critères de sélection qui peuvent constituer des discriminations indirectes par nature. Ainsi, suite à la parution d'une offre d'emploi précisant « de langue maternelle flamande ou néerlandaise », la HALDE recommande à l'employeur d'abandonner cette formule « *au profit d'une exigence non équivoque de niveau linguistique (débutant, perfectionné, bilingue...)* »<sup>2</sup>.

L'objectivation de la sélection consiste de manière plus générale à éliminer, ou du moins à limiter, l'utilisation de critères subjectifs dans la gestion des personnes<sup>3</sup>. Il s'agit de faire en sorte que seuls les critères strictement professionnels soient pris en compte afin d'éviter qu'à travers « des qualités invisibles telles que la compétence, la loyauté, ou l'ardeur au travail », l'employeur ne base, consciemment ou non, sa sélection des personnes « sur des repères visibles - race, religion, orientation sexuelle, état marital par exemple »<sup>4</sup> qui peuvent servir de fondement à la discrimination statistique. L'objectivation des critères implique donc d'évaluer les compétences réellement nécessaires à chacun des postes et une remise à plat de l'ensemble du processus de recrutement et de promotion : les critères de sélection, de promotion, d'augmentation qui ne sont pas directement corrélés au poste doivent être éliminés. Cette objectivation doit être intégrée à chaque étape du recrutement mais aussi dans les procédures d'augmentation et de promotion interne. Elle peut impliquer une remise en question relativement subversive du concept de « mérite ».

Les critères de sélection peuvent en effet être redéfinis pour faire en sorte de prendre en compte de nouveaux types de compétences dont les « minoritaires » seraient particulièrement dotés. Dans son arrêt *Badeck*<sup>5</sup>, la CJUE a avalisé des procédures qui venaient neutraliser des critères pénalisant pour les candidates femmes (les périodes de travail à temps partiel ou les périodes non travaillées indiquées dans les CV ne devaient pas être prises en compte) et établir de nouveaux critères pour valoriser les candidatures des femmes en mettant en avant dans l'évaluation de la candidature des spécificités « féminines » comme

---

<sup>1</sup> HAMILTON-KRIEGER L., *Un problème de catégories : stéréotypes et lutte contre les discriminations*, SciencesPo, French-American Foundation, avril 2008, p. 19.

<sup>2</sup> Délibération n° 2006-238 du 6 novembre 2006.

<sup>3</sup> Pour exemple, un employeur s'appuyait, pour justifier l'inégalité de traitement, sur un critère que la Cour d'appel et la Cour de cassation ont considéré comme subjectif et par conséquent non susceptible de constituer une justification, à savoir "*la médiocre qualité du travail accompli par l'intéressé*" (Cass. soc., 26 novembre 2002, *Peintamelec*, n° 00-41633).

<sup>4</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, op. cit., p. 29-30.

<sup>5</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, Aff. C-158/97, point 31.

l'implication familiale ou le bénévolat associatif. Si l'on peut qualifier ces démarches d'action positive en faveur des femmes<sup>1</sup>, on peut aussi estimer qu'il ne s'agit d'une réelle mesure préférentielle mais d'une opération d'objectivation des critères de sélection dans la mesure où les activités valorisées apportent véritablement des compétences, des expériences pertinentes pour l'entreprise (expériences justement non prises en compte jusque là ou, pire, disqualifiantes). Néanmoins, on voit mal comment une telle solution pourrait venir s'appliquer pour le critère de l'origine<sup>2</sup> : les personnes issues de l'immigration postcoloniale ou supposées telles ne semblent pas partager, comme les femmes, de qualités et d'activités spécifiques communes.

On retrouve les mêmes exigences d'objectivation des critères de sélection dans le domaine du logement. L'Art. 22-2 de la loi du 6 juillet 1989 modifiée tendant à améliorer les rapports locatifs<sup>3</sup> énumère les documents insusceptibles d'être demandés par les bailleurs en préalable à l'établissement du contrat de location (photographie d'identité, carte d'assuré social...)<sup>4</sup>. Cependant, dans une délibération de février 2006, la HALDE recommande l'adoption d'une législation plus précise sur les règles s'imposant aux bailleurs dans la constitution des dossiers des candidats locataires<sup>5</sup>. Elle précise aussi qu'une offre de location immobilière ne peut être subordonnée à la condition d'être fonctionnaire titulaire car c'est un critère qui exclut les non-nationaux ou non-ressortissants de l'Union européenne et qui constitue un moyen disproportionné pour s'assurer de la solvabilité du futur locataire (discrimination indirecte)<sup>6</sup>. Afin d'améliorer les processus de gestion de la demande et des attributions de logements sociaux, des recommandations communes à la HALDE et à l'Union sociale pour l'Habitat ont aussi été récemment publiées<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> V. *Infra.*, pp. 562-565.

<sup>2</sup> Les propositions en ce sens paraissent fantaisistes voire douteuses. Ainsi, A. Begag dans son rapport sur la diversité dans la police préconise de « valoriser, par les coefficients d'évaluation, les qualités relationnelles et de communication des candidats potentiels » et de faire figurer dans l'épreuve de QCM des questions relatives « au champ de connaissance des jeunes des quartiers (histoire des banlieues, littérature des banlieues, psychologie des banlieues, cinéma, mondes musulmans) ». In *La République à ciel ouvert*, Rapport pour le ministre de l'Intérieur, de la sécurité et des libertés locales, Paris, La Documentation française, 2004, p. 44).

<sup>3</sup> Cette disposition a été introduite par la loi du 17 janvier 2002 qui a transposé les dispositions résultant de la directive n° 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.

<sup>4</sup> Cette interdiction se heurte à des considérations pratiques pour les bailleurs de logements sociaux car l'art. R. 441-1 du CCH réserve l'attribution d'un logement social au demandeur qui a la nationalité française ou un titre de séjour régulier : cette vérification impose de vérifier l'identité du demandeur sur la base de documents qui contiennent une photographie d'identité.

<sup>5</sup> Délibération n° 2006-21 du 27 février 2006.

<sup>6</sup> Délibération n° 2006-182 du 18 septembre 2006.

<sup>7</sup> HALDE/Union sociale pour l'habitat, *Elaborer des procédures de gestion de la demande et des attributions des logements sociaux*, Cahiers d'actualités Habitat, n°134, août 2010, 130 p.



Les procédures peuvent être elles aussi améliorées pour favoriser une objectivation de la décision. Pour éviter l'incrimination de discrimination indirecte, on évitera des épreuves de sélection, des tests d'aptitude ou d'intelligence contenant de forts biais culturels ou d'effectuer des recrutements de proche en proche<sup>1</sup> ou encore au sein d'une aire géographique donnée. Pour limiter la discrimination directe, on peut aussi agir sur la figure du sélectionneur. Au-delà des actions de sensibilisations et de formation, la neutralisation des biais discriminatoires individuels passe par un élargissement du nombre de personnes impliquées dans la sélection. Ainsi, la loi de programmation pour la cohésion sociale du 17 janvier 2005 a élargi la composition des commissions d'attribution de logement qui comprennent désormais un représentant avec voix consultative désigné par des associations d'insertion agréées par le préfet. En outre, l'attribution nominative du logement et la prise de décision collégiale par la Commission pourrait éviter les situations de favoritisme si l'attribution n'était pas en réalité réalisée en amont. De même, la HALDE relève que l'entretien ou le test d'embauche devrait être effectué, même si cela réclame la mobilisation de moyens supplémentaires, par un jury collégial de recruteurs formés et dotés d'une grille d'entretiens ou de tests afin de limiter la subjectivité<sup>2</sup>.

À l'instar des auditions réalisées derrière des paravents qui ont permis une augmentation sensible du recrutement des musiciennes dans les grands orchestres symphoniques américains largement dominés par les hommes<sup>3</sup>, on peut aussi tenter d'objectiver la candidature elle-même en dépersonnalisant la procédure de recrutement. L'une des voies possibles de cette dépersonnalisation est incarnée en matière d'embauche par le CV anonyme qui rend invisible toutes données potentiellement discriminantes<sup>4</sup>. S'il ne peut rien

---

<sup>1</sup> Au premier rang des procédures de recrutement figure l'embauche de candidats « parrainés » qui va entraîner une diminution des coûts liés au tri des candidatures et aux erreurs dans les décisions d'embauche. Ce recrutement par réseau va favoriser une « reproduction à l'identique de la force de travail » (in GHIRARDELLO A., « Pour une analyse économique positive de la discrimination », *op. cit.*, p. 1894).

<sup>2</sup> HALDE, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les entreprises à la HALDE ?*, septembre 2006, p. 33.

<sup>3</sup> GOLDIN C., ROUSE C., « Orchestrating Impartiality: The Effect of 'Blind' Auditions on Female Musicians », *American Economic Review*, 90/4, 2000, pp. 715-741.

<sup>4</sup> Dans ses recommandations pour mesurer la diversité des origines du 9 juillet 2005, la CNIL recommande que la procédure d'anonymisation « soit conduite par une entité particulière, qui ne se confond pas avec le service chargé de convoquer les candidats pour un entretien d'embauche. Seule cette entité devrait disposer de la table de correspondance entre l'identifiant porté sur le CV anonymisé et le nom du candidat » (point 2.3).

contre la discrimination reposant sur un goût<sup>1</sup>, il peut constituer un bon outil contre la discrimination reposant sur la croyance consciente ou non qui produit le phénomène de discrimination statistique (quand les employeurs estiment par exemple que les travailleurs issus de l'immigration ou supposés tels ont en moyenne une productivité inférieure). Certains estiment que le CV anonyme implique une « dissimulation »<sup>2</sup> mal venue mais cet instrument, préconisé par de nombreux acteurs<sup>3</sup> a fait ses preuves dans de multiples entreprises<sup>4</sup>. Le CV anonyme permet au candidat, qui aurait été écarté plus tôt de la sélection, de participer à un entretien au cours duquel il peut désamorcer les stéréotypes de son interlocuteur, les représentations liées au poste à pourvoir.

Dans le cadre d'une stratégie similaire appliquée au domaine du logement social, il est proposé de supprimer tous les éléments d'identification des candidats susceptibles de renseigner sur leur origine. La mise en place du numéro unique d'enregistrement « offre l'opportunité d'une telle anonymisation, en substituant le numéro d'enregistrement au nom du demandeur et en conservant les données nominatives dans un répertoire centralisé à l'accès réservé »<sup>5</sup>. Mais, comme le souligne le GELD, cette stratégie d'invisibilisation « contredit des objectifs éventuels d'action préférentielle »<sup>6</sup> et la généralisation du CV anonyme rendrait inopérant tout testing. Il faut aussi relever l'existence d'une autre méthode de dépersonnalisation du recrutement utilisée pour certains recrutements massifs de personnel : la méthode dite des habiletés ou « méthode de recrutement par simulation »<sup>7</sup>, créée par l'ANPE, consiste à mettre les candidats à l'embauche en situation de travail pour tester leurs aptitudes professionnelles. Préconisée par la HALDE et mise en œuvre dans plusieurs grandes entreprises<sup>8</sup>, cette technique présente l'avantage de la transparence et permet de contourner le système classique des pré-requis de diplômes et d'expériences. Elle participe ainsi à redéfinir les notions de « mérite », de « compétence » ou de « qualification ».

---

<sup>1</sup> TC Versailles, 8 mars 2010, *M. Njila*. En l'espèce, le candidat avait été convoqué à l'entretien d'embauche après que son CV eut été rendu anonyme par la société d'intérim. Il s'est finalement vu refuser le poste après que des propos discriminatoires ont été tenus lors de l'entretien.

<sup>2</sup> FAVENNEC-HERY F., « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *Droit social*, janvier 2007, p. 6.

<sup>3</sup> BEBEAR C., *Des entreprises aux couleurs de la France. Minorités visibles : relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration dans l'entreprise*, Rapport pour le Premier ministre, La Documentation française, 2005, p. 21 (proposition n°2) ; FAUROUX R., *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, *op. cit.*, p. 28 ; HALDE, *Rapport annuel 2005*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>4</sup> HALDE, *Rapport annuel 2006*, *op. cit.*, p. 15 . V. aussi « L'éternel retour du CV anonyme », *Le Monde, suppl. Economie*, 24 mars 2009.

<sup>5</sup> GELD, *Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>7</sup> DELOITTE Secteur public, *La promotion de la diversité dans les entreprises. Les meilleures expériences en France et à l'étranger*, Rapport commandé par le Centre d'analyse stratégique, juin 2010, p. 84

<sup>8</sup> HALDE, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les entreprises à la HALDE ?*, septembre 2006, p. 33.

Cette volonté d'objectivation se retrouve dans la boîte à outils proposée par la HALDE aux entreprises à l'instar des codes de bonnes conduites produits par ses homologues étrangers<sup>1</sup>. Pour autant, l'objectivation ne permettra pas d'anéantir toute forme de discrimination notamment inconsciente. Même si elle encadre la décision, elle ne peut empêcher que l'appréciation des compétences demandées fluctue selon les préjugés « raciaux » notamment pour les emplois faiblement qualifiés du tertiaire pour lesquels aucun diplôme spécifique n'est exigé, l'évaluation du postulant se faisant alors surtout sur la personnalité, sur les traits de caractère dont l'appréciation est très subjective et difficilement encadrable. De plus, l'objectivation processuelle met l'accent sur la planification des compétences plutôt que sur la négociation des compétences : on s'attachera aux compétences objectivement vérifiables par le biais de diplômes, d'expériences professionnelles passées plutôt qu'aux compétences et à la motivation subjectives qui peuvent apparaître aux détours de l'entretien avec le candidat. Cela peut avoir des effets pervers : les personnes qui n'ont pas les compétences requises auront plus de difficulté à faire prévaloir leur profil atypique.

Si l'employeur privé est libre des procédures utilisées dès lors qu'elles ne sont pas discriminatoires, l'employeur public tôt mis en place des procédures pour respecter le principe d'égalité dans l'accès à la fonction publique. L'objectivité de la sélection est concrétisée par la règle du concours. L'attribution des emplois publics par un jury impartial et indépendant à l'issue d'épreuves permettant d'apprécier les compétences tend à assurer une meilleure égalité de traitement. Pour autant, la règle du concours anonyme ne suffit pas à garantir l'absence de biais discriminatoires<sup>2</sup>. En effet, « l'assimilation de ce 'bloc culturel

---

<sup>1</sup> Le Code de bonne conduite dans l'emploi de la CRE britannique recommande que les employeurs implante une politique d'égalité « raciale » mise en œuvre via la formation de tous les employés et le monitoring (statistiques) de l'ensemble des processus de sélection qui devront être modifiés si nécessaires. Le Code détaille les procédures de sélection, d'évaluation, de formation, de promotion et de règlements des conflits qui constituent des bonnes pratiques en conformité avec le RRA. Pour l'embauche et la promotion, il est recommandé que la description des qualités et des qualifications requises pour l'emploi évitent tout critère subjectif qui permette aux préjugés de s'immiscer dans la sélection. A ce titre, il est conseillé que les recruteurs soient formés en ce sens. Ainsi, l'évaluation des performances doit être basée sur l'exécution réelle de tâches spécifiques via des rapports d'évaluation annuels qui se réfèrent aux tâches accomplies. Pour éviter la discrimination indirecte dans la sélection des salariés pour l'accès aux formations, le code recommande une révision périodique des critères utilisés et une publicité aussi large que possible au sein de l'entreprise sur ces opportunités (*in* SUK J. C-H, « Antidiscrimination Law in the Administrative State », *op. cit.*, p. 450-451).

<sup>2</sup> Selon Dominique Versini, « les épreuves écrites plutôt académiques favorisent les candidats les plus diplômés qui ont été surentraînés à ce genre de sélection et les candidats issus des catégories socioprofessionnelles les plus favorisées qui bénéficient d'un environnement social et culturel favorable. Il en va de même aux épreuves orales » (*in Rapport sur la diversité dans la fonction publique, op. cit.*, p. 45). Elle recommande ainsi d'adapter le contenu des concours pour introduire des épreuves permettant de valoriser des expériences professionnelles ou associatives (*Ibid.*, p. 104). Dans le même sens, le Président Chirac avait demandé en novembre 2005 au ministre

commun' requis par les concours nécessite un apprentissage spécifique pour de nombreux descendants d'immigrés, alors qu'il représente une ressource incorporée » pour les autres. Les études montrent aussi qu'ils accèdent moins facilement à l'information sur les carrières dans la fonction publique et les modalités pour y entrer<sup>1</sup>. Ainsi, la HALDE demandait qu'une réflexion soit engagée sur les contenus des épreuves écrites et orales des concours administratifs et sur la composition des jurys. Elle proposait que les épreuves de culture générale « ne soient maintenues que lorsqu'elles ont un rapport direct avec les emplois à pourvoir »<sup>2</sup>. Dans le même sens, A. Begag, dans son rapport sur la diversité dans la police, analysait les épreuves du concours de police qui comprend des tests psychologiques qui, selon une étude de 2001, éliminent près d'un quart des candidats dont 40% de ceux d'origine maghrébine. Il pointe la nécessité de « regarder de plus près la formulation de ces tests pour tenter de réduire l'ampleur de cette première vague de rejet des candidatures »<sup>3</sup>. Enfin, à l'instar des entretiens d'embauche, les épreuves orales constituent elles aussi autant de situations où la discrimination peut jouer<sup>4</sup>. Depuis quelques temps, une révision du contenu des concours de la fonction publique est ainsi envisagée<sup>5</sup>.

L'enjeu de l'objectivation du mérite et des compétences ne concerne pas seulement les modalités d'embauche, d'accès à la formation ou de promotion. Les politiques salariales ainsi que tous les avantages accordés doivent aussi être interrogées notamment dans les situations de ségrégation professionnelles qui résultent à la fois de discriminations dans l'entreprise mais aussi de discriminations de nature plus systémique. Ainsi, la jurisprudence *Enderby* de la CJUE qui pointait un risque de discrimination indirecte dans les différences significatives de rémunérations perçues par les médecins et les orthophonistes anglais au sein du *National Health Service* (les premiers étant majoritairement des hommes, les seconds presque

---

de la Fonction publique de « réexaminer l'ensemble des programmes des concours administratifs de façon à tenir compte de ceux qui ont des parcours qui ne sont pas strictement académiques » (« Jacques Chirac presse les partenaires sociaux de négocier contre la discrimination à l'embauche », *Le Monde*, 22 novembre 2005).

<sup>1</sup> MEURS D, PAILHE A., SIMON P., « Mobilité intergénérationnelle et persistance des inégalités. L'accès à l'emploi des immigrés et de leurs descendants en France », INED, *Documents de travail*, n° 130, 2005, p. 19.

<sup>2</sup> HALDE, *Conférence de clôture de l'année européenne de l'égalité des chances, 17 propositions*, 17 décembre 2007, proposition n° 6, p. 7.

<sup>3</sup> BEGAG A., *La République à ciel ouvert*, op. cit., p. 42. V. aussi DUPREZ D., PINET M., « la tradition, un frein à l'intégration. Le cas de la police française », *Cahiers de la sécurité intérieure*, n°45, « le temps des minorités », 2002, pp. 111-138.

<sup>4</sup> Cf. C.E., 10 avril 2009, *M. El Haddioui*, n° 311888. Voir la délibération n° 2008-164 de la HALDE relative à la procédure d'entretien des jurys de concours de la police nationale dans laquelle elle demande au ministre d'engager une réflexion sur les propositions de réforme formulées (notamment la possibilité d'enregistrer les épreuves d'entretien).

<sup>5</sup> DESFORGES C., de CHALVRON J-G, *Rapport de la mission préparatoire au réexamen général du contenu des concours d'accès à la fonction publique*, ministère du Budget, des comptes publics et de la fonction publique et secrétariat d'Etat à la Fonction publique, janvier 2008, 49 p.

exclusivement des femmes) invite à questionner l'objectivité des grilles salariales pour des fonctions de même valeur<sup>1</sup>. La jurisprudence anglaise a ainsi estimé que certaines différences de rémunération constituaient des discriminations fondées sur le sexe et ouvraient droit à des demandes d'indemnités équivalentes à de nombreuses années de rappel de salaire. De telles condamnations<sup>2</sup> ont provoqué la révision des grilles de salaire au sein des collectivités. Si le phénomène de « ségrégation professionnelle » touchant les femmes est connu, les exigences communautaires pourraient aussi concerner la discrimination « raciale » car des processus d'ethnisation des tâches existent au sein des organisations<sup>3</sup>. À cet égard, un arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2009 pourrait être intéressant : la Cour de cassation a remis en cause un accord d'entreprise prévoyant un traitement différent en matière de congé pour les cadres et non-cadres au motif que « *la seule différence de traitement de catégorie professionnelle ne saurait justifier une différence de traitement* » (nécessité de justifier ces différences par des raisons objectives et pertinentes soumises au contrôle du juge)<sup>4</sup>.

La mise en place de critères et de procédures transparents et objectifs, qui visent à limiter la mise en œuvre des préjugés et à corriger des pratiques discriminatoires qui perpétuent des inégalités et des injustices passées ou intervenues en amont, entraîne pour les organisations un coût supplémentaire. Ce coût peut être justifié si la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité sont considérées comme des objectifs publics importants<sup>5</sup>. Néanmoins, les obligations éventuelles pesant sur les agents économiques reste largement déterminée par l'attitude des pouvoirs publics selon qu'ils privilégient la voie de l'incitation ou celle de la contrainte.

---

<sup>1</sup> CJCE, 27 octobre 1993, aff-C-127/92, Rec I. 5535.

<sup>2</sup> La Chambre des Lords a ainsi fait droit au recours d'assistantes maternelles chargées de servir les repas dans le comté de Saint Helen en Angleterre. Chacune a reçu une indemnité de 560.000 livres. Cité in « Le droit français de la lutte contre les discriminations à la lumière du droit comparé », WOEHLING J-M, *Informations sociales*, n°148, juil-août 2008, p. 71. Voir à cet égard, l'arrêt de la Chambre des Lords *Redcar and Cleveland Borough Council v Bainbridge and ors* (2007 IRLR 494 (Brief 828)). Il est à noter que dans un autre arrêt de 2007 relatif au secteur privé, la Chambre des Lords a adopté une solution différente qui semble peu compatible avec le droit communautaire : il suffirait à l'employeur de prouver que sa décision a été prise indépendamment de toute considération de sexe pour échapper à toute condamnation.

<sup>3</sup> Philippe Bataille relève ainsi que « la différence culturelle assigne des postes et des fonctions, comme une hiérarchisation ethnique qui, bien que ne se nommant pas en tant que telle, n'en fonctionne pas moins de manière très efficace ». In « Discriminations raciales, un problème de société », *La Revue de la CFDT*, mai-juin 2003, p. 9.

<sup>4</sup> Cass. Soc., 1<sup>er</sup> juillet 2009, n°07-42675.

<sup>5</sup> FORD R. T., *The Race Card. How Bluffing About Bias Makes Race Relations Worse*, NY, Farrar, Straus and Giroux, 2008, p. 223.

## §2) Le choix de l'incitation

Si le changement de mentalités et des comportements dépend de la mobilisation de l'ensemble des acteurs du champ économique et social, les autorités publiques conservent une responsabilité particulière pour diffuser le principe d'égalité de traitement et mobiliser les acteurs. De ce point de vue, la lutte contre les discriminations s'inscrit dans un mouvement global de modification du registre d'action de l'Etat : dans une logique d'efficacité revendiquée, il mise sur la négociation, le partenariat avec les destinataires (« droit réflexif ») et il évite d'utiliser le registre de la contrainte (« droit incitateur »)<sup>1</sup>. On sort ainsi des modalités d'intervention classiques « du permis, de l'interdit et de l'obligatoire »<sup>2</sup> en recourant à une panoplie d'instruments souples d'intervention (budget, recommandations, incitation financière, circulaires administratives, concertations et contractualisation). Ces méthodes relèvent d'une régulation souple qui signifie que « l'impact du droit sur le reste de la société tient davantage de l'influence que de la détermination et qu'il n'exclut pas un certain 'jeu' »<sup>3</sup>. Pour la lutte contre les discriminations « raciales », cette démarche est engagée depuis le gouvernement Jospin mais l'alternance de 2002 a vivement accéléré cette évolution<sup>4</sup>. Force est de constater la profusion des instruments de *soft law* (A). L'action de la HALDE s'inscrit elle aussi dans cette même logique de concertation et d'incitation (B) et les normes contraignantes prescrivant des obligations positives sont inexistantes (C).

### A) La multiplication des instruments de *soft law*

En matière de respect des droits de l'homme par les entreprises, les codes d'éthique gagnent du terrain au détriment des réglementations classiques<sup>5</sup>. Dans le domaine de la lutte contre les discriminations, cette tendance évidente est encouragée par les pouvoirs publics<sup>6</sup>. Le droit autrefois fondé sur l'unilatéralité et la systémativité se transforme ainsi en « un droit

---

<sup>1</sup> CHEVALLIER J., *L'Etat post-moderne*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>2</sup> OST F., « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », *op. cit.*, p. 80.

<sup>3</sup> JEAMMAUD A., « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », *op. cit.*, p. 55.

<sup>4</sup> CALVES G., « Répression des discriminations : l'adieu aux armes », *op. cit.*, p. 37.

<sup>5</sup> FLAUSS J-F., « Le droit international des droits de l'homme face à la globalisation économique », *Petites Affiches*, 24 mai 2002, p. 6.

<sup>6</sup> On peut ainsi lire dans un document du ministère de la Ville qu'il faut une meilleure mobilisation des outils juridiques mais qu'« on cherchera à éviter les risques de dérives en termes de judiciarisation des conflits pour préférer la mobilisation collective, le débat démocratique et la médiation », ce qui semble entrer en contradiction avec les circulaires du ministre de la justice (*in* « Chartes locales de lutte contre les discriminations », document du Ministère de la ville, mars 2002 ).

négocié »<sup>1</sup>, « un droit « mou », « doux » qui implique le consentement des assujettis et devient un « droit flou » qui, formulé en termes vagues tels que la « charte » ou « la convention », perd de sa précision<sup>2</sup>. Il faut néanmoins distinguer les codes proposés ou négociés avec les pouvoirs publics des engagements unilatéraux des entreprises qui définissent elles-mêmes leurs éventuels objectifs et moyens. Dans le premier cas, les programmes volontaires élaborés par les pouvoirs publics sont censés inviter à aller au-delà de la réglementation existante en facilitant la transition éventuelle vers une nouvelle réglementation plus exigeante. Dans le second cas, la plupart des codes déontologiques ne prévoient ni sanction ni surveillance extérieure<sup>3</sup>. Ces chartes éthiques, qui relèvent du pouvoir de gestion et d'organisation de l'entreprise, n'ont aucune portée juridique propre et se tiennent le plus souvent « à l'abri et en marge du droit peut-être pour prévenir l'intervention de l'État ou se procurer un 'avantage commercial' en termes d'images auprès de leurs clients et du public en général »<sup>4</sup>.

Si les autorités ont rapidement proposé des chartes et des conventions relatives à la lutte contre les discriminations qui constituaient des rappels à la loi plus que des engagements concrets<sup>5</sup>, elles ont surtout fait le choix d'apporter leur caution et de consacrer les chartes élaborées par le secteur privé notamment à la suite des difficultés judiciaires rencontrées par les entreprises<sup>6</sup>. Le périmètre et le contenu de ces chartes et conventions sont néanmoins variables : certaines chartes sont locales<sup>7</sup> tandis que d'autres concernent un secteur d'activité<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> CHEVALLIER J., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, n° 3, p. 675.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 678.

<sup>3</sup> FARJAT G., « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, Réseau européen Droit et société, LGDJ, coll. Droit et société, vol. 5, 1998, pp. 154 et 167.

<sup>4</sup> BERRA D., « La portée juridique des chartes éthiques en droit du travail », in M. Borghi, P. Meyer-Bish (ed.), *Ethique économique et droits de l'homme. La Responsabilité commune*, Actes du X<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Université de Fribourg, 9-11 janvier 1997, Editions universitaires de Fribourg, 1998, p. 293.

<sup>5</sup> Le Comité interministériel à la ville du 1<sup>er</sup> octobre 2001 a décidé la mise en place de chartes locales de lutte contre les discriminations dont les maires et préfets sont les principaux initiateurs et qui se situent dans le droit fil du volet « lutte contre les discriminations » des contrats de ville. « *La charte doit rappeler quelques principes généraux du droit et exprimer la volonté commune des partenaires de lutter contre les discriminations dans le cadre d'un programme local* » (« Chartes locales de lutte contre les discriminations », Ministère de la ville, mars 2002).

<sup>6</sup> Pour exemple, v. « L'Oréal veut se laver de tout soupçon », *Libération*, 12 juillet 2007.

<sup>7</sup> Voir les chartes locales des établissements de nuit qui s'appuient sur la « Convention nationale sur l'accès aux discothèques » signée par le Ministère de l'Intérieur, le ministre délégué à la Ville et le secrétaire d'Etat au Tourisme et les représentants professionnels le 17 juillet 2000. Ces chartes visent à promouvoir l'égalité d'accès aux discothèques. Les signataires, exploitants de discothèques, s'engagent à « *respecter et à faire respecter les articles 225-1 et suivants du code pénal* » et à mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires pour former leurs personnels et informer leur clientèle.

<sup>8</sup> La Charte des entreprises de travail temporaire pour la non-discrimination et pour l'égalité de traitement et la diversité du Syndicat des entreprises de travail temporaire (SETT) a été signée le 18 novembre 2005 et a été

ou un type d'emploi spécifique<sup>1</sup> ; certains documents ne constituent qu'une déclaration de principes<sup>2</sup> et d'autres ont des contenus plus précis et plus exigeants<sup>3</sup>. Néanmoins, ces codes déontologiques vont connaître à partir de 2004 une homogénéisation avec le lancement puis la systématisation de la Charte de la diversité.

La Charte de la diversité est encouragée et élaborée par un cercle patronal : l'Institut Montaigne<sup>4</sup>. Elle est au départ signée par 35 grands dirigeants d'entreprises<sup>5</sup> et dédiée à la lutte contre la discrimination en raison de l'origine mais, rapidement, elle engrange de nombreux signataires et est interprétée dans un sens plus général comme fondement de leur politique d'égalité<sup>6</sup>. L'émergence de la Charte s'accompagne d'un discours de délégitimation des instruments de l'action publique présentés comme inefficaces et peu adaptés au contexte de l'entreprise. Le texte comprend six grands engagements dont le crédo est de convaincre plutôt que de contraindre<sup>7</sup>. Cette « pétition de principe »<sup>8</sup> ne comporte ainsi aucune obligation ni référence précise aux normes juridiques de la non-discrimination. La procédure

---

sui vie par l'édition d'un guide juridique et pratique en 2006. Il prévoit notamment la mise en place d'un comité de suivi de la charte et d'un comité d'éthique de la profession chargés de suivre les manquements à la charte (*in* HALDE, *Rapport annuel 2006, op. cit.*, p. 56).

<sup>1</sup> La Charte de l'apprentissage, qui avait été signée par près de 1000 entreprises fin 2006, dispose à son 3<sup>ème</sup> point que l'entreprise signataire s'engage à « *respecter, lors du recrutement des apprentis, la diversité dans la société française et notamment sa diversité culturelle et ethnique* » (HALDE, *Rapport annuel 2006, op. cit.*, p. 48).

<sup>2</sup> Pour exemple, V. Ministre du Logement et de la ville, le Délégué interministériel pour l'égalité des chances des Français d'outre-mer, Charte portant lutte contre les pratiques de discrimination au logement à l'égard des Français originaires d'outre-mer, Paris, 8 juillet 2008.

<sup>3</sup> HALDE, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les entreprises à la HALDE ?*, septembre 2006, p. 15.

<sup>4</sup> La Charte est ainsi proposée dans deux rapports datés de 2004 : BEBEAR C., *Des entreprises aux couleurs de la France op. cit.* ; SABEG Y., MEHAIGNERIE L., *Les oubliés de l'égalité des chances*, Institut Montaigne, janvier 2004, 225 p. Sur l'élaboration de la Charte dans les cercles patronaux, v. HUËT R., CANTRELLE M., « *Gouvernance et acteurs privés : le cas de la lutte contre les discriminations au travail* », *Développement durable et territoires*, 3 mars 2006, <http://developpementdurable.revues.org/index1880.html> , pp. 11-12.

<sup>5</sup> « 35 dirigeants s'engagent à promouvoir les minorités », *Le Monde*, 23 octobre 2004.

<sup>6</sup> HALDE, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les entreprises à la HALDE ?*, septembre 2006, p. 15.

<sup>7</sup> Les six engagements prévus par la Charte sont les suivants :

« 1. *Sensibiliser et former nos dirigeants et collaborateurs impliqués dans le recrutement, la formation et la gestion des carrières aux enjeux de la non-discrimination et de la diversité.*

2. *Respecter et promouvoir l'application du principe de non-discrimination sous toutes ses formes et dans toutes les étapes de gestion des ressources humaines que sont notamment l'embauche, la formation, l'avancement ou la promotion professionnelle des collaborateurs.*

3. *Chercher à refléter la diversité de la société française et notamment sa diversité culturelle et ethnique dans notre effectif, aux différents niveaux de qualification.*

4. *Communiquer auprès de l'ensemble de nos collaborateurs notre engagement en faveur de la non-discrimination et de la diversité, et informer sur les résultats pratiques de cet engagement.*

5. *Faire de l'élaboration et de la mise en œuvre de la politique de diversité un objet de dialogue avec les représentants des personnels.*

6. *Inclure dans le rapport annuel un chapitre descriptif de notre engagement de non-discrimination et de diversité : actions mises en œuvre, pratiques et résultats ».*

<sup>8</sup> Yazid Sabeg, Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances. Cité *in* JUNTER A., SENAC-SLAWINSKI R., « La diversité : sans droit ni obligation », *La revue de l'OFCE*, juillet 2010, p. 178.



d'engagement proposée par la Charte est très simple et le contrôle du respect de l'engagement est faible voire inexistant, les entreprises étant chaque année invitées à faire part de leurs actions dans un questionnaire sans qu'aucun contrôle de leurs déclarations ne soit prévu. Le but est de construire une « nouvelle norme managériale »<sup>1</sup> pour le décideur et ses collaborateurs qu'il s'agit de sensibiliser et de former à la diversité et à la non-discrimination dans les actes de gestion en favorisant les expérimentations.

Dès 2006, la Charte bénéficie de l'appui des pouvoirs publics. Le « Tour de France de la diversité » du ministre délégué à l'Égalité des chances est organisé en partenariat avec le MEDEF (Mouvement des entreprises de France), IMS-Entreprendre pour la cité, l'Assemblée des chambres Françaises de commerce et d'industrie), la Confédération Générale des petites et moyennes entreprises (CGPME) et le Centre des Jeunes Dirigeants d'entreprise. La Charte de la diversité est au cœur du dispositif<sup>2</sup> et les politiques se contentent d'approuver et de laisser faire cette « dépolitisation » de la question des discriminations<sup>3</sup>. De nombreuses entreprises et collectivités sont aujourd'hui signataires<sup>4</sup>. La fonction publique, quant à elle, fait l'objet d'une charte spécifique qui fait davantage le lien avec les impératifs juridiques de non-discrimination : la « Charte pour la promotion de l'égalité dans la fonction publique » signée le 2 décembre 2008 et dont la HALDE notamment est chargée d'assurer le suivi<sup>5</sup>. On pourrait imaginer que ces chartes se voient reconnues la valeur de quasi-contrat, analyser certaines de leurs clauses comme un engagement unilatéral et imposer des sanctions disciplinaires au salarié qui les transgresserait<sup>6</sup> mais, pour l'instant ce type d'initiative reste rare et dépend de chaque organisation.

Dans le sillage de la Charte de la diversité et du Label « Égalité » de 2004 qui doit valoriser l'égalité entre hommes et femmes dans les organisations<sup>7</sup>, un label « Diversité », qui vise de manière plus générale l'ensemble des critères discriminatoires, est lancé en 2008 pour

---

<sup>1</sup> VAN DE WALLE I., MORDRET X., *De la charte de la diversité à la labellisation...L'Etat et les entreprises dans la négociation d'un politique de diversité*, Cahiers de la recherche, n°255, CREDOC, décembre 2008, p. 33.

<sup>2</sup> Communiqué de presse du ministre délégué à la promotion de l'égalité des chances, 17 octobre 2006.

<sup>3</sup> HUËT R., CANTRELLE M., « *Gouvernance et acteurs privés : le cas de la lutte contre les discriminations au travail* », *op. cit.*, p. 6.

<sup>4</sup> Plus de 3.300 entreprises et administrations étaient présentées comme signataires en septembre 2011 (Voir [www.charte-diversite.com](http://www.charte-diversite.com)).

<sup>5</sup> Cette courte charte commune aux trois fonctions publiques met l'accent sur l'égalité de traitement : sensibilisation des agents, objectivation des pratiques de recrutement et des parcours professionnels, diffusion des bonnes pratiques.

<sup>6</sup> BERRA D., « La portée juridique des chartes éthiques en droit du travail », *op. cit.*, p. 296.

<sup>7</sup> Arrêté du 2 septembre 2004 de la ministre de la Parité et de l'égalité professionnelle relatif à la commission de labellisation de l'égalité professionnelle, *J.O.* du 22 septembre 2004, p. 16417.

« promouvoir les bonnes pratiques de recrutement, d'évolution professionnelle et de gestion des ressources humaines des entreprises ou des employeurs de droit public ou privé, en vue de développer la diversité et de prévenir les discriminations »<sup>1</sup>. L'Association Nationale des Directeurs de Ressources Humaines (ANDRH) a été l'interlocuteur désigné par l'État pour commander à l'AFNOR, organisme de certification, le label « Diversité » dont l'élaboration a été financée par l'Etat<sup>2</sup>.

Pour prétendre à ce label qui prend appui sur une norme AFNOR plus exigeante<sup>3</sup> et une batterie d'indicateurs qualitatifs et quantitatifs, les organisations doivent répondre à un cahier des charges basé sur cinq domaines obligatoires : l'état des lieux dans l'organisme associant les représentants du personnel ; la définition et la mise en œuvre d'une politique dite de diversité ; la communication interne, la sensibilisation du personnel aux stéréotypes et aux avantages de la diversité et la formation des cadres et représentants du personnel ; des procédures de rationalisation de la gestion du personnel à toutes les étapes ; le suivi et l'évaluation des actions menées. Les actions des postulants sont d'abord passées en revue, y compris par le biais d'une visite au sein de l'organisation. Si la candidature est jugée légitime<sup>4</sup>, elle est transmise pour avis à la commission prévue par le décret ; le cas échéant, l'AFNOR Certification délivre pour trois ans le label « Diversité » à l'entreprise. L'attribution du label vient ainsi « de plus en plus souvent couronner ce micro-management de la non-discrimination »<sup>5</sup>. Il s'agit là d'un instrument de *soft law* plus contraignant que la Charte de la Diversité : si la démarche reste volontaire, elle est assortie d'instances de contrôle extérieures et d'évaluations conditionnant le maintien de l'avantage commercial procuré par son attribution<sup>6</sup>. Pour autant, la démarche est loin d'être aussi convaincante qu'il y paraît : la condamnation récente d'une société labellisée, la BNP Paribas, pour discrimination fondée sur le sexe à partir de tableaux comparatifs établis par la HALDE démontrant une « nette

---

<sup>1</sup> Décret n° 2008-1344 du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation, *J.O.* du 19 décembre 2008, p. 19456.

<sup>2</sup> VAN DE WALLE I., MORDRET X., *De la charte de la diversité à la labellisation...*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>3</sup> Norme AFNOR, « Promotion de la diversité - Politique des Ressources Humaines pour la promotion de la diversité et la prévention des discriminations - Critères et engagements », réf. NF X 50-784, septembre 2008.

<sup>4</sup> Comme pour beaucoup de labels et de certificats, les entreprises peuvent choisir parmi leurs activités et leurs sites de production ceux qu'elles souhaitent voir évaluer et labelliser. Chaque progrès peut être validé par le processus de labellisation encourageant ainsi la poursuite des efforts dans les autres activités et sites de l'entreprise. Comme le notent I. Van de Walle et W. Mordret, « il y a bien sûr le risque que l'obtention du label pour une partie des activités ou sites soit valorisée dans un plan de communication comme preuve de la bonne conduite de l'ensemble de l'entreprise » (*in De la charte de la diversité à la labellisation...*, *op. cit.*, p. 43).

<sup>5</sup> CALVES G., « Sanctionner ou réguler... », *op. cit.*, p. 44.

<sup>6</sup> En décembre 2010, le label « Diversité » avait été attribué à 254 entreprises privées et publiques et organismes publics (770.000 salariés sont concernées). *In* « Sept entreprises privées reçoivent les labels Diversité », *Dépêche AFP*, 21 décembre 2010.

*inégalité de traitement entre hommes et femmes au sein de la banque* »<sup>1</sup>, a porté un sérieux coup à la crédibilité du label<sup>2</sup>.

Un autre instrument plus incitatif a été recommandé par plusieurs acteurs<sup>3</sup> et repris par le Président de la République, Nicolas Sarkozy, dans un discours de décembre 2008<sup>4</sup>. Il s'agirait de réserver les marchés publics aux entreprises qui luttent contre les discriminations. Cette proposition s'inspire de l'expérience américaine : l'Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP), subdivision du ministère du Travail, est censé vérifier que les entreprises sous contrat fédéral ou recevant des subventions fédérales se conforment aux lois et règlements interdisant les discriminations et prescrivant l'*affirmative action*. Au total, sont concernées par son champ de compétence près de 200.000 entreprises publiques ou privées, soit près de 26 millions de salariés (26% de la main d'œuvre aux États-Unis)<sup>5</sup>. Pour autant, le code des marchés publics français, qui est issu du droit communautaire, laisse à l'État et aux collectivités une faible marge d'appréciation<sup>6</sup>. Si des critères sociaux peuvent être introduits dans la définition des besoins d'un marché et dans les conditions de son exécution selon l'art. 14 du code, l'engagement en faveur de la lutte contre les discriminations ne peut servir de critère pour sélectionner les candidats<sup>7</sup>. Les autorités publiques françaises pourraient donc prendre pour modèle l'administration britannique qui intègre aujourd'hui des objectifs de prévention des discriminations dans ses commandes<sup>8</sup>. Enfin, les subventions publiques pourraient, elles, se voir plus facilement conditionnées au respect du droit antidiscriminatoire et à la promotion de l'égalité. Néanmoins, malgré les recommandations<sup>9</sup>, la réflexion sur ces questions reste au point mort dans notre pays.

---

<sup>1</sup> C.A. Paris, 5 mai 2010, *BNP Paribas*, RG n° 08/08694.

<sup>2</sup> Si le fait de bénéficier du label confère un avantage concurrentiel vis-à-vis de la clientèle et des salariés, on pourrait alors considérer, comme J-B Racine, qu'une entreprise qui ne respecte pas ses engagements commet alors un acte de concurrence déloyale qui engagerait sa responsabilité (*in* « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 447).

<sup>3</sup> CNCDH, *La lutte contre le racisme et la xénophobie – Rapport d'activité pour 1997*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 94 ; HALDE, *Conférence de clôture de l'année européenne de l'égalité des chances, 17 propositions*, 17 décembre 2007, proposition n° 5, p. 6.

<sup>4</sup> Discours de Polytechnique, 17 décembre 2008.

<sup>5</sup> Ministère du travail américain (United States Department of Labor), OFCCP, janvier 2002 ([www.dol.gov/ofccp/regs/compliance/aa.htm](http://www.dol.gov/ofccp/regs/compliance/aa.htm)).

<sup>6</sup> V. LHERNOULD J-P, « L'illicéité d'une clause sociale dans un appel d'offre de marchés publics : le pot de terre contre le pot de fer ? », *RJS*, 6/08, p. 601

<sup>7</sup> Par exemple, le pouvoir adjudicateur peut insérer dans son marché une clause prévoyant que l'attributaire s'astreint, pour les besoins du marché, à recruter au moyen de curriculum vitae anonymes, à recourir à la technique de mutualisation des stages ou à mener des actions de sensibilisation de leurs sous-traitants et de leurs fournisseurs

<sup>8</sup> Office of Government Commerce, *Make Equality Count*, UK, 2008, 24 p.

<sup>9</sup> SABEG Y., Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances, *Programme d'action et recommandations pour la diversité et l'égalité des chances*, mai 2009, pp. 56-59.

Finalement, les mesures de promotion de l'égalité de traitement sont caractéristiques d'un mouvement de co-régulation : l'État s'appuie sur l'auto-régulation des acteurs au point qu'il est difficile de distinguer sa contribution de celles des instances publiques<sup>1</sup>.

## B) La promotion des bonnes pratiques par la HALDE

La diffusion des bonnes pratiques passe, comme nous l'avons vu, par le traitement des réclamations dont la HALDE est saisie. Mais la direction de la promotion de l'égalité est spécifiquement chargée de proposer au collège et au président toute action d'information pour assurer la promotion de l'égalité, de préparer les avis et recommandations soumis au collège en ce domaine, de soutenir toutes initiatives publiques ou privées visant à la promotion de l'égalité de traitement et de promouvoir les bonnes pratiques<sup>2</sup>. Pour ce faire, la HALDE s'inscrit elle aussi dans une démarche incitative et partenariale. La directive 2000/43 n'a en effet pas prévu que l'agence spécialisée soit dotée, parmi ses prérogatives obligatoires, du pouvoir de décision et la HALDE ne compte pas parmi les AAI qui détiennent un pouvoir réglementaire<sup>3</sup>. La HALDE se reconnaît ainsi « une mission générale de régulation, non seulement dans le champ de la lutte contre les discriminations, mais aussi dans le champ de la promotion de l'égalité »<sup>4</sup>. Elle se présente comme un organisme pédagogue qui cherche à convaincre à travers des instruments extra-juridiques.

Les organismes étrangers de référence ne disposent pas non plus d'un pouvoir réglementaire. La CRE britannique peut négocier des accords avec des organisations syndicales et patronales ou les entreprises, et produire des codes de conduites pour

---

<sup>1</sup> JUNTER A., SENAC-SLAWINSKI R., « La diversité : sans droit ni obligation », *op. cit.*, p. 172.

<sup>2</sup> Art. 3 de la délibération n° 2005-05 du 6 juin 2005 relative à l'organisation des services de la HALDE. La mission des délégués régionaux consistera à représenter localement la HALDE et à promouvoir son activité au niveau départemental en coordonnant sur le terrain la mise en œuvre de ses actions. Il s'agira surtout de diffuser le droit, de mobiliser les acteurs et de recenser et de valoriser les bonnes pratiques - et notamment celles des PME, des associations et des communes (*in HALDE, Rapport annuel 2006, op. cit.*, p. 75).

<sup>3</sup> Certaines AAI ont le pouvoir de modifier l'ordonnancement juridique et les situations individuelles. Elles sont dotées du pouvoir d'édicter des normes de portée obligatoire. Il s'agit d'un pouvoir réglementaire d'application de la loi étroitement subordonné et spécialisé comme le rappelait le Conseil constitutionnel en censurant les habilitations excessives (C.C., décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989). Le Conseil admet ce pouvoir à la condition qu'il ne s'agisse que de « *mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu* ». Ainsi, la CNIL détient le pouvoir d'émettre des normes simplifiées concernant les catégories courantes de traitement automatisé. Le Conseil constitutionnel a aussi admis l'attribution d'un tel pouvoir réglementaire à la COB (décision n° 88-260 DC, 28 juillet 1989, *Rec.* 71) ainsi qu'à l'autorité de régulation des marchés financiers (Décision n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, *J.O.* du 27 juillet 1996, p. 11.400).

<sup>4</sup> M. Dubourdieu, directeur général de la HALDE *in BORILLO D., Halde : actions, limites et enjeux, op. cit.*, p. 78.

l'élimination de la discrimination et la promotion de l'égalité des chances dans le domaine de l'emploi, du logement, de l'éducation, des services publics. Certains de ces codes dits « statutaires » intervenus en matière de logement ou d'emploi ont été approuvés par le Parlement et tout manquement peut être produit comme élément de preuve dans le cadre d'un éventuel procès<sup>1</sup>. La CRE est en outre chargée de surveiller les autorités publiques qui sont elles soumises à des obligations plus exigeantes<sup>2</sup>. Les « *Guidelines* » (recommandations) de sa consœur américaine, l'EEOC, n'ont, elles, aucune autorité légale : la Cour suprême a toujours soutenu que le Titre VII et ses amendements ne déléguaient à l'EEOC aucun pouvoir réglementaire. Ainsi, ni les employeurs ni les cours ne sont juridiquement liés par ses recommandations. Pour autant, leur portée ne doit pas toujours être sous-estimée : dans des affaires telles que *Griggs* qui a mis à jour la théorie du *disparate impact*, la Cour s'est rangée aux positions de l'EEOC et a cité ses recommandations pour justifier sa décision<sup>3</sup>. Néanmoins, certains auteurs souhaitent aujourd'hui voir les pouvoirs de l'EEOC renforcés afin qu'elle puisse exiger des organisations qu'elles remplissent les obligations fixées par la législation dont l'interdiction des mesures à impact disproportionné en lui déléguant un pouvoir réglementaire<sup>4</sup>.

L'agence française, elle, s'est vue attribuer un simple pouvoir de proposition et de recommandation qui lui permet d'influer sur la réglementation et la conduite des acteurs. Son pouvoir de recommandation lui permet d'intervenir sur des questions qu'elle juge problématiques et de poser un cadre de référence pour les conduites afin qu'elles respectent l'égalité de traitement. Elle s'est ainsi positionnée sur la pratique dite du *sourcing* qui vise à diversifier le vivier de candidats sans diffuser au préalable d'offres d'emploi précises : les entreprises collaborent ainsi avec certaines associations ou prospectent sur des sites Internet. À cet égard, la HALDE a tenu à indiquer qu'il est interdit aux recruteurs d'apprécier les exigences du poste, de sélectionner ou d'écarter des candidats en se fondant sur des critères discriminatoires et que le *sourcing* doit avoir uniquement comme vocation de déceler

---

<sup>1</sup> RRA, 1976, c. 74, §47 (10). V. Mc CRUDDEN C., « Codes in a Cold Climate: Administrative Rule-Making by the Commission for Racial Equality », *Modern Law Review*, n° 51, 1988, p. 409-413.

<sup>2</sup> Section 71 et Annexe 1A RRA de 1976 telle que modifiée en 2000. Au vu de la nécessité d'éliminer la discrimination « raciale », de promouvoir l'égalité des chances et de promouvoir de bonnes relations entre les personnes de groupes « raciaux » différents, ces exigences applicables depuis 2002 comprennent la publication d'un programme d'« égalité raciale », un « monitoring ethnique » et d'autres procédures spécifiques.

<sup>3</sup> SUK J. C-H, « Antidiscrimination Law in the Administrative State », *op. cit.*, p. 442.

<sup>4</sup> Un manquement à ses obligations rendrait l'employeur passible d'un procès, ce qui ferait singulièrement diminuer le fardeau de la preuve de l'impact disproportionné à apporter par l'EEOC. V. *Ibid.*, pp. 467-472.

les compétences des candidats<sup>1</sup>. Elle a aussi délivré d'importantes recommandations en matière de logement social à l'issue des travaux de la « Conférence de consensus sur la diversité dans l'habitat »<sup>2</sup>. Sans avoir une portée juridique, les appréciations qu'elle porte ont une véritable force mobilisatrice. Si les destinataires de la recommandation n'appliquent pas les « conseils » prodigués par la HALDE, ils s'exposent à un rapport spécial publié au Journal officiel dont l'écho médiatique dépendra de la Haute autorité<sup>3</sup>. Néanmoins, comme l'a rappelé le juge administratif, on ne peut « invoquer utilement les recommandations de la HALDE qui n'ont pas de caractère réglementaire »<sup>4</sup>.

Du fait de ses qualités d'expertise, la HALDE détient aussi un pouvoir d'avis. L'art. 15 de la loi du 30 décembre 2004 prévoit qu'elle doit être nécessairement consultée par le gouvernement sur tout projet de loi relatif à son champ de compétence mais cette obligation ne vaut pas pour les autres textes pour lesquels le gouvernement peut choisir ou non de la saisir. Dans les faits, la HALDE n'est pas toujours saisie par le Gouvernement pour donner son avis sur des textes concernant son champ d'action. Le collège a ainsi pointé cette carence au sujet du très controversé projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile dont elle a été saisie par le GISTI<sup>5</sup>. Elle peut être aussi sollicitée par des acteurs sur leurs conduites. Elle a pour exemple été saisie par la Direction générale de la santé sur des recommandations du Conseil supérieur de l'hygiène publique de France concernant le ciblage de certaines populations en fonction notamment de leurs origines géographiques pour la vaccination et le dépistage de la tuberculose. La HALDE a estimé que les mesures préconisées n'avaient pas en elles-mêmes un caractère discriminatoire dans la mesure où elles visent un objectif légitime de protection de la santé mais elle a insisté pour que ces mesures

---

<sup>1</sup> Délibération n°2008-267 du 15 décembre 2008.

<sup>2</sup> HALDE, Conseil national de l'habitat, *Conférence de consensus sur la diversité sociale dans l'habitat, Recommandations pour la diversité sociale dans l'habitat*, Rapport du jury présidé par Mme Nicole Notat remis à Mme Christine Boutin, ministre du Logement et de la Ville, 23 octobre 2007, 27 p.

<sup>3</sup> Une réclamation concernait un refus de logement en raison de l'inadaptation de la taille du logement à la composition du foyer : l'OPAC semblait avoir déduit de l'origine de la réclamante une présomption de déclaration mensongère et une situation de polygamie alors que rien dans son dossier ne permettait au bailleur de conclure ainsi. La HALDE demanda au bailleur une révision de ses pratiques et un réexamen « *dans les plus brefs délais* » du dossier de la réclamante (délibération n° 2006-19 du 6 février 2006). Quelques mois plus tard, l'organisme reconnaissait la conformité de la demande mais aucune proposition n'avait été faite à la fin de l'année 2006 et aucune information quant à la modification de la procédure d'enquête n'était parvenue à la HALDE : « *compte tenu de l'immobilisme de la SA HLM SOLLAR* », un rapport spécial est publié au J.O. (délibération n°2006-243 du 6 novembre 2006).

<sup>4</sup> C.A.A. Lyon, 9 juillet 2008, *Mme Kebira YX*, n° 07LY02858.

<sup>5</sup> HALDE, délibération n° 2007-370 du 17 décembre 2007. Alors même que le Conseil constitutionnel a validé la loi en question, la HALDE a souligné l'inconventionnalité de certaines dispositions de la loi promulguée le 20 novembre 2007 (« La loi « immigration » du 20 novembre 2007 discriminatoire selon la HALDE », *La Semaine juridique sociale*, n° 4, 22 Janvier 2008, act. 45).

n'aient pas pour conséquence de créer un dispositif discriminatoire à l'égard des publics visés en permettant notamment un contrôle de la régularité du séjour<sup>1</sup>. Des entreprises et intermédiaires de l'emploi ont aussi sollicité la Haute autorité afin qu'elle vérifie la conformité à la loi des dispositifs mis en place ou envisagés. L'AAI a indiqué qu'elle répondrait à ces demandes mais que ces avis ne sauraient valoir label ni dédouaner de comportements discriminatoires ultérieurs<sup>2</sup>. Il apparaît évident que plus la HALDE gagnera en légitimité et en reconnaissance publique, plus ses avis et ses recommandations, « actions administratives informelles »<sup>3</sup>, auront de poids<sup>4</sup>.

Elle estime aussi que ses recommandations auront d'autant plus de chance de se voir appliquées qu'elles auront été négociée préalablement avec les représentants des destinataires afin d'établir un consensus et une règle déontologique partagée. La HALDE revendique ainsi un rôle d'« institution passerelle » pour faire le « lien entre une politique publique clairement affirmée de promotion de l'égalité et les actions menées par les entreprises pour lutter contre la discrimination »<sup>5</sup>. Dans cette optique, elle construit des partenariats avec de multiples interlocuteurs privés comme publics<sup>6</sup>. Les diverses conventions dont elle fait mention dans ses rapports annuels portent souvent sur des actions d'information, de sensibilisation et de formation. Les intermédiaires de l'emploi ont ainsi signé avec la HALDE un engagement à refuser toute demande discriminatoire et un « comité d'éthique » est en charge du suivi de l'application de cet engagement<sup>7</sup>. La HALDE a aussi très tôt développé un dialogue régulier avec les grandes entreprises françaises en leur adressant un questionnaire annuel dans lequel elles rendent compte de leurs efforts en faveur de l'égalité. Sur la foi des réponses enregistrées, la HALDE relève un engagement croissant des entreprises mais aussi des

---

<sup>1</sup> Délibération n°2006-195 du 18 septembre 2006.

<sup>2</sup> HALDE, *Rapport annuel 2008*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>3</sup> GAUDEMET Y., « Les actions administratives informelles », *RIDC*, n°2, 1994, p. 648.

<sup>4</sup> Ainsi, conformément à l'intervention de la HALDE concernant le recrutement discriminatoire des emplois saisonniers réservés aux enfants du personnel de l'hôpital (délibération n°2005-51 du 17 octobre 2004), le préfet s'est engagé à veiller à ce que les recrutements se fondent dorénavant sur des critères objectifs et transparents relatifs à la compétence des candidats. Le ministère de l'Intérieur a repris ces recommandations dans une circulaire du 9 janvier 2006 (HALDE, *Rapport annuel 2005*, *op. cit.*, p. 57).

<sup>5</sup> HALDE, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les entreprises à la HALDE ?*, septembre 2006, pp. 8 et 11.

<sup>6</sup> La HALDE a passé convention le 13 mars 2007 avec l'Union sociale pour l'habitat (USH) qui regroupe environ 800 organismes de logements sociaux, offices publics HLM, entreprises sociales pour l'habitat, sociétés coopératives HLM et sociétés anonymes de crédit immobilier. Ces organismes comme le signale la HALDE « *logent en proportion très importante des personnes susceptibles d'être victimes de discriminations* ». La convention annuelle a pour but de favoriser un partenariat pour la prévention des discriminations dans le secteur de l'habitat et du logement social dont les résultats seront évalués au terme de la convention par un comité de pilotage (Engagement de travail entre la HALDE et l'Union sociale pour l'habitat, 13 mars 2007).

<sup>7</sup> HALDE, « Ensemble pour des recrutements sans discrimination », 29 novembre 2007.

approches d'ensemble trop peu fréquentes, un suivi et une évaluation des actions insuffisants et des actions limitées pour améliorer la prévention des discriminations dans la gestion de carrière. Elle rappelle que les organisations doivent associer les partenaires sociaux en vue de conclure des accords<sup>1</sup>. À partir de ce recensement, elle a construit une boîte à outils pour lutter contre les discriminations qui comprend des indicateurs qualitatifs permettant l'évaluation des mesures prises<sup>2</sup>. La HALDE recommande l'utilisation de ce référentiel complet, « Cadre pour agir et rendre compte », pour structurer la politique de prévention des discriminations au sein des entreprises de plus de 300 salariés. En demandant la désignation d'un interlocuteur dans chaque entreprise mobilisée, elle vise ainsi à « créer un lien durable d'échange et d'information »<sup>3</sup>. La même démarche de recensement des bonnes pratiques et de diffusion d'un guide a été adoptée à partir de 2008 en direction des collectivités locales<sup>4</sup>. La HALDE cherche ainsi à bâtir des standards en matière de promotion de l'égalité de traitement. On peut ainsi parler d'une forme d'« autorégulation dirigée »<sup>5</sup>.

### C) L'absence de normes contraignantes

Si ces codes, ces chartes qui constituent autant de règles négociées et souples pour encadrer les pratiques des acteurs et orienter les comportements sont censés « favoriser l'autodiscipline avant d'en arriver à l'énoncé de normes contraignantes »<sup>6</sup>, force est de constater que les législations, les réglementations entérinant les exigences de la jurisprudence et précisant les mesures d'égalité de traitement à adopter restent rares sinon existantes. De plus, ces instruments de *soft law* ne vont que ponctuellement au-delà des normes minimales qui s'imposent à tous - y compris dans le secteur public qui se devrait d'être exemplaire - alors qu'elles doivent « promouvoir des règles plus strictes pour ceux qui y souscrivent »<sup>7</sup>. Le

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>2</sup> Voir HALDE, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les entreprises à la HALDE ?*, 2006, pp. 53-55. Cette recension des bonnes pratiques est actualisée tous les ans.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>4</sup> HALDE, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité. Que répondent les grandes villes et agglomérations à la HALDE ?*, 2007, 22 p. ; *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines. Que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?*, mai 2009, 90 p.

<sup>5</sup> DECOOPMAN N., « À propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation », *op. cit.*, p. 252. LA HALDE propose ainsi de nombreux documents pour guider les acteurs sur la voie de l'égalité de traitement (« Prévention des discriminations dans l'emploi. Guide pour les PME, TPE et artisanat », « Guide pour les professionnels de l'immobilier », « Code de bonne conduite pour les propriétaires », « Guide des procédures d'attribution des logements sociaux »... in HALDE, *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 49-52).

<sup>6</sup> AUTIN J-L., « Réflexion sur l'usage de la régulation en droit public », in M. Maille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 55.

<sup>7</sup> Livre vert de la Commission des communautés européennes, « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », 18 juillet 2001, n° 54, p. 15.



risque est ainsi grand de n'avoir affaire qu'à des « codes-alibis tendant à faire croire à une moralisation de la vie économique qui n'existerait que sur le papier »<sup>1</sup>. Il semble que l'auto-régulation des acteurs vise à « contrer d'éventuels développements législatifs qui pourraient s'avérer plus pénalisants »<sup>2</sup>. Les pouvoirs publics semblent en effet s'engager, concernant l'égalité en faveur des femmes, des handicapés et des seniors vers des dispositions plus contraignantes assorties de sanctions<sup>3</sup>. Sans doute une réglementation reprenant l'ensemble des dispositions des codes produits par la HALDE serait prématurée sur le terrain de la lutte contre les discriminations « raciales » et aussi plus complexe à mettre en œuvre au regard de l'art. 1<sup>er</sup> de la Constitution, mais les expérimentations réussies sur le terrain de l'égalité de traitement pourraient néanmoins donner lieu à généralisation<sup>4</sup>.

Le cas du CV anonyme est à cet égard un exemple éclatant du refus des pouvoirs publics d'intervenir de manière plus contraignante. L'art. 24 de la loi du 31 mars 2006 rend obligatoire l'anonymisation des procédures de recrutement pour l'ensemble des entreprises de plus de 50 salariés<sup>5</sup>. Cet amendement n'a pas été adopté de manière consensuelle : de

---

<sup>1</sup> DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2004 [1986], pp. 249-250.

<sup>2</sup> KOLACINSKI D., *Analyse économique des droits de l'homme*, coll. « Des sociétés », Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 206.

<sup>3</sup> La loi du 10 juillet 1987 en faveur des travailleurs handicapés impose aux employeurs privés comme publics de plus de 20 salariés qu'au moins 6% des effectifs du personnel doivent être des personnes handicapées (loi n° 87-517, *J.O.* du 12 juillet 1987, p. 7822). La loi du 11 février 2005 a alourdi la sanction assortie à l'obligation d'emploi de 6% de travailleurs handicapés (Loi n° 2005-102 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *J.O.* du 12 février 2005).

Les entreprises françaises sont contraintes à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2010 de mener des actions effectives et mesurées en faveur de l'emploi des personnes de plus de 50 ans sous peine de pénalités financières depuis la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008.

La loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes fixait comme objectif la fin des écarts de rémunération entre les sexes au 1<sup>er</sup> janvier 2010. Finalement, une disposition de la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites prévoit une sanction, pouvant aller jusqu'à 1% de la masse salariale, pour les entreprises d'au moins 50 salariés qui ne seraient pas couvertes d'ici à 2012 par un accord, ou à défaut, un plan d'action sur l'égalité professionnelle (l'art. 99 de la loi n° 2010-1330 insère ainsi un nouvel art. L. 2242-5-1 dans le code du travail). Néanmoins, selon le décret d'application n°2011-822 du 7 juillet 2011, les sanctions seront dans les faits rarissimes (v. P. ASKENAZY, « Machisme économique », *Le Monde suppl. Economie*, 14 juin 2011) Enfin, suite à la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, la législation impose que les conseils d'administration et de surveillance des entreprises devront compter au moins 20% de femmes en 2014 et 40% en 2017. Le non-respect de ces quotas entraînera la nullité des nominations dans les conseils (loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle).

<sup>4</sup> Le ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale a présenté son Plan de cohésion sociale au Conseil des ministres du 24 juin 2004 : la charte de la diversité était considérée comme une expérimentation des capacités d'auto-régulation du secteur privé. Le programme 20 indiquait alors qu'après un délai de deux ans pour évaluer l'efficacité de la charte, d'éventuelles mesures publiques plus contraignantes seraient envisagées (VAN DE WALLE I., MORDRET X., *De la charte de la diversité à la labellisation...*, *op. cit.*, p. 35). Pour autant, aucune évaluation réelle de l'efficacité de la Charte n'a été réalisée depuis.

<sup>5</sup> L. 1221-7 CT : « Dans les entreprises de 50 salariés et plus, les informations mentionnées à l'art. L1221-6 et communiquées par écrit par le candidat à l'emploi doivent être examinées dans des conditions préservant son anonymat. Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'Etat » (loi n° 2006-396, *J.O.* du 2 avril 2006).

nombreux parlementaires s’y opposaient et les organisations patronales ont fraîchement accueilli cette nouvelle obligation. Faute de décret d’application et d’un accord national reprenant cette disposition, la systématisation du CV anonyme est restée lettre-morte. Les partenaires sociaux n’ont en effet pas souhaité la généralisation du CV anonyme dans l’Accord national interprofessionnel (ANI) relatif à la diversité du 11 octobre 2006 et ont retenu la proposition d’une expérimentation et d’un « *bilan d’évaluation des pratiques* » avant le 31 décembre 2007<sup>1</sup>. Face à l’absence d’évolution, la HALDE suggérait en décembre 2007 au gouvernement de « réengager activement la réflexion sur les conditions de mise en œuvre du CV anonyme en y associant l’ensemble des partenaires sociaux »<sup>2</sup>. Depuis, et alors même que cette pratique permet « effectivement d’obtenir des résultats visibles sur la diversité des personnes recrutées »<sup>3</sup>, les appels à l’expérimentation continuent de se succéder<sup>4</sup>. Très récemment, une étude scientifique sur l’impact du CV anonyme est venue à point pour justifier le refus de généralisation de cet outil par les pouvoirs publics<sup>5</sup>.

Pour autant, un texte juridiquement contraignant existe : un accord entre organisations syndicales et patronales a bien été adopté en 2006. Le BIT avait insisté sur la nécessité d’un tel instrument complémentaire de la législation répressive en matière de lutte contre les discriminations<sup>6</sup>. De même, l’art. 11 de la Directive 2000/43 indique que le dialogue social

---

<sup>1</sup> Art. 6 de l’ANI relatif à la diversité.

<sup>2</sup> HALDE, *Conférence de clôture de l’année européenne de l’égalité des chances, 17 propositions*, 17 décembre 2007, proposition n° 6, p. 6. Voir aussi « La Halde propose au gouvernement de relancer le CV anonyme », *Le Monde*, 19 décembre 2007.

<sup>3</sup> PESQUIE B. (chef du service pénal de la HALDE), in Conseil national du Barreau (CNB), *Les nouveaux pouvoirs de la HALDE et l’exercice des droits de la défense*, Actes du Colloque organisé en partenariat avec la HALDE, Paris, 12 octobre 2006, p. 18.

<sup>4</sup> Le président de la République, Nicolas Sarkozy, souhaitait dans son discours du 17 décembre 2008 que « le CV anonyme devienne un réflexe pour tous les employeurs » et plaidait pour sa mise en œuvre expérimentale dans les entreprises volontaires.

<sup>5</sup> Selon l’étude, le CV anonyme pénaliserait les candidats issus de l’immigration. Elle montre en effet que les noms et origines sociales qui leur sont associées sont utilisés par les employeurs pour interpréter les signaux négatifs contenus dans les CV : lorsque le CV d’un candidat issu de l’immigration est rendu anonyme, ses probabilités de convocation à un entretien d’embauche sont plus faibles parce qu’il subit de plein fouet les carences de son parcours professionnel (ce qui implique que ces candidats bénéficieraient d’une forme d’action positive). V. BEHAGHEL L., CREPON B., LE BARBANCHON T., *Evaluation de l’impact du CV anonyme*, Rapport final, mars 2011, 93 p.

Néanmoins, plusieurs arguments permettent de relativiser les résultats de cette étude. Tout d’abord, l’expérimentation était menée par le Pôle emploi et auprès d’entreprises qui utilisent le Pôle emploi pour leur recrutement et avaient accepté le protocole. Surtout, le CV anonyme n’entre ici pas en contradiction avec une politique de lutte contre les discriminations « raciales » à proprement parler mais avec une éventuelle politique d’égalité des chances. Comme le montrent les résultats des multiples testings réalisés dans l’emploi (analyse à CV comparables), le CV anonyme pourrait être utile pour contrer les discriminations « raciales ».

<sup>6</sup> Bureau International du Travail (B.I.T.), *L’heure de l’égalité au travail*, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l’OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail I (B), Genève, 2003, p. 120.

doit être encouragé par les Etats membres<sup>1</sup>. Dès 1999, la Déclaration de Grenelle sur les discriminations « raciales » marquait l'investissement affiché des syndicats sur ce terrain. L'art. L. 133-5-10° CT modifié par la loi du 16 novembre 2001 prévoit dorénavant que les conventions de branches doivent pour être étendues inclure des dispositions relatives à « *l'égalité de traitement entre salariés, quelle que soit leur appartenance à une ethnie, une nation, ou une race, notamment en matière d'accès à l'emploi, de formation, de promotion professionnelle et de conditions de travail.* ». Mais, comme le relevait Roger Fauroux dans son rapport de 2005, cette disposition ne vise pas les avenants et n'est pas appliquée par la Direction des relations du travail qui ne souhaite pas ainsi condamner les rares conventions collectives qui lui sont soumises<sup>2</sup>. L'objectif de la Conférence nationale pour l'égalité des chances dans les entreprises convoquée en février 2004 par le Premier ministre, J-P Raffarin, était de pousser les partenaires sociaux à « ouvrir des négociations nationales et signer des accords concrets d'ici à un an », le but étant de recenser toutes les bonnes pratiques éparpillées « pour généraliser certains outils » comme l'expliquait alors Nelly Olin, ministre déléguée à l'intégration<sup>3</sup>. Cependant aucun cadre préalable ne fut fixé aux négociations et force est de constater que les négociations interprofessionnelles n'ont abouti qu'à de maigres avancées.

La lecture de l'accord national interprofessionnel (ANI) relatif à la diversité en entreprise signé le 26 février par trois organisations patronales (Medef, CGPME et UPA) et les syndicats de salariés (CGT, CFDT, CFTC, FO)<sup>4</sup> montre ainsi qu'il s'inscrit pleinement dans le mouvement de développement de l'auto-régulation puisqu'il ne comporte aucune obligation à la charge des entreprises. L'ANI rappelle des obligations existantes telles que l'interdiction des discriminations « raciales »<sup>5</sup>, le fait de ne retenir pour le recrutement ou le déroulement de carrière que des critères strictement objectifs fondés sur la possession des

---

<sup>1</sup> Article 11 §1 : « *Conformément à leurs traditions et pratiques nationales, les États membres prennent les mesures appropriées afin de favoriser le dialogue entre les partenaires sociaux en vue de promouvoir l'égalité de traitement, y compris par la surveillance des pratiques sur le lieu de travail, par des conventions collectives, des codes de conduite, et par la recherche ou l'échange d'expériences et de bonnes pratiques.* »

Article 11 §2 : « *Dans le respect de leurs traditions et pratiques nationales, les États membres encouragent les partenaires sociaux, sans préjudice de leur autonomie, à conclure, au niveau approprié, des accords établissant des règles de non-discrimination dans les domaines visés à l'article 3 qui relèvent du champ d'application des négociations collectives. Ces accords respectent les exigences minimales fixées par la présente directive et par les mesures nationales de transposition.* »

<sup>2</sup> FAUROUX R., *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, op. cit., p. 15.

<sup>3</sup> « Le gouvernement veut initier une négociation collective sur les discriminations à l'embauche », *Le Monde*, 1<sup>er</sup> février 2005.

<sup>4</sup> La CFE-CGC a quant à elle refusé de signer le texte dénoncé comme une « *charte de bonnes intentions* » (« L'accord sur la diversité dans les entreprises est ratifié par la plupart des partenaires sociaux », *Le Monde*, 28 octobre 2006).

<sup>5</sup> ANI relatif à la diversité dans l'entreprise, op. cit., art. 1.

compétences et des capacités professionnelles requises<sup>1</sup>. Les signataires ne semblent donc pas s'interroger sur l'objectivité du critère des compétences alors que « le risque d'arbitraire est évident dans la mesure où les mérites sont rarement susceptibles d'être mesurés de façon objective »<sup>2</sup> et qu'une majorité des entreprises observées pratique une « surqualification à l'embauche »<sup>3</sup>.

Il est aussi indiqué que « *lorsque la taille et le mode d'organisation le permettent* », il sera désigné un « *correspondant égalité des chances* » chargé de suivre la mise en œuvre de la politique de diversité au sein de l'entreprise. Outre que ces correspondants sont une simple reprise de la Charte de la diversité et recourent bien souvent le correspondant à la protection des données personnelles<sup>4</sup>, il n'y a aucune obligation à leur mise en place ni aux conditions entourant la création d'un tel poste alors même que cet acteur constitue, selon les termes mêmes de l'ANI, l'un des « *éléments incontournables d'une telle politique* »<sup>5</sup> et que la création d'un responsable de la diversité dans l'entreprise « n'est efficace que s'il a suffisamment d'indépendance vis-à-vis de l'employeur »<sup>6</sup>. De même, la réussite d'une telle politique « *peut* » être facilitée par le développement des formations des lignes hiérarchiques. Finalement, les entreprises doivent certes mettre en œuvre les principes directeurs de l'accord et ses dispositions mais aucune ne semble avoir de force contraignante. La seule obligation concrète de l'ANI semble concerner l'obligation annuelle de dialogue et d'échange sur la diversité, l'égalité des chances et de traitement au sein de l'entreprise à l'occasion d'une des réunions consacrées à l'information sur la situation de l'emploi prévues par l'art. L. 432-4-1 du code du travail qui se constituera alors en « comité élargi de la diversité ». Les délégués du personnel seront alors associés à ce point de l'ordre du jour de la réunion du comité d'entreprise<sup>7</sup>. Suite à cet accord national, les accords de branche<sup>8</sup> et d'entreprises

---

<sup>1</sup> ANI relatif à la diversité dans l'entreprise, *op. cit.*, art. 6 et 7.

<sup>2</sup> LOCHAK D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, p. 790.

<sup>3</sup> WUHL S., *L'égalité. Nouveaux débats – Rawls et Walzer : les principes face aux pratiques*, Paris, PUF, 2002, p. 45. Cette surqualification est même plus importante dans la fonction publique car dans les concours externes, le niveau général des candidats a considérablement augmenté pour s'éloigner largement des diplômes pré-requis (Voir aussi l'étude de Denis Fougère et Julien Pouget, *L'emploi public s'est-il diversifié ? Sexe, niveau d'étude, origine sociale et origine nationale des salariés de la fonction publique et des collectivités territoriales* », Ministère de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, décembre 2004, 60 p.).

<sup>4</sup> Décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005, *J.O.* du 22 octobre 2005.

<sup>5</sup> ANI relatif à la diversité dans l'entreprise, *op. cit.*, art. 3.

<sup>6</sup> MERCAT-BRUNS M., « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », *Revue de droit du travail*, n° 6, juin 2007, p. 365.

<sup>7</sup> ANI relatif à la diversité dans l'entreprise, *op. cit.*, art. 10.

<sup>8</sup> Le PRISME (Professionnels de l'intérim, services et métiers de l'emploi) et trois organisations syndicales de salariés (CFDT, CFE-CGC et CGT-FO) ont signé le 16 mars 2007 un accord pour la non-discrimination, l'égalité de traitement et la diversité des salariés permanents des entreprises de travail temporaire et un second concernant les intérimaires et les candidats le 6 juillet 2007. Un autre accord de branche a été signé le 15 janvier 2009 par la Fédération française des sociétés d'assurance.

juridiquement contraignants n'ont pas été nombreux, loin s'en faut, sur le terrain de la lutte contre les discriminations « raciales » alors même qu'ils permettent la mise en place d'« un système d'engagement et de contrôle réciproques entre les signataires »<sup>1</sup>. Quelques grandes entreprises françaises se sont engagées sur cette voie en détaillant leurs engagements<sup>2</sup>.

Le droit de la promotion de l'égalité sans distinction d'origine est donc marqué par l'absence de contrainte. Les nouvelles définitions de la discrimination « raciale » exigent pourtant une transparence et une objectivation des procédures et critères dans tous les domaines d'activité, ce qui implique un coût certain pour les organisations. Elles nécessitent un encadrement important de l'*intuitu personae* que toutes les organisations ne souhaitent sans doute pas. Cette régulation douce repose aussi sur une « représentation de la vie sociale qui élimine la possibilité de conflits irréconciliables » et fait du consensus, le mode de gestion des rapports sociaux<sup>3</sup> alors même que la discrimination suppose une domination. Il n'est guère étonnant dans ce contexte que le terme de « diversité », qui n'oppose personne à personne, ait fleuri et soit venu dans les cercles patronaux remplacer celui de discrimination.

## **Section 2- De l'égalité de traitement à la promotion de la diversité**

Alors qu'en décembre 2004 la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité était créée, la même année la Charte de la diversité était initiée. Comme nous l'avons vu, un Label « Diversité » naissait quelques années plus tard. Et, depuis fin 2008, le gouvernement accueille un Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances<sup>4</sup> issu du monde de l'entreprise. Avec la diversité, il s'agit de justifier mais aussi de minimiser le fardeau qui pèse sur les organisations au regard des définitions objectivées de la discrimination en justifiant les éventuels coûts de la promotion de l'égalité de traitement par les avantages notamment commerciaux que la diversité est censée induire. Ainsi, dans un mouvement de substitution, la diversité venait chasser les termes de « discrimination » et d'« égalité » et, de la garantie des droits, on passait à la promotion d'une notion floue (§1). Si

---

<sup>1</sup> CEDIEY E., in BORILLO D. (dir.), *Halde : actions, limites et enjeux*, op. cit., p. 93.

<sup>2</sup> GAURIAU B., « Les accords collectifs relatifs à la diversité », *Droit social*, novembre 2008, pp. 1060-1064. La HALDE relève ainsi une stagnation dans la négociation d'accords de branches ou d'entreprises. In *Des pratiques pour l'égalité des chances : que répondent les entreprises ?*, n°4, 2010, p. 8.

<sup>3</sup> Avant propos in MAILLE M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 18.

<sup>4</sup> Décret du 19 décembre 2008 confiant une mission à un commissaire à la diversité et à l'égalité des chances – M. Yazid Sabeg, NOR : PRMX0830790D, *J.O.* du 20 décembre 2008.

la « promotion de la diversité » est aujourd'hui devenue une expression couramment utilisée, l'utilisation du paradigme de la diversité, qui se veut « la face souriante des discriminations »<sup>1</sup>, n'est pas sans conséquence pour la lutte contre les discriminations « raciales » (§2).

### §1) L'émergence du paradigme utilitariste de la diversité

Si le terme de diversité est aujourd'hui d'une utilisation courante dans le domaine de l'emploi, son émergence et sa diffusion n'y sont pas cantonnées. Le droit relatif au logement social a en effet, dès les années 1980, intégré l'objectif de diversité et de mixité<sup>2</sup> pour guider les politiques de peuplement en se fondant sur la croyance qu'une répartition « équilibrée » des populations favorise la promotion sociale des populations défavorisées<sup>3</sup>. Contrairement aux sphères comme celle de l'entreprise où la promotion de la diversité vise à résorber une sous-représentation des groupes discriminés, il s'agit dans l'habitat « tantôt d'ouvrir aux minorités les espaces résidentiels où elles sont sous-représentées et tantôt d'attirer des membres du groupe majoritaire dans les lieux où elles sont sur-représentées »<sup>4</sup>. Rapidement, cette « diversité sociale » et cette « mixité sociale » jamais définies sont devenues une diversité et une mixité « ethno-raciale » en dépit de l'interdit constitutionnel de se référer à l'origine<sup>5</sup>. Depuis 2006, dans le cadre de mesures relatives à l'égalité des chances et à la lutte

---

<sup>1</sup> KIRSZBAUM T., « Un Janus aux deux visages : la diversité dans l'habitat. Réflexions sur les politiques de déségrégation résidentielle aux États-Unis et en France », *Raisons politiques*, n° 35, août 2009, p. 49.

<sup>2</sup> En 1986, cet objectif discret prévoyant la vente des logements sociaux vacants « afin d'assurer l'équilibre économique et social d'un ou plusieurs ensembles d'habitations ou d'un quartier connaissant des difficultés » apparaît (loi du 23 décembre 1986 relative à l'accèsion à la propriété, art. 61 ; art. L. 443-11 code de la construction et de l'habitat). Devait présider à l'établissement du règlement départemental d'attribution des logements sociaux une « nécessaire diversité de la composition sociale de chaque quartier, de chaque commune, de chaque département » (décret n° 86-670 du 19 mars 1986, art. R. 441-6 CCH abrogé). Puis en 1990, la loi Besson du 31 mai 1990 impose aux bailleurs la planification de la répartition des populations et la loi d'orientation pour la ville (LOV) de 1991 marque le point de départ du droit de la mixité sociale (loi n° 91-662 du 13 juillet 1991 (*J.O.* du 19 juillet 1991, p 9521). L'art. 1<sup>er</sup> de la LOV parle du rôle des collectivités publiques qui doivent favoriser la « cohésion sociale » et faire disparaître « les phénomènes de ségrégation ». Plus récemment, la volonté de mêler les populations a été réaffirmée dans la fameuse loi SRU du 13 décembre 2000 (Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain, n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, *J.O.* du 14 décembre 2000, p. 9521).

<sup>3</sup> Il s'agit aussi de répartir sur plusieurs communes les charges et les contraintes qui président à l'accueil de ces populations. V. E. DESCHAMPS, « Approche critique et juridique des normes relatives à la mixité sociale », *Informations sociales*, juillet 2005, n° 125, p. 58. Sur les discours de justification de la diversité dans l'habitat, lire T. KIRSZBAUM, *Mixité sociale dans l'habitat, Revue de la littérature dans une perspective comparative*, Paris, HALDE, Etudes et recherches, La Documentation française, 2008.

<sup>4</sup> KIRSZBAUM T., « Un Janus aux deux visages : la diversité dans l'habitat... », *op. cit.*, p. 49-50.

<sup>5</sup> Pour autant, comme le souligne le GELD au sujet de la loi Besson comme de la LOV, « les débats publics ayant précédé l'adoption de deux premières lois étaient (...) dénués d'ambiguïtés quant à l'importance du facteur « immigration » dans les déséquilibres auxquels le législateur entendait porter remède ». *In Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social, op. cit.*, p. 62. Cette lecture est avalisée par la CNIL qui,

contre les discriminations, l'audiovisuel est aussi concerné par l'objectif de diversité<sup>1</sup>. Le CSA doit ainsi veiller « à ce que la programmation reflète la diversité de la société française »<sup>2</sup>.

Pour les uns, l'essor actuel de la diversité traduit le ralliement des grandes entreprises françaises au modèle managérial déjà fortement institutionnalisé dans plusieurs pays anglo-saxons. Pour d'autres, les pouvoirs publics ont joué un rôle moteur dans la genèse du discours sur la diversité notamment dans une volonté de diversification des élites. En France, le souci de « refléter la diversité de la population française » tend à se polariser sur l'origine des individus ou « plus précisément, à une apparence physique qui signale un « Français venu d'ailleurs » (ce qui permet d'inclure les personnes originaires des départements d'Outre-Mer) »<sup>3</sup>.

#### A) La diversité dans la fonction publique

L'objectif de diversité dans la fonction publique fait écho aux débats sur la parité<sup>4</sup> qui ont débouché sur les révisions de la Constitution de 1999 et 2008 qui permettent de favoriser l'accès des femmes aux fonctions électives et aux responsabilités professionnelles et sociales<sup>5</sup>. Il marque aussi l'importation des théories anglo-saxonnes de la « bureaucratie représentative ». Ces théories distinguent représentations active et passive. La théorie de la représentation active induit l'idée que l'individu, membre de la fonction publique, est « censé défendre les intérêts et les aspirations de ceux qu'il représente »<sup>6</sup> et elle se manifeste par le développement de politiques « reflétant les intérêts et les aspirations des différents groupes

---

dans sa délibération rappelant l'autorisation donnée aux bailleurs sociaux de collecter la nationalité des demandeurs de logement social, indique que cette donnée est pertinente pour « permettre aux organismes de veiller à ce que l'attribution des logements sociaux puisse assurer une « mixité sociale », reflet de la conception républicaine de la vie sociale » (délibération n° 01-061 du 20 décembre 2001 portant recommandation relative aux fichiers de gestion du patrimoine immobilier à caractère social).

<sup>1</sup> Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006, Titre II concernant les mesures relatives à l'égalité des chances et à la lutte contre les discriminations, art. 47 venant modifier la loi n° 86-7067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

<sup>2</sup> Les chaînes de télévisions ont été récemment invitées par les pouvoirs publics à « prendre en considération, dans la représentation à l'antenne, la diversité des origines et des cultures de la communauté nationale » (art. 9 de la Convention du 24 juillet 2001 conclue entre le CSA et M6). Dans le même sens, v. la convention du 29 mai 1999 conclue avec Canal +, consultables sur le site Internet du CSA.

<sup>3</sup> CALVES G., « Refléter la diversité de la population française : naissance et développement d'un objectif flou », *Revue internationale des sciences sociales*, n° 183, 2005/1, p. 177.

<sup>4</sup> FORT F-X, « De l'égalité à la parité dans l'accès à la fonction publique », *AJDA*, 22 juin 2009, p. 1184

<sup>5</sup> Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes ; loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République (art. 1<sup>er</sup>).

<sup>6</sup> ROSENBLOOM D. H., DOLAN J., « La bureaucratie représentative », *Revue française d'administration publique*, n° 118, 2006, p. 258-259.

sociaux »<sup>1</sup>. Cela va à l'encontre de la fonction publique telle qu'on la conçoit en France : les « bureaucrates » sont considérés, conformément aux analyses de Max Weber, comme des rouages sans sexe, sans race ni attributs sociaux qui servent l'intérêt général<sup>2</sup>. Dans le cadre de la théorie de la représentation passive, les autorités prennent conscience de la sous-représentation statistique de groupes qui ne bénéficient pas des mêmes chances d'obtenir un poste dans la fonction publique. Cette sous-représentation peut être le résultat de discriminations à l'embauche, de techniques de sélections ou la conséquence d'inégalités dans l'accès à l'éducation et à la formation nécessaire. Or, la théorie veut que des administrations plus représentatives jouissent d'une « plus grande légitimité auprès de leurs usagers, surtout parmi les groupes les plus défavorisés »<sup>3</sup>. Pour améliorer la représentation passive, on cherchera à éliminer les discriminations et l'on initiera éventuellement des mesures préférentielles d'action positive qui vise à favoriser l'émergence de personnes visiblement issus de l'immigration.

Le modèle de la bureaucratie représentative a été importé en France concernant d'abord deux corps principaux. C'est dans le cadre de la fonction publique militaire que le problème du nombre insuffisant d'enfants d'immigrés a d'abord été formulé<sup>4</sup>. L'armée, confrontée à la professionnalisation, a insisté sur la représentativité de son recrutement comme un substitut de son lien avec la Nation et comme une solution face aux difficultés de recrutement qui se posaient<sup>5</sup>. Il s'agit aussi pour l'armée de donner tant à l'intérieur que dans le cadre de ses opérations extérieures une image des valeurs de la France en « offrant le spectacle d'un pays tolérant et respectueux des appartenances »<sup>6</sup>.

La police nationale a prolongé cette réflexion dans la seconde moitié des années 1990. Pour elle, la diversification de son recrutement apparaît comme une nécessité face aux accusations de racisme et à la distance qui s'est creusée, notamment dans les quartiers

---

<sup>1</sup> CALVES G., « Refléter la diversité de la population française... », *op. cit.*, p. 178.

<sup>2</sup> SCHNAPPER D., *La Démocratie providentielle, Essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, Gallimard, 2002, p. 251-252.

<sup>3</sup> ROSENBLOOM D. H., DOLAN J., « La bureaucratie représentative », *op. cit.*, p. 255.

<sup>4</sup> BIVILLE Y., *Armées et populations à problème d'intégration : le cas des jeunes Français d'origine maghrébine*, centre d'études sur la sélection du personnel de l'armée de terre (CESPAT), dactyl, 1990. Cité par CALVES G., in *Renouvellement démographique de la Fonction publique de l'Etat : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>5</sup> *L'avenir du service national*, Rapport d'information sénatorial n° 349, 1995-1997. Cité par G. Calvès, in « Refléter la diversité de la population française... », *op. cit.*, p. 180.

<sup>6</sup> WIHTOL DE WENDEN C., BERTOSSI C., *Les militaires issus de l'immigration*, Paris, Les documents du C2SD, 2<sup>ème</sup> semestre 2005, p. 23.



défavorisés, entre les policiers et la population<sup>1</sup>. Comme le souligne le ministre de l'Intérieur de l'époque Jean-Pierre Chevènement qui a engagé la police nationale à recruter des jeunes d'origine immigrée, si la police veut être reconnue comme un service public dans ces quartiers, « elle doit apparaître aussi proche que possible de cette population »<sup>2</sup>. Depuis, les initiatives telles que la création des adjoints de sécurité (ADS) ou le programme des Cadets de la République se sont multipliées<sup>3</sup>.

L'objectif de diversité s'est par la suite généralisé à toute la fonction publique notamment pour faire face au mouvement massif de départs à la retraite induit par un profond renouvellement démographique. La participation aux services publics est aussi considérée comme « un signe fort d'intégration républicaine »<sup>4</sup> et la fonction publique apparaît comme un lieu stratégique pour organiser la diffusion de modèles d'identification positive et faire évoluer les représentations collectives<sup>5</sup>. Pour exemple, dans la circulaire de novembre 2000 relative à la mise en œuvre expérimentale des préparations rémunérées aux concours d'accès de la fonction publique dans les quartiers prioritaires de la politique de la ville, la volonté de permettre aux habitants « *des quartiers en difficulté* » d'être présents en plus grand nombre dans la fonction publique répond à un triple objectif : il s'agit de « *renforcer le rôle essentiel joué par la fonction publique en termes d'intégration et de promotion sociale* », d'inscrire la politique de recrutement dans le cadre d'un « *objectif général de lutte contre les discriminations [...] et de prévention et de lutte contre les exclusions* » et de faire en sorte que « *le service public soit davantage à l'image de la population* »<sup>6</sup>.

Si l'on peut se féliciter de la réflexion sur les conditions d'accès à la fonction publique et de l'engagement dans la lutte contre les discriminations qu'a favorisé l'émergence du paradigme de la diversité, l'aspiration à la représentativité est pour la France plus douteuse

---

<sup>1</sup> On a retrouvé ce même souci dans la mise en place, par certaines municipalités et entreprises de transports publics, de médiateurs sociaux appelés à assurer l'interface entre les usagers et les services publics. Ces médiateurs étaient recrutés pour leur connaissance des quartiers et souvent parmi les jeunes issus de l'immigration. L'idée est « qu'ils seront d'autant plus efficaces qu'ils 'ressembleront' à ceux qu'ils doivent policer » (CALVES G., « Réfléter la diversité de la population française... », *op. cit.*, p. 181).

<sup>2</sup> Extraits du Discours des préfets, Jean-Pierre Chevènement, 15 février 1999, in *Les discriminations positives*, G. CALVES, Problèmes politiques et sociaux, n°822, La Documentation française, 4 juin 1999, p. 69.

<sup>3</sup> BEGAG A., *La République à ciel ouvert*, *op. cit.*, p. 18. Selon une étude basée sur la consonance des patronymes à partir de la liste des gardiens de la paix en formation, il y aurait 6,9% d'élèves d'origine maghrébine ou africaine dans la promotion 2005-2006 (soit 88 sur un échantillon de 1269). Le chiffre était à peu près équivalent dans les deux années précédentes mais s'élevait à 4,4% en 2001-2002 et plafonnait en 1995 à 1,8% (« Une lente amélioration dans la police », *Le Monde*, 24 janvier 2006).

<sup>4</sup> VERSINI D., *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>5</sup> CALVES G., *Renouvellement démographique de la Fonction publique de l'Etat*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>6</sup> Circulaire DGEFP/DIV/DIIJ/n° 2000/29 du 20 novembre 2000.

comme le souligne G. Calvès<sup>1</sup>. D'abord, si des enquêtes américaines montrent « la détermination des agents issus de minorités à assurer, au sein de l'administration, un rôle de porte-parole de leur communauté »<sup>2</sup>, le fonctionnaire français, soumis à des règles de mobilité, sert l'État. Ensuite, la théorie du reflet et de la bureaucratie représentative suppose que la diversité « ethnique » des agents est un indicateur de la diversité des comportements et des valeurs et que les « minorités issues de l'immigration » constituent un ensemble homogène. Même si cette question reste à étudier, il semble qu'en France cette homogénéisation soit largement contestable. Ainsi, rares sont ceux qui précisent « la nature des 'compétences culturelles spécifiques' dont seraient porteurs les Français 'réputés porteurs de diversité' »<sup>3</sup>. L'objectif de diversité rapportée aux populations issues de l'immigration tend à véhiculer une forme d'assignation identitaire et la promotion de la diversité répond souvent à une « logique de pacification sociale »<sup>4</sup> qui rappelle la figure du supplétif des colonies notamment quant il s'agit du recrutement de policiers ou de médiateurs sociaux dans les quartiers où cette population est majoritaire<sup>5</sup>.

Il faut rappeler qu'en France, le principe d'égal accès aux emplois publics s'impose (art. 6 DDHC). S'il est impossible de réserver à des personnes l'accès à certains emplois<sup>6</sup>, les règles de recrutement peuvent être différenciées « *pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en compte que de celle des besoins du service* »<sup>7</sup>. Le Parlement et les autorités réglementaires peuvent ainsi favoriser le recrutement de citoyens qui disposent d'une forme d'expérience ou d'un type de compétence dont ils souhaitent que la fonction publique bénéficie davantage<sup>8</sup>. Le contrôle appliqué à une loi est théoriquement restreint mais les distinctions opérées ne peuvent jamais être fondées sur « *l'origine, la race ou la religion* »

---

<sup>1</sup> CALVES G., *Renouveau démographique de la Fonction publique de l'Etat*, op. cit., p. 39.

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 41.

<sup>3</sup> CALVES G., « Refléter la diversité de la population française... », op. cit., p. 182. G. Calvès précise que la représentation active suppose que les membres des groupes « ethno-raciaux » sont soumis à des « formes de socialisation initiale très fortement différenciées », que ces expériences induisent la « formation de différents systèmes d'attitudes et de valeur », que « ces différences culturelles influent sur le comportement des agents et le contenu de leurs décisions ». Mais cette théorie se vérifie peu empiriquement - même aux États-Unis - car elle n'intègre pas le phénomène d'acquisition d'une culture professionnelle commune aux agents.

<sup>4</sup> BOUCHER M., « L' 'antiracisme' instrument de la dépolitisation ? L'intrusion des logiques néolibérales et sécuritaires dans la lutte contre les discriminations », in M. BOUCHER (dir.), *Discriminations et ethnicisation. Combattre le racisme en Europe*, L'aube Essai, 2006, p. 130.

<sup>5</sup> V. CHARLOT B., ERNIN L. et De PERETTI O., *Les aides-éducateurs. Une gestion communautaire de la violence scolaire*, Anthropos, 2002.

<sup>6</sup> C.E., 14 février 1990, *Fédération syndicale FO de la défense*, DA, 1990, n° 146.

<sup>7</sup> C.C., décision n° 82-153 DC, 3<sup>ème</sup> voie d'accès à l'ENA, cons 5 ; dans le même sens, décisions n° 84-179 DC (institution d'un tour extérieur dans les corps d'inspection et de contrôle) et n°85-204 DC (intégration dans le corps des ministres plénipotentiaires de personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaires).

<sup>8</sup> C.E., Ass., 12 décembre 2003, M. Billiemaz, n° 245607 et autres. Lorsque des emplois sont pourvus par une autre voie, le respect du principe méritocratique s'impose à l'autorité de nomination (C.C., décision n°84-179 DC du 12 septembre 1984, *Limite d'âge des fonctionnaires*).

(art. 1<sup>er</sup> de la Constitution). La notion de diversité appliquée à la fonction publique est aujourd'hui appréhendée de manière générique : la « diversité sociale » regroupe aujourd'hui de multiples critères<sup>1</sup>.

## B) La diversité dans les entreprises

Le terme de la diversité a d'abord émergé dans les entreprises américaines à la fin des années 1980. Cependant, dès l'arrêt *Bakke* de 1978<sup>2</sup> relatif aux pratiques d'admission dans les universités, l'*affirmative action*, autrefois expliquée en termes de logique de réparation ou de compensation des discriminations passées, se trouvait justifiée par la Cour suprême par la promotion de la diversité<sup>3</sup>. Cette notion permet d'englober les enjeux relatifs à l'intégration des Noirs et des nouveaux immigrés et le fardeau qui continue de peser sur les « Blancs » n'est plus la conséquence d'une faute mais correspond à la poursuite de l'intérêt général, du bien collectif ce qui permettrait de diminuer leur hostilité à l'égard de l'*affirmative action*<sup>4</sup>. L'extension du paradigme a été consacrée par la jurisprudence ultérieure<sup>5</sup>.

Face aux efforts du président Reagan pour restreindre la portée du Civil Rights Act et aux études démographiques qui démontraient une forte diversification de la main d'œuvre américaine, les responsables des ressources humaines vont également trouver dans la diversité de nouvelles justifications à leurs programmes antidiscriminatoires en montrant que les obligations légales sont conciliables avec les intérêts de l'entreprise<sup>6</sup>. Mais le management de la diversité est aussi le fruit des théories sur la production inconsciente des stéréotypes et les catégorisations cognitives élaborées en sciences sociales au milieu des années 1980. Les programmes de promotion de la diversité constituent donc une sorte de dérivé des législations relatives à l'égalité de traitement dans l'emploi mais portent aussi sur de nouvelles pratiques :

---

<sup>1</sup> VERSINI D., *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, op. cit.

<sup>2</sup> C.S., *Bakke v. Regents of the University of California*, 438 US 265, [1978].

<sup>3</sup> La diversité intellectuelle est ici érigée en valeur instrumentale dans le contexte éducatif : la multiplicité des points de vue, l'interaction entre des étudiants dotés d'expériences, de perspectives et d'idées différentes contribuent à l'enrichissement du processus d'apprentissage. Le juge Powell, rédacteur de l'opinion majoritaire, inclut la « race » dans une multitude de données informatives qui se situeraient sur le même plan (diversité des origines géographiques des candidats, centres d'intérêts...) : pourvu qu'elle entre en concurrence avec d'autres vecteurs de diversification, l'identité « raciale » peut être prise en compte par les comités d'admission. Néanmoins, l'argument de la diversité semble bien correspondre à la seule exigence de représentation des minorités « ethno-raciales » dans la mesure où ces mêmes universités semblent indifférentes à d'autres facteurs porteurs de « diversité ». Ce faisant, la diversité opère une jonction entre les problématiques de l'action antidiscriminatoire et du multiculturalisme. In SABBAGH D., *L'égalité par le droit...*, op. cit., p. 329-379.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 244-245.

<sup>5</sup> C.S., *Metro Broadcasting, Inc v. Federal Communications Commission* 106 S.Ct. 1842 [1986] : arrêt relatif à la validité d'un programme d'Affirmative action dans l'octroi de licences d'exploitation aux stations de radios.

<sup>6</sup> KELLY A., DOBBIN F., « How Affirmative Action Became Diversity Management : Employer Response to Antidiscrimination Law, 1961 to 1996 », *American Behavioral Scientist*, 1998, pp. 960-984.

pour réduire la catégorisation cognitive, vecteur de préjugés, on crée des programmes de formation et de sensibilisation des responsables aux différences « ethno-raciales » et de genre et l'on tente de façonner les ambitions des personnes issues des groupes discriminés par des programmes de parrainages et de mise en réseau afin de leur permettre un meilleur accès à l'emploi et de proposer des modèles positifs d'identification<sup>1</sup>. Rapidement, l'argument de la diversité est privilégié par les entreprises américaines comme britanniques, ce qui ne sera pas sans influence en Europe.

Au sein de l'Union européenne, le thème de la diversité s'est développé lorsque la lutte contre les discriminations a été intégrée à la liste des compétences communautaires. Au début des années 2000, les institutions européennes et en premier lieu la Commission européenne adoptent la logique du management de la diversité pour inciter les entreprises à soutenir la politique communautaire de lutte contre les discriminations<sup>2</sup>. Très vite, l'objectif de diversité devient un axe privilégié de la littérature communautaire qui s'inscrit, sous influence américaine, dans la tradition de responsabilité sociale des entreprises. La diversité devient le maître-mot pour s'adresser aux employeurs<sup>3</sup> mais aussi un objectif des programmes communautaires et des campagnes destinées au grand public<sup>4</sup>. En 2007, l'« année européenne de l'égalité des chances pour tous » dont l'objet est de mobiliser l'ensemble des acteurs concernés mise sur une « *célébration de la diversité* » et une « *mise en exergue [de ses] avantages* »<sup>5</sup>. Ces derniers semblent nombreux : les programmes de promotion de la diversité permettent « une amélioration du recrutement et du maintien en place des employés, une amélioration de la réputation et de l'image de marque de la société, des niveaux plus importants d'innovation, de meilleures opportunités de marketing », ils peuvent aussi « élargir la base potentielle de la clientèle »<sup>6</sup>. La diversité en milieu de travail est ainsi présentée comme « une ressource stratégique cruciale pour un avantage concurrentiel »<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> DOBBIN F., « Do the Social Sciences Shape Corporate Anti-Discrimination Practice ?... », *op. cit.*, p. 859.

<sup>2</sup> Commission européenne, « *Livre vert* » sur l'égalité et la non-discrimination dans l'Union européenne élargie, du 28 mai 2004, COM (2004)379 final, pp. 8 et 16.

<sup>3</sup> Commission européenne, *Coûts et bénéfices de la diversité*, Luxembourg, OPOCE, 2003 ; *Le cas commercial en faveur de la diversité. Bonnes pratiques en milieu de travail*, Luxembourg, OPOCE, septembre 2005 ; *La diversité au travail. Huit étapes pour les petites et moyennes entreprises*, DG Emploi et affaires sociales, 2006 ; *Continuer dans la voie de la diversité. Les pratiques, les perspectives et les avantages pour l'entreprise*, Luxembourg, OPOCE, 2009.

<sup>4</sup> Cf. la campagne de sensibilisation lancée par la Commission en juin 2003 intitulée « Pour la diversité - Contre la discrimination » (Voir le site [www.stop-discrimination.info/](http://www.stop-discrimination.info/)).

<sup>5</sup> Décision n° 771/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 relative à l'année européenne de l'égalité des chances pour tous (2007) - Vers une société juste.

<sup>6</sup> Commission européenne, *Continuer dans la voie de la diversité*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 13.

En France, le paradigme de la diversité, déjà présent depuis le début des années 2000 concernant les initiatives relatives à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes<sup>1</sup>, est transposé dans le champ de la lutte contre les discriminations « raciales » dans l'emploi en réponse aux menaces judiciaires. Si l'influence communautaire ne doit pas être négligée, ce sont des organismes patronaux liés à Claude Bébéar, président du groupe d'assurance Axa, qui ont joué un rôle éminent dans l'émergence de ce nouvel appareillage. À l'origine de deux rapports de 2004 commandés par les pouvoirs publics et valorisant la notion de « diversité »<sup>2</sup>, l'Institut Montaigne initie le lancement de la Charte de la diversité, le secrétariat de la Charte étant assuré par IMS-Entreprendre pour la cité, association qui fédère un réseau d'entreprises. Comme nous l'avons vu, la Charte sera largement soutenue par les pouvoirs publics. Puis, après la signature de l'ANI relatif à la diversité, le label « Diversité » est élaboré par l'ANDRH qui marque la mobilisation d'une nouvelle catégorie d'acteurs, à savoir les professionnels des ressources humaines<sup>3</sup>.

Les arguments avancés en faveur de la diversité sont grossièrement les mêmes que dans les pays anglo-saxons. L'anticipation de la pénurie de main d'œuvre est une « *opportunité supplémentaire pour la promotion de la diversité* »<sup>4</sup>. « Au service des performances de l'entreprise »<sup>5</sup>, celle-ci est présentée comme un facteur d'innovation et de créativité et comme ayant « *un effet positif sur l'image de l'entreprise vis-à-vis de ses clients, de ses prestataires extérieurs et des consommateurs en France et dans le reste du monde* »<sup>6</sup>. Dans un contexte de mondialisation, elle est censée procurer des avantages financiers et commerciaux très concurrentiels à l'échelle internationale.

Faisant écho à la prise de conscience des discriminations « raciales », la notion de diversité est au départ spécifiquement centrée sur l'origine, la couleur de peau, le patronyme. La Charte de la diversité indique ainsi qu'il s'agit de s'engager « *en faveur de la diversité*

---

<sup>1</sup> BENDER A-F, « Egalité professionnelle ou gestion de la diversité. Quels enjeux pour l'égalité des chances ? », *Revue française de gestion*, vol. 4, n° 151, 2004, p. 212.

<sup>2</sup> BEBEAR C., *Des entreprises aux couleurs de la France op. cit.* ; SABEG Y., MEHAIGNERIE L., *Les oubliés de l'égalité des chances, op. cit.*

<sup>3</sup> BERENI L., « 'Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise'. La transformation d'une contrainte juridique en catégorie managériale », *Raisons politiques*, n° 35, août 2009, p. 94.

<sup>4</sup> ANI relatif à la diversité dans l'entreprise, *op. cit.*, Introduction. Dans son rapport, C. Bébéar soulignait ainsi qu'« *il existe (...) en France, un potentiel de main d'œuvre, composés d'individus, en particulier issus de la minorité visible, dont certains sont sous utilisés et d'autres inadaptés aux exigences du marché du travail alors qu'on va vers un manque de main d'œuvre* » (in *Des entreprises aux couleurs de la France, op. cit.*, p. 14).

<sup>5</sup> VAN DE WALLE I., MORDRET X., *De la charte de la diversité à la labellisation..., op. cit.*, p. 9.

<sup>6</sup> Charte de la diversité, Introduction, §1.

*culturelle, ethnique et sociale*<sup>1</sup> au sein de notre organisation »<sup>2</sup>. De même, dans l'accord national relatif à la diversité, les signataires précisent qu'ils « *ont choisi d'aborder dans un premier temps, les discriminations directes ou indirectes (...) relevant des origines réelles ou supposées, c'est-à-dire de s'engager en faveur de la diversité sociale, culturelle et ethnique de l'entreprise* »<sup>3</sup>. Puis, à l'instar du label « Diversité », la notion tend à englober un ensemble varié de critères ce qui permet « de rendre la charte [de la diversité] consensuelle auprès des entreprises »<sup>4</sup>.

La promotion de la diversité pourrait être une sorte d'habillage pour rendre acceptable par les entreprises la lutte contre les discriminations « raciales » mais la diffusion de ce nouveau paradigme est de nature à altérer la mise en œuvre des politiques antidiscriminatoires.

## §2) Diversité et principe de non-discrimination

L'apparition d'objectifs utilitaristes, tels que la diversité, dans la lutte contre les discriminations n'a rien de très original. La longue bataille de l'accès des femmes aux professions prestigieuses a, elle aussi, été ponctuée de discours visant à montrer que la société avait intérêt à la liberté et la diversité professionnelles d'un point de vue social comme économique<sup>5</sup>. Depuis quelques années, il semble bien que le paradigme de la diversité, dont l'ambiguïté est intrinsèque, soit venu se substituer à celui de la lutte contre les discriminations « raciales ».

### A) « du juste à l'utile »<sup>6</sup>

La référence à la diversité pouvait apparaître comme une rampe de lancement efficace pour asseoir la légitimité de la lutte contre les discriminations « raciales » au sein des

---

<sup>1</sup> La question sociale recouvre pour les employeurs privés largement la question « raciale ».

<sup>2</sup> Charte de la diversité, Introduction, §2.

<sup>3</sup> ANI relatif à la diversité dans l'entreprise, introduction. Il est ajouté que l'accord «  *vise, dans le domaine de l'emploi, notamment à garantir aux salariés la non-discrimination et l'égalité de traitement en matière de recrutement, d'affectation, de rémunération, de formation professionnelle et de déroulement de carrière sans distinction d'origine vraie ou supposée ou d'appartenance ou de non appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race, et sans distinction selon le patronyme, l'apparence physique ou le lieu de résidence* ».

<sup>4</sup> VAN DE WALLE I., MORDRET X., *De la charte de la diversité à la labellisation...*, op. cit., p. 31.

<sup>5</sup> RENNES J., *Le mérite et la nature. Une controverse républicaine : l'accès des femmes aux professions de prestige 1880-1940*, Fayard, coll. L'espace du politique, 2007 *Le mérite et la nature*, op. cit., pp. 317-322.

<sup>6</sup> RENNES J., *Le mérite et la nature...*, op. cit., p. 317.

entreprises mais elle semble avoir aujourd'hui relégué au second plan les problématiques antidiscriminatoires. Si l'ANI relatif à la diversité prend soin de préciser que le concept de diversité ne constitue qu'une « *approche complémentaire et dynamique* »<sup>1</sup> par rapport au droit à la non-discrimination, l'intitulé de l'accord en dit long sur la substitution des approches. À cet égard, les enquêtes menées confirment ainsi une croyance partagée parmi les employeurs en l'équivalence des notions de diversité et de non-discrimination. Elles relèvent pourtant de registres bien différents : la lutte contre les discriminations « raciales » s'appuie sur des références juridiques précises et contraignantes - notamment les notions de discriminations directe et indirecte - tandis que le concept de « diversité » reste un paradigme flou lié à la performance qui permet toutes les interprétations faute d'être jamais défini<sup>2</sup>. Non seulement, la diversité est un « mot-valise », mais il est aussi un « mot-écran » qui vient mettre un voile sur les discriminations « raciales » subies.

Alors qu'aux États-Unis comme en France, le discours sur la diversité est généralement perçu comme une sorte de langage codé évoquant avant tout une exigence de représentations des minorités « ethno-raciales »<sup>3</sup>, le secteur privé a favorisé une définition de plus en plus distendue de la diversité et des objectifs qui lui sont liés. Si ce paradigme peut ainsi permettre d'englober les discriminations qui relèvent de l'intersectionnalité, en réalité, l'intersection des différents critères ne fait l'objet d'aucune réflexion<sup>4</sup>. Pire, la démultiplication à l'infini des critères de la diversité qui célèbre désormais toutes les différences vient diluer la question des discriminations « raciales ». Elle permet d'éviter de nommer les groupes victimes de ces discriminations mais elle participe surtout à occulter les inégalités de traitement subies par les personnes issues de l'immigration alors même que leur reconnaissance constituait un fondement des politiques antidiscriminatoires<sup>5</sup>. De ce fait, le

---

<sup>1</sup> ANI relatif à la diversité dans l'entreprise, Introduction, §7. Les syndicats (à travers la rédaction de l'ANI relatif à la diversité) et les autorités publiques (qu'il s'agisse de la HALDE ou de la rédaction du « Label Diversité ») cherchent à préserver la distinction entre promotion de la diversité et obligations juridiques découlant du principe de non-discrimination.

<sup>2</sup> Pour le « label Diversité », il est indiqué que « *Le choix a été fait de ne pas donner de définition de la diversité pour éviter toute controverse polémique. Ce choix s'appuie sur le constat que la mise en œuvre d'une politique de non-discrimination basée sur le respect de la singularité de chacun et la valorisation des compétences permet de favoriser la diversité dans les organismes. Toutefois la diversité nécessite une véritable politique de prévention des discriminations directes et indirectes afin de garantir l'égalité de traitement* », in Norme AFNOR, « Promotion de la diversité.. », *op. cit.*, p. 7.

<sup>3</sup> SABBAGH D., *L'égalité par le droit...*, *op. cit.*, p. 375.

<sup>4</sup> VOURC'H F., DE RUDDER V., « Positions libérales, positions radicales dans la lutte contre les inégalités racistes », *Cahiers de l'Urmis*, n° 10-11, décembre 2006, p. 9.

<sup>5</sup> BERENI L., « Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise'... », *op. cit.*, , p. 98.

discours fortement dépolitisant<sup>1</sup> de la diversité est venu diluer la problématique antidiscriminatoire qu'il était censé contribuer à promouvoir et a inversé la logique de l'action publique qui, en entérinant la rationalité des acteurs économiques, semble avoir ainsi abandonné une « lecture critique et combative »<sup>2</sup> : alors même que la lutte contre les discriminations se réalise au profit des minorisés, la diversité devient ainsi un enrichissement collectif qui s'ancre « dans l'intérêt de la majorité »<sup>3</sup>.

Ce passage d'un paradigme juridique à des impératifs économiques semblait souhaité tant par les employeurs que par les pouvoirs publics<sup>4</sup>. Dès 2000, ces derniers invitaient à la « mise en place de stratégies de contournement pour engager dans l'action des opérateurs économiques que le concept même de discrimination « raciale » pourrait bloquer »<sup>5</sup>. Dans le même sens, le Haut Conseil à l'intégration relevait en 2003 que la reconnaissance des discriminations au travers des politiques publiques viendrait entretenir « une logique de culpabilité et de discrimination » avec laquelle il convient de « rompre » au profit d'une conception et d'un discours positifs<sup>6</sup>. La diversité, qui gomme la question de l'auteur ou de la source de la discrimination, vient ainsi à point nommé. Pour preuve, parmi les arguments évoqués par les entreprises pour justifier leurs engagements en faveur de la diversité, le risque judiciaire ou la conformité aux prescriptions légales apparaissent comme « des motivations résiduelles, fortement distancées par des préoccupations liées à une meilleure 'productivité' ou à l'image de l'entreprise »<sup>7</sup>. Du reste, contrairement à la notion de discrimination, la diversité n'est pas mobilisable par les justiciables et les syndicats ou associations qui estimerait qu'une entreprise ne respecte pas la diversité promise ; elle favorise même chez les citoyens une « conscience amoindrie du droit »<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> LAACHER S., « La notion de 'diversité' ou comment dépolitiser le politique » in E. Badinter et alii, Rapport de la Commission alternative de réflexion sur les « Statistiques ethniques » et les discriminations (CARSED), *Rapport : Le retour de la race. Contre les statistiques ethniques*, Paris, Ed. L'aube, 2009, pp. 203-212.

<sup>2</sup> FASSIN, « L'invention française de la discrimination », *op. cit.*, p. 406.

<sup>3</sup> BERENI L., JAUNAIT A., « Usages de la diversité », *Raisons politiques*, n° 35, août 2009, p. 7.

<sup>4</sup> A cet égard, on observe le mouvement inverse à celui constaté dans le cadre communautaire où le droit antidiscriminatoire apparaissait d'abord comme une nécessité économique avant de s'imposer dans sa dimension sociale et comme un droit fondamental.

<sup>5</sup> DIV/ DPM/ DGEFP/ FAS, *Guide pratique : Lutter contre les discriminations raciales sur le marché du travail, Contrats de ville du XII<sup>ème</sup> Plan*, volume 2, Paris, Editions de la DIV, septembre 2000, p. 5.

<sup>6</sup> Haut Conseil à l'Intégration (HCI), *Rapport 2003, Le contrat et l'intégration*, La Documentation française, 2004, p. 22.

<sup>7</sup> DOYTCHÉVA M., « Réinterprétation et usages sélectifs de la diversité dans les politiques des entreprises », *Raisons politiques*, n° 35, août 2009, p. 109.

<sup>8</sup> JUNTER A., SENAC-SLAWINSKI R., « La diversité : sans droit ni obligation », *op. cit.*, p. 177.



Comme nous l'avons vu, chez les employeurs, l'instrumentalisation du thème de la diversité est très forte en France comme Outre-Atlantique<sup>1</sup>. Le concept présente des atouts non négligeables aux yeux des autorités pour que les employeurs se saisissent réellement du sujet des discriminations et de l'égalité en constituant une stratégie de réappropriation du droit conforme aux règles du marché. Mais la promotion de la diversité vient, comme le relève Laure Béréni, s'imbriquer dans des préoccupations économiques préexistantes : adaptation au nouvel environnement économique mondialisé, rationalisation et individualisation de la gestion du personnel et responsabilité morale des entreprises<sup>2</sup>. Ainsi, la diversité est présentée comme une stratégie de performance fondée sur l'acceptation des différences et la promotion de la tolérance qui permettraient de sélectionner les employés les plus compétents<sup>3</sup> et de s'ouvrir aussi de nouveaux marchés<sup>4</sup>. Elle est aussi considérée comme une manière d'améliorer l'ancrage de l'entreprise dans son environnement local en particulier dans les quartiers populaires<sup>5</sup>. Cet argument de pacification sociale, qui rappelle la rhétorique des pouvoirs publics en matière de police, s'est montré particulièrement convaincant après les émeutes urbaines de 2005. Ce discours sur la performance déployé par les milieux patronaux a aujourd'hui été intériorisé par les autorités publiques elles-mêmes.

C'est précisément pour s'éloigner du registre de la garantie des droits que les interprétations de la diversité se sont montrées si extensives pour englober des critères qui vont au-delà de la liste des interdits. L'effacement progressif des connotations juridiques et militantes, inhérent à la substitution de la rhétorique antidiscriminatoire par un discours qui épouse la logique de l'intérêt économique, favorise le développement de la *soft law* au détriment de la loi, disqualifiée en tant qu'obstacle au développement des organisations<sup>6</sup>. En outre, cette substitution est pour le moins risquée quant à la pérennité des engagements pris. D'abord, il reste difficile d'établir la rentabilité économique de la gestion de la diversité.

---

<sup>1</sup> SABBAGH D., « L'itinéraire contemporain de la 'diversité' aux États-Unis : de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », *Raisons politiques*, n°35, 2009, p.35.

<sup>2</sup> BERENI L., « Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise... », *op. cit.*, p. 98.

<sup>3</sup> GAURIAU B., « Les accords collectifs relatifs à la diversité », *Droit social*, novembre 2008, pp. 1060-1064.

<sup>4</sup> IMS-Entreprendre pour la cité, *Non-discrimination et gestion de la diversité*, décembre 2004, p. 8.

<sup>5</sup> IMS-Entreprendre pour la Cité, *La discrimination et l'entreprise. Kit d'information*, Paris, « Dossiers de l'IMS », septembre 2004.

<sup>6</sup> JUNTER A., SENAC-SLAWINSKI R., « La diversité : sans droit ni obligation », *op. cit.*, p. 179. On peut partager alors la crainte de Lucie Lamarche sur la « dénormativisation » de certains droits de l'homme au profit d'une « commercialisation des droits sociaux ». In « Les droits économiques et sociaux de la personne sous le contrôle de la société civile : de la substitution à la complémentarité », in M. Borghi, P. Meyer-Bish (eds.), *Ethique économique et droits de l'homme. La Responsabilité commune*, Actes du X<sup>ème</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Université de Fribourg, 9-11 janvier 1997, Editions universitaires de Fribourg, 1998, p. 308.

Ensuite, la valorisation de la diversité, présentée comme un atout économique dans un contexte de pénurie de main d'œuvre<sup>1</sup>, perd singulièrement de son intérêt dans une conjoncture économique défavorable. Enfin, l'association entre non-discrimination et rationalité économique ne va pas toujours de soi<sup>2</sup>.

### B) L'illusion de la diversité comme gage de non-discrimination

L'objectif de diversité assigné aujourd'hui aux politiques de lutte contre les discriminations est ambigu : la diversité du personnel démontrerait-elle, comme l'indique la HALDE, une absence de discrimination<sup>3</sup> ? Répondre par l'affirmative serait ramener la problématique complexe des discriminations à une simple question de dosage. D'abord, il apparaît qu'un « déficit » de diversité peut résulter d'inégalités sociales plus globales, de discriminations systémiques qui interviennent en amont et des stratégies d'évitement par les populations issues de l'immigration de certains secteurs professionnels ou éducatifs. Ensuite, comme l'a relevé la Cour suprême américaine, ce n'est pas parce qu'une organisation favorise la diversité (notamment en promouvant des individus relevant des minorités), qu'elle ne produit pas de discriminations à travers ses modalités de sélection. Or, le droit à la non-discrimination reste un droit individuel et ce même si la discrimination indirecte est démontrée via des statistiques de groupes<sup>4</sup>. En France, on peut ainsi rencontrer des responsables des ressources humaines qui encouragent le recrutement de ressortissants étrangers dans le cadre d'une stratégie d'ouverture internationale de l'entreprise sans pour autant prêter attention aux Français d'origine étrangère ou originaires des DOM-TOM<sup>5</sup> ni aux politiques d'égalité de traitement. De même, pour le secteur du logement social, la promotion de la diversité est totalement déconnectée de la lutte contre les discriminations. Depuis les années 1970, ce ne sont guère les obstacles à la mobilité résidentielle des populations issues de l'immigration qui intéressent les pouvoirs publics français mais les conséquences de leur regroupement dans certains quartiers<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> V. l'introduction de l'ANI relatif à la diversité.

<sup>2</sup> Par exemple, on ne peut écarter l'hypothèse selon laquelle les préjugés des clients pourraient affecter les ventes d'un commerce quand ils sont confrontés à des vendeurs issus de l'immigration.

<sup>3</sup> HALDE, délibération n° 2008-113 du 2 juin 2008 relative au label Diversité : « *La diversité résulte de l'absence de discrimination et d'une politique d'égalité effective : elle est un indicateur de résultat* ».

<sup>4</sup> C.S., *Connecticut v. Teal*, 1982. Voir l'opinion du juge Brennan et les commentaires de Richard Ford in *The Race Card, How Bluffing About Bias Makes Race Relations Worse*, NY, Farrar, Straus and Giroux, 2008, pp. 218-220.

<sup>5</sup> HCI, *Les parcours d'intégration*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 2001, p. 18.

<sup>6</sup> KIRSZBAUM T., « Un Janus aux deux visages : la diversité dans l'habitat... », *op. cit.*, p. 54.

La diversification du personnel n'est pas un gage de non discrimination. Ainsi, si on s'intéresse en France à la diversité dans la police, on s'interroge peu sur les éventuelles pratiques discriminatoires des policiers<sup>1</sup> contrairement à la Grande-Bretagne où cette question a fait l'objet de débats forts - qui ont permis la prise de conscience des discriminations institutionnelles et la révision des procédures notamment en matière de contrôle d'identité<sup>2</sup>. La pratique du « profilage racial », qui est une forme de discrimination statistique qui consiste à contrôler prioritairement les minorités « visibles » au motif réel ou fantasmé qu'on y trouve plus souvent des sans-papiers, des délinquants ou encore des terroristes, n'est ainsi pas questionnée en France<sup>3</sup>. Cette stratégie - qui peut être anticipée par les délinquants - conduit au renforcement des préjugés : tous les délinquants démasqués feront nécessairement partie de ces minorités, ce qui conduit à une méconnaissance du taux de délinquance parmi la majorité des « Blancs »<sup>4</sup>. De plus, si comme l'explique Richard Ford, le profilage « racial » peut constituer une démarche rationnelle, il n'est ni juste ni acceptable de faire peser sur les personnes relevant des catégories minoritaires visées une part disproportionnée du coût de l'application de la loi<sup>5</sup>. Comme le démontrait une enquête américaine sur le choix par les chauffeurs de taxis de leurs clients, la diversité des acteurs ne suffit pas à garantir un changement des comportements : on constatait que l'« identité » raciale » du chauffeur de taxi n'avait aucun impact sur la probabilité que le chauffeur prenne ou non en charge telle ou telle personne car le fait pour un client d'être noir était associé à un risque plus élevé de comportement prédateur<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> JOBARD F., « Police, justice et discriminations raciales », in *De la question sociale à la question raciale*, D. Fassin, E. Fassin (dir.), La Découverte, 2006, pp. 218-227.

<sup>2</sup> V. BENNETTO J., *Police and racism: What has been achieved 10 years after the Stephen Lawrence Inquiry report?*, Executive Summary, Equality and Human Rights Commission, 2009, 40 p.

<sup>3</sup> Open Society Justice Initiative, *Le profilage ethnique dans l'Union européenne : omniprésent, inefficace et discriminatoire, Résumé et recommandations*, NY, 2009, 20 p. ; Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Pour des pratiques de police plus efficaces. Guide pour comprendre et prévenir le profilage ethnique discriminatoire*, Luxembourg, OPUÉ, 2010, 80 p.

<sup>4</sup> PARODI M., « De la discrimination statistique à la discrimination positive... », *op. cit.*, p. 81. De plus, comme le signale une étude, le contrôle au faciès peut entraîner des conflits entre la police et les groupes visés, et un niveau accru d'agressivité lors des contacts entre les individus et les agents de la force publique, comme en témoignent les épisodes émeutiers récents en France (in *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, GORIS I., JOBART F., LEVY R., *op. cit.*, p. 21).

<sup>5</sup> Dans certaines configurations (poursuite d'un suspect par exemple), la police peut avoir de bonnes raisons de considérer l'origine « raciale » ou « ethnique » comme un élément de ses investigations mais cela impose toujours un coût disproportionné sur certaines catégories de personnes, c'est pourquoi les personnes ainsi contrôlées doivent être alors traitées avec le plus grand respect. Richard Ford relève en effet que le comportement de la police vient souvent s'ajouter aux actes proprement commandés par le profilage du suspect. In *The Race Card*, *op. cit.*, pp. 233-245.

<sup>6</sup> Enquête citée par D. SABBAGH, in « Débat : Le testing scientifique : problème de méthode », *Horizons stratégiques*, n° 5, juillet 2007, p. 89.

S'il s'agit donc de modifier en profondeur la culture des organisations pour garantir le droit à la non-discrimination, qu'en est-il des politiques mises en œuvre au nom de la diversité ? Derrière ce paradigme, quel type de mesures est effectivement mis en œuvre ? Une étude américaine démontre que pour obtenir de réels résultats, il est nécessaire d'inscrire la lutte contre les discriminations dans la routine de l'entreprise et sur la continuité et d'engager la responsabilité de l'organisation. Pour ce faire, il apparaît indispensable de désigner un responsable ou une structure spécifiques ayant autorité pour faire appliquer le programme global engagé et évaluer les actions menées au regard des objectifs fixés. Les actions de sensibilisation et de formation - souvent ponctuelles - ou les actions qui visent à diversifier le vivier de recrutement (*sourcing*) ou à parrainer des candidats issus des minorités connaissent une efficacité toute relative<sup>1</sup>. En France, il apparaît que nombre de pratiques mises en avant par les entreprises correspondent à des actions et des champs d'intervention antérieurs. Les rares enquêtes sur les programmes de diversité montrent qu'à l'exception des actions de communication prépondérantes, les actions transversales (formation, révision des procédures RH) restent à notre connaissance « fort circonscrites dans leur contenu et dans le temps »<sup>2</sup>.

De plus, la bannière de la diversité regroupant de multiples critères permet aux entreprises de faire des choix dans leurs priorités d'actions. Les discriminations liées au handicap, au sexe et à l'âge - des discriminations relevant de législations contraignantes comprenant des obligations positives - sont davantage prises en compte que les discriminations touchant les personnes issues de l'immigration ou originaires d'Outre-mer<sup>3</sup>. Les actions privilégiées apparaissent aussi comme plus consensuelles. L'organisation peut ainsi afficher de l'intérêt pour la diversité au sens générique et n'agir en pratique que sur un seul critère.

Dans la pratique, aux États-Unis comme en France, des mesures universelles de non-discrimination cohabitent avec des mesures plus catégorielles de développement professionnel sous l'égide de la diversité<sup>4</sup>. La gestion de la diversité peut en effet se traduire par des pratiques préférentielles qui visent un groupe spécifique (recrutement orienté,

---

<sup>1</sup> KALEV A., DOBBIN F., KELLY E., « Best practises or Best Guesses ? Assessing the Efficacy of Corporate Affirmative Action and Diversity Policies », *op. cit.*, pp. 589-617. L'étude indique aussi que les mesures les plus efficaces aux États-Unis restent les plans contraignants d'Affirmative action imposés au niveau fédéral – notamment dans le cadre des marchés publics et des procès.

<sup>2</sup> DOYTCHÉVA M., « Réinterprétation et usages sélectifs de la diversité... », *op. cit.*, p. 116.

<sup>3</sup> V. DOYTCHÉVA M. (dir.), *De la lutte contre les discriminations à la « promotion de la diversité »*, Une enquête sur le monde de l'entreprise, Université de Lille 3-GRACC/DREES-MiRE, décembre 2008.

<sup>4</sup> VAN DE WALLE I., MORDRET X., *De la charte de la diversité à la labellisation...*, *op. cit.*, p. 10.

formation et tutorat spécifiques, encouragement des réseaux propres, séminaires sur l'encadrement d'une main d'œuvre diversifiée...)<sup>1</sup>. Pour diversifier le *sourcing* en direction des personnes issues de l'immigration, on relève en France un recours important aux intervenants extérieurs (associations, cabinets de recrutements) à qui « les entreprises délèguent en partie ou en tout la gestion des contenus de leurs engagements »<sup>2</sup>. Certaines opérations préexistantes ont aussi été requalifiées en politiques de diversité ou de lutte contre les discriminations à l'instar des pratiques de parrainages ou des politiques de recrutements de stagiaires ou de personnel issus des quartiers ou établissements situés en zones sensibles<sup>3</sup>. La promotion de la diversité, notamment dans le cadre du Label « Diversité », est surtout l'occasion de déployer des pratiques non-discriminatoires de portée universelle qui visent à l'égalité de traitement. Les promoteurs de la diversité préconisent en effet un certain nombre de mesures visant à expurger les « process RH » des dimensions directement et indirectement discriminatoires, ce qui les rapproche des premières politiques antidiscriminatoires initiées aux États-Unis dans les années 1960<sup>4</sup>. Mais en France, à l'exception des différences entre les sexes, les arguments multiculturalistes du *diversity management* américain qui valorise les différences pour améliorer l'efficacité et la créativité de la main d'œuvre occupent une place marginale<sup>5</sup>.

Pour autant, le discours en faveur de la diversité « véhicule des présupposés idéologiques - en particulier la reconnaissance des différences et de la performance »<sup>6</sup> qui viennent heurter le principe d'indifférence de traitement. S'agit-il de s'en tenir à une diversité visible ou à une diversité réelle des opinions, des parcours et des expériences professionnelles ? Il semble bien que le discours sur la diversité s'en tienne à la première assertion. De ce point de vue, en prêtant certaines qualités à des individus en fonction de leur appartenance « ethno-raciale », les discours de la diversité pourraient être vecteurs d'essentialisation et porteurs des mêmes présupposés que ceux qui conduisent à la discrimination. Le paradigme de la diversité pourrait alors venir favoriser les discriminations « raciales » comme c'est le cas depuis des années dans le secteur du logement social.

---

<sup>1</sup> BENDER A-F, « Égalité professionnelle ou gestion de la diversité », *op. cit.*, p. 209-210.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> La HALDE conseille aux entreprises de proposer des stages aux responsables des collèges et lycées situés dans les zones sensibles qui, sous leur responsabilité, en désigneraient les bénéficiaires. In Lettre aux entreprises du 5 décembre 2005, point 2 (*Rapport annuel 2005, op. cit.*, p. 90). V. aussi HALDE, *Des pratiques pour l'égalité des chances : que répondent les entreprises à la HALDE ?*, 2007, p. 67.

<sup>4</sup> BERENI L., « 'Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise'... », *op. cit.*, p. 101.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> JUNTER A., SENAC-SLAWINSKI R., « La diversité : sans droit ni obligation », *op. cit.*, p. 182.

La notion de diversité induit aussi une idée de seuil dont la dangerosité n'est plus à démontrer. La visibilité des concentrations des immigrés ou supposés tels a renforcé la disqualification des quartiers et de l'habitat HLM et, pour juguler cette concentration, les politiques de peuplement sont intervenues<sup>1</sup>. L'opacité des procédures d'attribution de logements sociaux a permis une interprétation très libre de l'impératif de diversité ou de mixité<sup>2</sup> : aux critères réglementaires de sélection des demandes sont venus s'ajouter des critères « de risque social », à la sélection individuelle des familles s'est substituée une sélection de groupe. L'échec de la cohabitation est « attribué au dépassement d'un 'seuil d'acceptabilité' de la présence immigrée, au-delà duquel l'équilibre paraît rompu »<sup>3</sup>. Le principe de mixité a donc renforcé la discrimination : le parc déjà « fragilisé » a été interdit aux familles immigrées et défavorisées<sup>4</sup> sans forcer réellement leur accès à d'autres segments<sup>5</sup> et les délais d'attente entre le dépôt de la demande et l'obtention d'un logement social des demandeurs d'origine africaine, maghrébine ou turque sont devenus anormalement longs<sup>6</sup>. De nombreuses personnes ont ainsi essuyé, au nom du respect de la diversité, des refus d'attribution discriminatoires, sanctionnés par les tribunaux<sup>7</sup>. On voit donc combien les injonctions de diversité et de non-discrimination peuvent se révéler contradictoires<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> GELD, *Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social*, op. cit., p.18. Les obstacles rencontrés par certaines populations immigrées ou supposées telles - et notamment les discriminations - pour se loger dans le secteur privé contribuent directement à reporter la pression sur le parc social.

<sup>2</sup> KIRSZBAUM T., « Un Janus aux deux visages : la diversité dans l'habitat... », op. cit., p. 61.

<sup>3</sup> GELD, *Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social*, op. cit., p. 63.

<sup>4</sup> Cabinet ARGOS-DDE 34, *Rapport final : Promotion de l'égalité de traitement dans l'accès au logement social*, 6 juillet 2007, p.55.

<sup>5</sup> VIPREY M., *L'insertion des jeunes d'origine étrangère*, op. cit., p. 96.

<sup>6</sup> GELD, *Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social*, op. cit., p. 34.

<sup>7</sup> TGI, 17<sup>ème</sup> chambre correctionnelle de Paris, 25 mars 1991, *Pascal*, (inédit) : condamnation du président d'une filiale de la caisse des dépôts et consignations pour avoir refusé de fournir un logement à une personne de nationalité étrangère au nom d'instructions fixant obligation de relouer obligatoirement un appartement libéré par un Français à un autre Français afin d'assurer une meilleure mixité « ethnique » au sein des cités HLM (*Dictionnaire permanent Droit des étrangers*, « Discriminations », mise à jour du 1<sup>er</sup> août 2006, p. 638-639) ; TGI de Grenoble, 2<sup>ème</sup> chambre correctionnelle condamnant pour discrimination « raciale » le maire de Pierrelatte et son adjoint pour avoir refusé un logement social à un marocain (« Condamnation pour discrimination raciale dans le refus d'attribution de logement », *Le Monde*, éd. Rhône-Alpes, 4 novembre 1993 ; même s'ils furent relaxés en appel pour des raisons de forme). Plus récemment, un organisme HLM mis en examen pour discrimination « raciale » à la location d'un appartement a justifié son refus d'attribuer un logement à un Français d'origine africaine au nom de l'objectif de mixité sociale prévu par l'art. 56 de la loi de lutte contre les exclusions de juillet 1998 (« Un organisme HLM des Hauts-de-Seine mis en examen pour 'discrimination' », *Le Monde*, 14 octobre 2006). V. Plainte avec constitution de partie civile de SOS Racisme auprès du doyen des Juges d'instruction du TGI de Nanterre, 28 juillet 2005, n° 0521638022, réf. Instruction n° 1/05/73. Voir *Supra.*, pp. 268-272.

<sup>8</sup> Le rapport du jury de la « Conférence de consensus sur la diversité sociale dans l'habitat » organisée par la HALDE et le Conseil national de l'habitat dissocie certes diversité sociale et lutte contre les discriminations, les jugeant de « nature différente », mais il indique qu'ils « constituent autant d'objectifs importants et d'égale légitimité ». In HALDE, *Conférence de consensus sur la diversité sociale dans l'habitat, Recommandations pour la diversité sociale dans l'habitat*, op. cit., p. 3.

Cette dérive spécifique au logement social et liée à l'objectif de diversité pourrait-elle s'étendre à d'autres secteurs ? D'un point de vue théorique, rien ne l'interdit. Aux États-Unis, l'argument de la diversité, qui sert aujourd'hui la lutte contre les discriminations « raciales », fût un temps utilisé pour limiter l'inscription des Juifs dans les universités élitistes où l'on les estimait trop nombreux<sup>1</sup>. En France, la distribution des immigrés selon les professions fait apparaître des polarisations prévisibles ; pour ce qui concerne les secondes générations, la situation de ségrégation professionnelle s'amointrit mais persiste<sup>2</sup>. Faudrait-il, pour ces secteurs d'emplois tels que ceux du bâtiment ou du nettoyage, favoriser l'emploi de personnes issues du groupe majoritaire au nom de la diversité ? Cette question pourrait relever de la provocation au vu de l'interdit posé par l'art. 1<sup>er</sup> de la Constitution mais elle n'en a pas moins trouvé application. La « théorie du reflet » est ainsi venue corroborer les déclarations de certains hommes politiques qui soulignaient que l'équipe de France de football<sup>3</sup> comportait trop de joueurs noirs ce qui ne reflétait pas la composition de la société<sup>4</sup>. Et, si la Cour d'appel de Rennes est venue sanctionner un propriétaire de salon de coiffure qui avait refusé d'embaucher une candidate d'origine maghrébine au prétexte qu'« *ayant déjà une employée hindoue, elle ne pouvait pas vis-à-vis de la clientèle, se permettre d'employer exclusivement des personnes d'origine étrangère* », le juge de première instance avait néanmoins prononcé une relaxe au motif que les intentions de la gérante n'étaient manifestement pas de discriminer la candidate en raison de ses origines mais « *d'user de sa liberté d'employeur pour préserver une certaine diversité parmi ses employées* »<sup>5</sup>.

\*

Le principe de non-discrimination sans distinction d'origine impose la promotion de l'égalité de traitement qui doit être assurée à travers la transparence, la traçabilité et l'objectivation des processus. Ces mesures proactives qui visent à prévenir les discriminations

---

<sup>1</sup> STEINBERG S., « L'essor et le déclin de l'affirmative action aux États-Unis », *op. cit.*, p. 34.

<sup>2</sup> MEURS D, PAILHE A., SIMON P., « Mobilité intergénérationnelle et persistance des inégalités. L'accès à l'emploi des immigrés et de leurs descendants en France », INED, *Documents de travail*, n°130, 2005, p. 20 et 23. Une certaine spécialisation demeure pour les « secondes générations » notamment dans le bâtiment et la petite industrie pour les descendants d'immigrés portugais et l'action sociale pour les descendants d'immigrés maghrébins.

<sup>3</sup> Sur la sur-représentation des minorités dans le sport, voir l'étude « Racisme et discriminations dans le sport », de Patrick Mignon in CNCDH, *La lutte contre le racisme et la xénophobie – Rapport d'activité pour 2006*, Paris, La Documentation française, 2007, pp. 197-241.

<sup>4</sup> Cf. « L'extrême-droite célèbre la défaite de Bleus trop noirs », *Libération*, 12 juillet 2003 et les déclarations de Georges Frêche, *Le midi libre*, 17 novembre 2006.

<sup>5</sup> TGI Rennes, 29 juin 2006, n°06/2750 ; CA Rennes, 31 mai 2007.

demandent une révision structurelle des modalités de décision au sein des organisations. Pour autant, en France, ces pratiques continuent de s'incarner dans des instruments de *soft law* caractérisés par la négociation et le volontariat. Cette approche régulatrice marquée par l'incitation peut apparaître comme complémentaire de « la philosophie répressive maintes fois réaffirmée par le législateur sur le terrain de la lutte contre les discriminations »<sup>1</sup> mais les engagements des organisations restent largement formels.

Si dans les faits, certains acteurs tels que la HALDE gardent une vision forte et marquée par le droit de l'antidiscrimination, les politiques régulatrices tendent à « fragiliser une norme que les pouvoirs publics renoncent à poser comme valant a priori et absolument »<sup>2</sup>. Les instruments dont se dotent les organisations avec l'appui des pouvoirs publics ont une dimension faiblement prescriptive. Les premières recherches ont montré en tout état de cause un fort décalage entre l'ambition des discours affichés et les mesures effectivement mises en œuvre pour prévenir et sanctionner les discriminations<sup>3</sup>. De plus, la multiplication des engagements volontaires tels que les codes de bonne conduite ou les chartes ne favorise pas l'émergence de réglementations plus contraignantes, on peut même considérer qu'elle fait obstacle à l'extension de la norme juridique en laissant penser que la question des discriminations « raciales » est ainsi résolue<sup>4</sup>. Par ailleurs, cette régulation, marquée par le « refoulement de l'injonction normative »<sup>5</sup>, se réalise sous l'étendard de la diversité. Face à l'intégration de la valeur « égalité » dans les objectifs de profitabilité via le paradigme de la diversité, « la loi elle-même devient conditionnelle et son application subordonnée à la démonstration de son utilité mercantile »<sup>6</sup>. De plus, le principe de non-discrimination qui prend alors une dimension instrumentale est susceptible de se voir opposer d'autres objectifs.

Le surgissement du paradigme de la diversité est en France concomitant de l'apparition d'une politique publique antidiscriminatoire et notamment de la création de la HALDE qui doit participer à diffuser la définition rénovée des discriminations. On est loin de la configuration américaine : la diversité y apparaît dans un contexte où les organisations américaines sont soumises à un droit antidiscriminatoire ancien du fait de l'action des juges et de l'EEOC et ont déjà révisé leurs procédures pour s'y conformer. En France, le paradigme surgit en amont à toute action publique coercitive. On peut ainsi penser avec Didier Fassin

---

<sup>1</sup> CALVES G., « Sanctionner ou réguler... », *op. cit.*, p. 44.

<sup>2</sup> CALVES G., « « Il n'y a pas de race ici ». Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, octobre 2002, n° 17, p. 182.

<sup>3</sup> DOYTCHIEVA M. (dir.), De la lutte contre les discriminations à la « promotion de la diversité », Une enquête sur le monde de l'entreprise, Université de Lille 3-GRACC/DREES-MiRE, décembre 2008.

<sup>4</sup> KOLACINSKI D., *Analyse économique des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 207.

<sup>5</sup> BERENI L., « 'Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise'... », *op. cit.*, p. 104.

<sup>6</sup> JUNTER A., SENAC-SLAWINSKI R., « La diversité : sans droit ni obligation », *op. cit.*, p. 183.



que « la fenêtre d’opportunité pendant laquelle il était possible de donner une légitimité aux victimes et aux témoins des discriminations aurait ainsi été bien peu entrouverte »<sup>1</sup>. La radicalité du principe de non-discrimination, qui vient questionner la notion de mérite et les critères routiniers d’allocation des biens, se trouve ainsi niée au profit d’une diversité qui, célébrant les différences, risque de miner le principe que l’on cherchait à rendre effectif<sup>2</sup>.

Alors qu’aucun véritable socle de mesures stabilisé ne ressort des pratiques des organisations, l’impact du droit antidiscriminatoire et le risque judiciaire sont légitimement perçus par les acteurs comme négligeables<sup>3</sup> faute d’une judiciarisation forte et dissuasive. Or, nous l’avons dit, à l’instar de la double mission de la HALDE (sanction des pratiques discriminatoires et promotion des bonnes pratiques), c’est de la complémentarité entre imposition et incitation qu’il faut jouer. Les instruments de droit mou, qui sont censés porter leur ambition antidiscriminatoire au-delà du droit, ne sauraient être efficaces que s’ils sont suscités et encadrés par des normes prescriptrices que le juge précise et légitime. À défaut d’une réelle judiciarisation, les engagements pourraient rester bien creux.

La loi doit aussi pouvoir intervenir pour généraliser les expérimentations réussies et les politiques publiques antidiscriminatoires doivent se déployer au-delà du seul secteur de l’emploi. Il y a donc nécessité de mieux connaître les phénomènes de discriminations « raciales » pour mieux cibler les politiques publiques et évaluer les pratiques des organisations. Si la mesure des discriminations est donc un enjeu incontournable des politiques proactives de lutte contre les discriminations « raciales », le paradigme de la diversité, qui s’intéresse davantage aux résultats et à la représentation des personnes issues de l’immigration qu’aux processus discriminatoires, a participé à focaliser l’attention sur les très polémiques « statistiques ethniques ».

\*

---

<sup>1</sup> FASSIN D., « Du déni à la dénégation. Psychologie politique de la représentations des discriminations », *op. cit.*, p. 139.

<sup>2</sup> L’ANI relatif à la diversité dans l’entreprise relève ainsi l’importance de la « *prise de conscience collective des atouts de la diversité* » (art.4, al. 3), de l’éradication des préjugés (art. 5) et de la disparition des stéréotypes (art. 4). La célébration des différences présentées comme enrichissantes et l’éradication des stéréotypes semblent entrer en contradiction. S’agit-il simplement de passer des préjugés négatifs à des préjugés positifs exploitables par le marché ?

<sup>3</sup> DOYTCHEVA M., « Réinterprétation et usages sélectifs de la diversité... », *op. cit.*, p. 123.

## Chapitre II

### L'enjeu de la mesure des discriminations « raciales »

Alors même que la France et les États-Unis ont adopté une législation prohibant la discrimination « raciale » à des dates assez proches<sup>1</sup>, l'émergence des politiques antidiscriminatoires a été particulièrement tardive en France. Selon F. Dobbin, ces différences de trajectoires ne s'expliquent pas par le fait que la tradition américaine reconnaît la « race » comme une catégorie opératoire des politiques publiques : c'est avant tout le mouvement dialectique entre droit et sciences sociales et économiques qui a permis l'évolution des notions de discriminations et du droit antidiscriminatoire américain<sup>2</sup>.

Si les discriminations « raciales », dissoutes dans la grille d'analyse traditionnelle des inégalités sociales, ont été longtemps ignorées<sup>3</sup>, la multiplication récente des recherches françaises a participé à l'émergence de la question des discriminations « raciales » sur l'agenda politique et a incité les pouvoirs publics à compléter la législation et à promouvoir l'égalité de traitement<sup>4</sup>. Le GELD, créé en 1999, a su contribuer à améliorer la connaissance des phénomènes discriminatoires et nourrir le débat public de travaux et d'études de qualité<sup>5</sup>. Dans la continuité, l'art. 15 de la loi du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE attribue à la Haute autorité la mission de conduire et de coordonner des travaux d'études et de recherches. Le droit s'intéressant dorénavant aux effets discriminatoires - et non plus aux seules discriminations formelles et intentionnelles - afin de garantir une égalité de traitement concrète, la connaissance des discriminations apparaît comme un enjeu majeur pour « mettre en place des moyens plus efficaces de lutte contre les discriminations »<sup>6</sup>.

Sans recours à des instruments de mesure de la discrimination directe et indirecte pour prouver la réalité d'un ressenti allégué, la juridictionnalisation est souvent impossible. Sans

---

<sup>1</sup> Les discriminations « raciales » intentionnelles sont interdites en 1964 aux États-Unis et en 1972 en France.

<sup>2</sup> DOBBIN F., « Do the Social Sciences Shape Corporate Anti-Discrimination Practice ? », *op. cit.*, pp. 830-836.

<sup>3</sup> SIMON P., « L'évaluation des discriminations par la statistique en France », in M. Boucher (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, *op. cit.*, p. 494.

<sup>4</sup> Ainsi, pour preuve de l'incidence de la recherche sur l'évolution de la législation, la période du stage a été intégrée aux domaines couverts par l'interdit discriminatoire en janvier 2002 et un projet d'une « charte nationale des stages » a été lancé à la suite de la parution d'une étude relevant l'importance des discriminations « raciales » dans l'accès au stage des élèves de l'enseignement professionnel (« L'inspection générale de l'éducation nationale relève une discrimination dans l'accès aux stages », *Le Monde*, 2 juin 2000). Plus globalement, les testings et autres études statistiques ont considérablement accéléré la prise de conscience.

<sup>5</sup> SCHMID L., « Discrimination et action publique : bilan et perspectives (1999-2006) », *op. cit.*, p.106.

<sup>6</sup> CREDOF, *La lutte contre les discriminations, entre théorie et pratique, entre droit et politique, Actes du séminaire du 21 juin 2000*, Université de Paris X- Nanterre, 2002, p. 39.

diagnostic préalable ni évaluation, les politiques de promotion de l'égalité de traitement pourraient rester de simples « déclarations d'intention sans concrétisation à la hauteur des enjeux »<sup>1</sup>. C'est aussi une connaissance plus fine des mécanismes discriminatoires qui permet la définition d'une politique proactive pertinente et la mise en place de nouvelles procédés d'objectivation, telles que le C.V. anonyme, pour garantir une égalité de traitement concrète<sup>2</sup>. La connaissance des phénomènes discriminatoires et l'identification des obstacles sociaux et proprement discriminatoires à la réalisation de l'égalité conditionnent l'évolution éventuelle de la stratégie des pouvoirs publics. Ainsi, les recherches poussées sur la question des discriminations salariales subies par les femmes - mettant en lumière leur dimension systémique - ont montré qu'au-delà du droit, il était nécessaire de déployer une politique publique sur l'orientation scolaire des filles et la garde d'enfants. Enfin, les recherches doivent permettre de mieux cerner les discriminations croisées dites cumulatives<sup>3</sup> afin de mieux doser les instruments universels et les politiques spécifiques au sein d'une politique antidiscriminatoire globale. L'opérationnalisation du droit à la non-discrimination « raciale », concrètement apprécié, impose donc de s'intéresser à la question de la mesure des discriminations et notamment à l'équipement statistique qu'elle implique.

Les modalités d'une meilleure connaissance et mesure des discriminations font l'objet d'âpres discussions. Le cadre juridique français du traitement des données relatives à l'origine est contesté par de nombreux acteurs qui estiment qu'il interdit toute intervention antidiscriminatoire efficace en instituant une invisibilité statistique et juridique des victimes potentielles de discriminations « raciales »<sup>4</sup>. Des entreprises réclament, elles, la possibilité d'évaluer leurs engagements en faveur de la diversité<sup>5</sup>. La définition des méthodologies pertinentes - c'est-à-dire la construction des catégories de classification et l'identification des

---

<sup>1</sup> SIMON P., « L'évaluation des discriminations par la statistique en France », *op. cit.*, p. 494.

<sup>2</sup> Les résultats des enquêtes testings démontrant que le CV anonyme pouvait constituer un instrument efficace de lutte contre les discriminations à l'embauche ont décidé le législateur à imposer le CV anonyme. Mais une récente étude est venue relativiser l'impact positif du CV anonyme et justifier l'abandon du projet de rendre obligatoire cet instrument (*Le Monde*, 25 août 2011). Voir *supra.*, Note de bas de page p. 471.

<sup>3</sup> Ces discriminations sont dites cumulatives car elles touchent les personnes dont les caractéristiques les exposent à des discriminations combinant plusieurs critères (une femme d'origine maghrébine par exemple). Néanmoins, l'expression « discrimination cumulative » est trompeuse : ce type de discrimination, particulièrement méconnu eu égard au très faible nombre de recherches le concernant, n'est pas le résultat d'une addition des discriminations mais prend appui sur des constructions sociales et des associations cognitives originales.

<sup>4</sup> Par exemple, v. GOLDSTON J., « Race and ethnic data: a missing resource in the fight against discrimination », in A. Krizsán (ed.), *Ethnic monitoring and data protection: the European context*, CEU-Indok, Budapest, 2001, pp. 19-41.

<sup>5</sup> La Charte de la diversité prévoit qu'il faut « inclure dans le rapport annuel un chapitre descriptif » sur les actions mises en œuvre, pratiques et résultats relatives aux engagements en faveur de la diversité (art. 6).

l'échantillon - n'est pas qu'une question technique. Étant donné les spécificités propres aux données « raciales », elle conduit à réexaminer le modèle universaliste républicain sous un angle politico-juridique et doit s'articuler avec un questionnement relatif à la finalité des statistiques en question, à savoir la lutte contre les discriminations « raciales ».

Le développement d'instruments de mesure et de matérialisation des discriminations, qui apparaît indispensable, doit s'inscrire dans le cadre juridique relatif au traitement des données relatives à l'origine censé articuler protection des données, droit à la vie privée et mesure des discriminations. De ce point de vue, les cadres culturels et juridiques français et anglo-saxons diffèrent très largement notamment au vu des arbitrages réalisés (section 1). Certains acteurs, au nom d'une lutte efficace contre les discriminations « raciales », réclament une révision du cadre juridique français. Néanmoins, le cadre actuel permet la mesure des discriminations comme la multiplication récente des recherches et des audits en ce domaine le démontre (section 2).

## **Section 1- le cadre juridique du traitement des données relatives à l'origine**

Les statistiques de la discrimination qu'autorise le cadre juridique français de protection des données personnelles sont limitées au regard des statistiques « ethniques » systématisées dont disposent les pays anglo-saxons précurseurs de la lutte contre les discriminations « raciales ». Néanmoins, les contextes historiques, politiques et juridiques propres à chaque société dans lesquels s'intègrent ces statistiques « ethno-raciales » interdisent toute importation mécanique en France des nomenclatures étrangères. De plus, si l'approche française est aveugle à la « race » et à la couleur (*colorblind*), le droit autorise l'utilisation de variables relative à l'origine.

### **§1) Les données sur l'origine en France : une invisibilité relative**

En France, l'interdiction de la collecte, de l'enregistrement et du traitement des données faisant apparaître directement ou indirectement les origines peut être analysé comme un principe induit par l'art. 1<sup>er</sup> de la Constitution (A). Mais les nombreuses dérogations, encadrées par les textes, sont aujourd'hui davantage exploitées et l'éventail des données mobilisables s'est élargi (B). Le droit français est ici sensible à un double mouvement du droit

européen : d'un côté, la fixation de plus en plus précise des limites à la production et à la circulation de données sur les personnes afin de protéger le droit à la vie privée, liée notamment au développement de l'informatique et d'Internet ; de l'autre, la production de données sur l'origine des personnes encouragée au nom de la lutte contre les discriminations « raciales ».

A) L'interdiction du recueil des données relatives à l'origine : un principe à dérogations

La loi du 6 janvier 1978, dont la CNIL assure le respect, encadre le traitement des données personnelles dans le respect du droit à la vie privée. Elle a été modifiée par la nouvelle loi « Informatique et libertés » du 6 août 2004<sup>1</sup> transposant la directive 95/46/CE<sup>2</sup>. La liste actuelle des données à caractère personnel<sup>3</sup> dont la collecte et le traitement sont en principe interdits reprend les éléments de la loi initiale de 1978 : les données dites sensibles concernent les origines « raciales », les opinions politiques, philosophiques ou religieuses, l'appartenance syndicale des personnes et les mœurs auxquelles viennent s'ajouter, conformément à l'art 8 de la Directive de 1995, l'origine « ethnique » et les données relatives à la santé et à la vie sexuelle<sup>4</sup>. La protection maximale dont bénéficient ces données sensibles *a priori* suspectes « s'explique par le caractère normalement non pertinent de ces informations portant sur l'individu pour l'adoption de décisions le concernant »<sup>5</sup> : leur utilisation représente un risque de marquage stigmatisant et de discrimination systématisée<sup>6</sup>. À l'exception du sexe qui, en tant que donnée d'état civil, reste une variable autorisée, cette

---

<sup>1</sup> Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 (*J.O.* du 7 août 2004, p. 14063) modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Elle substitue notamment à la notion d'informations nominatives la notion de données à caractère personnel et ne fait plus référence au traitement automatisé : constitue un traitement de données toute opération portant sur des données à caractère personnel quel que soit le procédé technique utilisé.

<sup>2</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 95 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

<sup>3</sup> « Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée directement ou indirectement ou par référence à un numéro d'identification ou à plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peuvent avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne ». (art. 2 al. 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée en 2004).

<sup>4</sup> Art. 8-1 de la loi du 6 août 2004, *op. cit.*

<sup>5</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail...*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>6</sup> L'ensemble des « principe directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés concernant des données à caractère personnel » adopté en 1990 par l'Assemblée générale des Nations Unies, dont le « principe de non-discrimination » énonce que normalement, « les données pouvant engendrer une discrimination illégitime ou arbitraire, notamment les informations sur l'origine raciale ou ethnique, la couleur, la vie sexuelle, les opinions politiques, les convictions religieuses, philosophiques ou autres, ainsi que l'appartenance à une association ou un syndicat, ne devraient pas être collectées » (A.G. des Nations Unies, rés. 45/95 du 14 décembre 1990).

liste est logiquement proche de la liste des motifs illégitimes susceptibles de donner lieu à des discriminations. Cette interdiction principale de statistiques « ethniques » fait évidemment écho aux pages les plus sombres de l'histoire française : le fichier des juifs constitués en 1940 par la police parisienne ou encore la classification par les services du recensement en « Musulmans originaires d'Algérie » des personnes nées en Algérie ayant à la fois un nom et un prénom à consonance arabe ou berbère distingués des « Français de naissance originaires d'Algérie »<sup>1</sup>.

Néanmoins, si l'art. 8-I de la loi de 1978 modifiée prévoit l'interdiction du traitement des données sensibles, les paragraphes suivants font apparaître de nombreuses dérogations. Ainsi, « dans la mesure où la finalité du traitement l'exige » (art. 8-II), le traitement peut être autorisé en cas de « *consentement express* » (1°), pour les traitements nécessaires à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit (5°) et dans le domaine de la santé (7°)<sup>2</sup>. Les traitements statistiques de l'INSEE ou des services statistiques ministériels peuvent être aussi autorisés par la CNIL après avis du Conseil national de l'information statistique (CNIS)<sup>3</sup> : la CNIL encadre juridiquement l'activité statistique, le CNIS la « borde déontologiquement et scientifiquement »<sup>4</sup>. De plus, l'art. 8-III prévoit que la CNIL peut accepter les traitements de certaines données sensibles dans les cas d'anonymisation rapide<sup>5</sup>. Enfin, les fichiers « *justifiés par l'intérêt public* »<sup>6</sup> peuvent déroger à l'interdiction de traiter des données sensibles à l'instar des fichiers de police ou de justice concernant la sécurité de

---

<sup>1</sup> Les « Français musulmans », catégorie née avec la loi organique du 20 septembre 1947 qui étend la citoyenneté française à l'ensemble des habitants d'Algérie, se voyaient soumis au droit local et privés de la majeure partie des droits politiques, le critère juridique de nationalité s'étant effacé derrière le critère « ethnique ». Cf. CUSSET P-Y, « Les statistiques 'ethniques' : premiers éléments de cadrage », Centre d'analyse stratégique, juin 2006, p. 5.

<sup>2</sup> Voir art. 8-II-6° et 8° de la loi du 6 janvier 1978. Pour les traitements de données personnelles concernant la recherche médicale, le Comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé, institué auprès du ministre chargé de la recherche, doit être saisi pour émettre un avis sur la méthodologie de la recherche en sus de l'autorisation de la CNIL. Bien que le droit puisse autoriser ces recherches médicales spécifiques afin notamment de diagnostiquer, de soigner et de prévenir les épidémies, les études médicales traitant de données relatives à l'origine sont très rares et récentes (notamment concernant le SIDA, voir « Une étude évalue les connaissances des Africains d'Ile-de-France sur le sida », *Le Monde*, 29 juin 2007).

<sup>3</sup> Dans le respect de la loi n° 57-711 du 7 juin 1951 (modifiée à trois reprises) sur « *l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques* ». La Société française de statistique, associée à des chercheurs et le Conseil National de l'Information Statistique, en relation avec la CNIL, ont demandé et obtenu que, conformément à la directive européenne du 24 octobre 1995, les enquêtes de la statistique publique dérogent à l'accord exprès (art. 25-1° de la loi de 1978 modifiée).

<sup>4</sup> SIMON P et STAVO-DEBAUGE J., « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés contemporaines*, n°53, 2004-1, p. 73. Le CNIS se prononce sur la conformité aux normes déontologiques, scientifiques et méthodologiques et sur l'opportunité des traitements informatisés, leur contenu et leur méthodologie, leur diffusion et les modalités de leur exploitation.

<sup>5</sup> Art. 8-III de la loi de la loi du 6 janvier 1978 modifiée.

<sup>6</sup> Art. 8-IV de la loi de la loi du 6 janvier 1978 modifiée. Les modalités sont précisées à l'art. 25-I.

l'État, la prévention ou la recherche de délinquants<sup>1</sup>. Le principe de l'invisibilité des personnes selon leur origine est donc tout relatif. À l'exception des enquêtes utilisant des données sensibles avec le consentement express des personnes et des fichiers de police, l'intervention de la CNIL s'avère décisive pour autoriser ponctuellement le recueil de telles données. Pour repérer les violations éventuelles à l'art. 8 de la loi de 1978, la CNIL dispose d'un large pouvoir de contrôle<sup>2</sup> et peut, le cas échéant, faire application de pouvoirs de sanction renforcés depuis la loi du 6 août 2004<sup>3</sup>. Mais tandis que son rôle n'a cessé de s'étendre avec l'informatisation et la multiplication des fichiers, les moyens dont dispose la CNIL n'ont pas connu de réelle évolution depuis sa création : la CNIL est certainement l'une des autorités les moins bien dotées si l'on compare les moyens dont elle dispose à ceux des autorités étrangères de protection des données<sup>4</sup>.

Ainsi, malgré le principe d'interdiction des données « raciales » ou « ethniques », certaines variables relatives à l'origine « ethno-raciale » peuvent être exceptionnellement autorisées au regard d'une finalité d'intérêt public bien particulière. Pour exemple, le fichier informatique de police Canonge comporte l'état civil, la photo et la description physique très détaillée des personnes signalées lors de leur placement en garde à vue. Parmi les douze types « ethno-raciaux » du logiciel<sup>5</sup>, l'identification revient à l'officier de police<sup>6</sup>. La CNIL, à

---

<sup>1</sup> Ces fichiers publics sont autorisés par décret en Conseil d'État pris après avis motivé et publié de la CNIL (art. 26-II). Cette disposition marque ainsi un recul du droit au respect de la vie privée et une moindre protection des « données sensibles » que le Conseil constitutionnel n'a pas censuré (décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 24 à 26).

<sup>2</sup> Voir le chapitre VI de la loi du 6 janvier 1978 modifiée : vérification sur place, demande de communication de tous documents et tous renseignements utiles...

<sup>3</sup> Voir le chapitre VII de la loi du 6 janvier 1978 modifiée consacré aux sanctions prononcées par la CNIL. Le cas échéant, elle peut mettre en demeure le responsable du traitement de faire cesser les manquements constatés dans un délai déterminé et, en cas de refus, prononcer des sanctions administratives, notamment pécuniaires d'un montant maximal de 150.000 € (300.000 € en cas de manquement réitéré) et, en cas d'atteinte grave et immédiate aux droits et libertés, elle a la possibilité de saisir le juge en référé. De son côté, la CNIL peut toujours informer le parquet des infractions qu'elle constate. Voir A. MAITROT, « La réforme de la loi informatique et libertés et le droit au respect de la vie privée », *AJDA*, 2004, p. 2269.

<sup>4</sup> VUILLET-TAVERNIER S., « Après la loi du 6 août 2004 : nouvelle loi « informatique et libertés », nouvelle CNIL ? », *Droit social*, décembre 2004, n° 12, p. 1065. La CNIL comptait en 2004 seulement environ 80 agents alors que ses homologues disposaient de 240 agents en Grande-Bretagne et de 400 agents en Allemagne.

<sup>5</sup> « blanc-caucasien », « méditerranéen », « gitan », « moyen-oriental », « nord-africain-maghrébin », « asiatique-eurasien », « amérindien », « indien », « métis-mulâtre », « noir », « polynésien », « mélanésien ».

<sup>6</sup> La CNIL s'est prononcée à plusieurs reprises sur de tels fichiers de police. Ainsi, dans sa délibération n° 2008-233 du 20 octobre 2008, le Collège de la CNIL a recommandé d'exclure de la dérogation prévue à l'article 2 du projet de décret les données liées à l'origine « ethnique » des personnes fichées. Il a précisé que la notion de « signes physiques particuliers et objectifs » était suffisante pour parvenir aux buts poursuivis par le traitement automatisé.

qui il revient d'autoriser ou non ces fichiers<sup>1</sup>, interdit d'exploiter ces données à d'autres fins que celle de la recherche d'un auteur d'infraction présumé. De même, elle a admis en 1983, et depuis lors sans discontinuer, que l'origine « ethnique » des personnes puisse figurer parmi les informations recueillies en vue du recensement de la population des territoires d'Outre-Mer (TOM) estimant que « *la question sur l'origine ethnique compte tenu des caractéristiques sociodémographiques propres aux TOM, est utile à la finalité du recensement dans ces territoires* », notamment en vue de définir les politiques sociales et économiques à y mener, et que sa mise en mémoire répondait donc à un motif d'intérêt public<sup>2</sup>. Sur ce fondement, un décret du 28 mars 1996 autorise pour le recensement en Nouvelle-Calédonie « *la collecte et le traitement de données nominatives susceptibles de faire apparaître l'origine ethnique des personnes* »<sup>3</sup>.

En dehors de ces cas exceptionnels, l'essentiel du travail de la CNIL consiste à « interpréter le champ de signification de variables pouvant, indirectement, fournir une indication sur l'origine 'ethnique' ou 'raciale' »<sup>4</sup>. Depuis la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, le recensement de la population enregistre la nationalité et le lieu de naissance et utilise la distinction juridique entre Français de naissance, Français par naturalisation<sup>5</sup> et étrangers. Plus récemment, la construction européenne a conduit à la formalisation d'une catégorie intermédiaire entre le national et l'étranger, celle du ressortissant d'un État de l'Union européenne. Néanmoins, la nationalité, donnée d'état civil, peut être considérée comme une donnée sensible dans certaines hypothèses car elle constitue un indice indirect de l'origine

---

<sup>1</sup> L'autorisation de la CNIL est nécessaire pour les traitements portant sur des données relatives aux infractions et condamnations. Il en est de même pour les traitements automatisés des données biométriques nécessaires au contrôle d'identité (art. 25 -8° de la loi de 1978).

<sup>2</sup> Délibération du 18 janvier 1983 reproduite dans le 4<sup>ème</sup> rapport d'activité de la CNIL (La Documentation française, 1984, p. 73 et p. 294).

<sup>3</sup> La CNIL a délibéré à plusieurs reprises sur le recensement de la population en Nouvelle-Calédonie qui comportait des questions directes sur la tribu d'origine et la communauté d'appartenance (délibérations du 10 janvier 1989, du 17 octobre 1995 et 14 mars 2002). Malgré l'intervention de Jacques Chirac en 2003 qui demanda le retrait de ces questions, un décret en Conseil d'État du 2009 rétablit les questions incriminées (décret n° 2009-784 du 23 juin 2009 fixant la date et les conditions dans lesquelles sera exécuté le recensement général de la population de Nouvelle-Calédonie en 2009, *J.O.* du 25 juin 2009 p. 10496).

<sup>4</sup> SIMON P et STAVO-DEBAUGE J., « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *op. cit.*, p. 76. Pour ces auteurs, cette marge d'appréciation « maximalise les préventions des chercheurs et des institutions publiques ».

<sup>5</sup> L'information sur la nationalité antérieure des personnes naturalisées figure par intermittence dans les recensements depuis 1851 (elle servira de fondement aux restrictions en matière de droits civiques qui surviendront en 1889 et dans les années 1930 pour les Français naturalisés). De même, les personnes nées à l'étranger ou dans les DOM-TOM devaient indiquer leur année d'arrivée en métropole entre 1954 et 1968 et à nouveau à partir de 1999. En 2004, la question ne s'adresse plus qu'aux personnes nées à l'étranger. In MONSO O., de SAINT POL T., « L'origine géographique des individus dans les recensements de la population », *Courrier des statistiques*, n° 117-118, 2006, p. 40.



« raciale » ou « ethnique ». Ainsi, la CNIL n'autorise les détenteurs de fichiers à conserver en mémoire cette donnée, comme celle du pays de naissance<sup>1</sup>, que lorsque l'activité de l'institution commande la saisie de ces variables<sup>2</sup>. Mais ces variables sensibles dites standard sont régulièrement utilisées dans les grandes enquêtes de la statistique publique. Enfin, concernant la catégorie « immigré », elle ne se stabilise qu'au début des années 1990. Les immigrés sont dorénavant définis comme les personnes, qui, résidant en France de manière stable, sont nées étrangères à l'étranger<sup>3</sup>. La construction de cette catégorie, à partir du lieu de naissance et de la nationalité des individus, ne pose pas véritablement problème. Cependant, elle ne permet pas d'appréhender la situation des descendants d'immigrés ni d'évaluer les inégalités résultant de discriminations « raciales ».

Le recueil des données relatives à la nationalité de naissance des parents, au lieu de naissance des parents et à la langue maternelle facilite l'identification des « secondes générations » mais ces variables dites spécifiques n'apparaissent pas dans le recensement. Elles ne sont utilisées qu'avec le double aval du CNIS et de la CNIL dans des enquêtes spécialisées des services de la statistique publique<sup>4</sup> sur la mobilité, l'intégration ou les discriminations<sup>5</sup>. Les questionnaires sont alors contrôlés question par question et la pertinence des données par rapport à la finalité de la recherche est vérifiée en sus des

---

<sup>1</sup> CNIL, délibération n° 97-026 du 1<sup>er</sup> avril 1997 : « *la commission recommande généralement que l'indication du pays d'origine, bien que cette information résulte de l'état civil de la personne, ne fasse pas, en tant que telle, l'objet d'un traitement informatique particulier qui pourrait permettre d'effectuer des tris, notamment entre Français, sur ce critère* ».

<sup>2</sup> « La nationalité n'est enregistrée sous une forme détaillée que lorsque des raisons précises le justifient : nécessité, par exemple, de disposer de données chiffrées fines pour équilibrer les échanges d'étudiants dans le cadre d'accords bilatéraux ou encore pour apprécier, conformément aux demandes du HCI, l'efficacité des différentes actions sous l'angle de l'intégration » (*in* CNIL, 14<sup>ème</sup> rapport d'activité, La documentation française, 1993, p.118). Ainsi, le recueil de la nationalité et du pays de naissance lors du dépôt des demandes de logement a été autorisé afin de permettre aux organismes d'assurer la « mixité sociale » (et ce alors que la nationalité ne constitue pas un critère légal d'attribution du logement lorsque le droit au séjour est vérifié). Il a cependant été interdit dans le cadre des enquêtes d'occupation du parc social (CNIL, délibération n° 01-061 du 20 décembre 2001 concernant les fichiers de gestion des organismes HLM).

<sup>3</sup> Cf. SPIRE A., « De l'étranger à l'immigré. La magie sociale d'une catégorie statistique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 129, sept. 1999, pp. 50-56.

<sup>4</sup> INSEE, INED, DRESS, DARES.

<sup>5</sup> Dans le cadre de la dérogation légale relative à la recherche médicale, la donnée sur le pays de naissance des parents peut être également recueillie et enregistrée après avis préalable du Comité consultatif idoine et autorisation de la CNIL. En 2006, le Conseil d'État était saisi d'un recours visant à l'annulation de l'arrêté ministériel du 5 février 2004 qui prévoyait que la donnée sur le pays de naissance de la mère devait être recueillie et enregistrée par les centres antipoison dans le cadre d'une étude sur le saturnisme. Le juge annula la disposition pour vice de procédure (l'avis préalable du Comité n'avait pas été recueilli) tout en considérant cette donnée sur le pays de naissance de la mère comme pertinente au regard de la finalité des traitements car elle « *ne suffit pas à révéler directement ou indirectement l'origine raciale de la mère et de l'enfant* » (C.E., 11 janvier 2006, *AFVS et autres*, n° 267251). Néanmoins, la cohérence de cette donnée avec la finalité médicale invoquée continue d'interroger (le saturnisme découlant de l'existence de peinture au plomb dans des immeubles délabrés et insalubres occupés par des familles qui ne trouvent pas à se loger ailleurs en raison de revenus insuffisants et des tensions du marché locatif privé comme social).

obligations d'anonymat et de destruction des données individuelles. L'enquête « Mobilité géographique et Insertion sociale » (MGIS), réalisée en 1992 par l'INED en collaboration avec l'INSEE, est la première à avoir mobilisé ces données sur la filiation (pays de naissance et nationalité à la naissance des parents).

#### B) Identification des discriminations « raciales » : variables utilisées et recherches menées

Quand l'insertion des immigrés puis la lutte contre les discriminations « raciales » deviennent des sujets d'étude prioritaires, les enquêtes publiques, régulières ou ponctuelles, comportant des questions sur la filiation des personnes se multiplient : enquêtes « Générations 98 » et « Générations 2001 »<sup>1</sup>, « Formation Qualification Professionnelle » de 1993 et 2003<sup>2</sup>, « Structure des salaires » de 2002, « Histoires de vie -Construction des identités »<sup>3</sup> de 2003, Enquête « Emploi en continu » (EEC) réalisée chaque semestre par l'INSEE intégrant des questions relatives à la nationalité de naissance des parents et à leur lieu de naissance depuis janvier 2005<sup>4</sup>, tout comme depuis 2006 pour l'enquête « Logement » réalisée tous les quatre ans... L'enquête la plus importante s'appuyant sur la nationalité, le pays de naissance du répondant et celui de ses parents et sur les langues transmises durant l'enfance est l'enquête « Etude de l'histoire familiale » associée au recensement de 1999 et menée par l'INSEE avec le concours de l'INED auprès de 380.000 personnes<sup>5</sup>. Ces travaux qui rendent possible des analyses « toutes choses égales par ailleurs » permettent de montrer comment l'origine se combine avec d'autres critères tels que l'âge, le niveau de formation et le sexe et de comparer

---

<sup>1</sup> Ces enquêtes du CEREQ, basées sur un échantillon représentatif de jeunes après leur sortie du système de formation initiale, comprennent une question sur le pays de naissance des parents lorsque ceux-ci se déclarent étrangers ou Français par acquisition et ont permis de confirmer « une pénalité ethnique à l'embauche » pour les personnes originaires du Maghreb, d'Afrique subsaharienne et de Turquie (Voir SILBERMAN R, FOURNIER I., « Jeunes issus de l'immigration, une pénalité à l'embauche qui perdure », *Bref*, n° 226, janvier 2006).

<sup>2</sup> L'enquête « FQP » menée à intervalles réguliers permet d'identifier la première génération, via une question sur le pays de naissance des parents posée depuis 1993 et une autre sur la nationalité de naissance du père et de la mère introduite en 2003, et de mesurer l'impact des origines sur la carrière ou les études (cf. POUGET J., RATHELOT R. (INED), « Wages and Employment of French Workers with African Origin », *Série des documents de travail du CREST*, n° 2007-366, 29 juin 2007, 24 p.)

<sup>3</sup> Cette enquête de l'INSEE permet de retracer les appartenances objectivées et identifications revendiquées dans les domaines de la famille, de la profession, des loisirs, de la santé, de la l'engagement politique... Elle permet aussi d'étudier les assignations subies et leurs effets sur l'identité ainsi que le vécu des attitudes discriminatoires (cf. ALGAVA E, BEQUE M., « Le vécu des attitudes intolérantes ou discriminatoires par les personnes immigrées et issues de l'immigration », *Études et résultats* (DRESS), n° 424, septembre 2005, 8 p.)

<sup>4</sup> Chaque année une enquête complémentaire est rattachée à l'EEC. Elle portait en 2008 sur la situation professionnelle des migrants et des descendants de migrants. In CUSSET P-Y, « Les statistiques 'ethniques' : premiers éléments de cadrage », *op. cit.*, p. 7.

<sup>5</sup> HERAN F., « Statistiques ethniques, c'est possible », *Le Monde*, 15 septembre 2006.

pour une même variable (salaire, promotion...) les discriminations « raciales » avec des discriminations fondées sur d'autres motifs. L'utilisation de l'échantillon permanent de l'INSEE, qui compile dans le temps les informations des recensements et de l'état civil pour les personnes nées sur 4 jours déterminés de l'année, permet aussi des études longitudinales sur le parcours des enfants d'immigrés<sup>1</sup>. L'enquête « Trajectoires et origines » (TéO), dont les premiers résultats ont été publiés en 2010, est la première enquête dont l'échantillon permet d'étudier spécifiquement les personnes natives des DOM et leurs enfants en France métropolitaine<sup>2</sup>.

Pour d'autres études *ad hoc*, l'identification de l'origine peut reposer sur la distribution de questionnaires comportant des questions sur le lieu de naissance et la nationalité originelle des répondants, de leurs parents et grands-parents, ce que la CNIL autorise dès lors que les données sont adaptées à l'objectif de l'enquête et respecte les conditions d'anonymat<sup>3</sup>. Cette méthode pourrait être légalement reprise pour des audits de la discrimination au sein d'organisations. Si l'on décide de retenir une finalité d'intérêt public ou un procédé d'anonymisation à bref délai, il faut obtenir une autorisation de la CNIL. Si l'on se situe dans le cadre du consentement exprès, elle n'est pas nécessaire : le régime de la déclaration s'applique.

D'autres études récentes sont fondées sur l'analyse patronymique de fichiers existants. L'identification de l'origine immigrée supposée est alors réalisée par un tiers, le chercheur, sur la base du nom et/ou prénom des personnes (hétéro-identification)<sup>4</sup>. La CNIL considère

---

<sup>1</sup> Ce panel de 600.000 personnes a permis au démographe J-L Richard de démontrer l'étendue des discriminations « raciales » dans l'accès à l'emploi à niveau de diplôme égal et catégorie socioprofessionnelle égale des parents en isolant l'effet spécifique de la variable « origine » (*in* « Une approche de la discrimination sur le marché du travail- Les jeunes adultes issus de l'immigration étrangère en France », *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 2000, vol. 16, n° 3, pp. 53-83).

<sup>2</sup> BEAUCHEMIN C., HAMEL C., SIMON P. (ed.), *Enquête « Trajectoires et origines : la diversité des populations en France »*, *Premiers résultats*, Documents de travail de l'INED, n° 168, 2010, 154 p.

<sup>3</sup> C'est la méthode qui a été adoptée pour l'enquête commandée par le HCI sur la présence des Français d'origine étrangère et originaires des DOM-TOM dans le monde du travail et notamment les postes d'encadrement (HCI, *Les parcours d'intégration*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 2001, p. 13-14) puis pour celle sur l'accès à la fonction publique des jeunes d'origine immigrée (PERES H., « L'accès aux fonctions publiques des jeunes d'origine immigrée », *Migrations Études*, n° 122, Avril 2004).

<sup>4</sup> Cette méthode a notamment été appliquée pour étudier la ségrégation scolaire dans l'académie de Bordeaux (FELOUZIS G., « La ségrégation ethnique au collège et ses conséquences », *Revue française de sociologie*, septembre, n°44-3, 2003, pp. 413-447), le recrutement des futurs enseignants à l'IUFM de Créteil (« Des profs blacks, blancs, beurs », *Le Monde de l'Éducation*, n° 322, février 2004, p. 32), ou encore la discrimination dans les décisions judiciaires (JOBARD F. et NEVANEN S., « La couleur du jugement. Discriminations dans les décisions judiciaires en matière d'infractions à agents de la force publique (1965-2005) », *Revue française de sociologie*, n° 48-2, avril-juin 2007, pp. 243-272).

que ces traitements portent sur une donnée sensible et doivent donc respecter la législation de 1978. En 2006, elle a autorisé l'INED et le ministère de l'Éducation nationale<sup>1</sup> à mener une enquête « *justifiée par l'intérêt public* » nécessitant le traitement automatisé d'informations directement ou indirectement nominatives recueillies auprès de 1.500 personnes résidant dans les agglomérations parisiennes et strasbourgeoises et nées en France dont au moins l'un des parents est originaire du Maroc ou de Turquie<sup>2</sup>. Avec la même méthode patronymique, le groupe Casino a fait mener une étude expérimentale par un organisme de recherche dans deux de ses établissements conformément au cahier des charges défini par la CNIL qui, à l'époque, avait exigé le consentement express des intéressés<sup>3</sup>. De même, l'étude des prénoms de cohortes d'étudiants a permis une étude longitudinale sur les parcours dans l'enseignement supérieur en collaboration avec la CNIL<sup>4</sup>.

Face à la multiplication des études et des données utilisées dans un contexte légal flou, un groupe de travail a été consacré à « la mesure de la diversité » au sein de la CNIL. Aux termes de ces travaux, un ensemble de recommandations relatives aux normes en vigueur sur le recueil et le traitement de données relatives à l'origine ont été adoptées en 2007. Elles précisent l'encadrement du traitement de données patronymiques et confirment le rejet des catégories « ethno- raciales »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Décision du 18 juillet 2006 relative à l'enquête « Intégration des secondes générations en Europe », Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, NOR : RECZ0600117S, *J.O.* du 3 septembre 2006, p. 13142.

<sup>2</sup> CNIL, délibération n° 2006-170 du 27 juin 2006. La CNIL a considéré que cette étude, qui participe à une enquête européenne dénommée « Intégration des secondes générations en Europe », était « *justifiée par l'intérêt public dans la mesure où elle doit permettre de mesurer l'intégration des secondes générations turques et marocaines et contribuer à remédier ainsi à l'insuffisance actuelle de données statistiques dont souhaitent disposer les pouvoirs publics pour définir et mettre en œuvre des politiques en matière d'intégration à l'attention de ces populations, tant au niveau national qu'euro-péen* ».

<sup>3</sup> CEDIEY E., FORONI F., *Un diagnostic partagé sur les discriminations liées à l'origine et au sexe. Résultats d'une recherche-action au sein du groupe Casino*, juin 2005, 99 p.

<sup>4</sup> ORES (Observatoire Régional des Études Supérieures du Pôle Universitaire de Lille), *Porter un prénom arabe ou musulman est-il discriminant dans l'enseignement supérieur ?*, mai 2007, 41 p. A contrario, faute de correspondre à l'une des hypothèses de dérogation, le recours à la méthode patronymique n'a pas été autorisé pour le Comité représentatif des institutions juives de France (CRIF) qui souhaitait conduire un sondage d'opinion destiné à « objectiver, mesurer et analyser l'état de l'opinion de la communauté juive ». Même en supposant un procédé d'anonymisation conforme à la loi, la CNIL refuse d'autoriser « *la mise en œuvre (...), d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour objet de constituer un échantillon de sondage à partir d'un tri sur la consonance du nom des intéressés* » considérant que « *le postulat selon lequel les personnes ayant un nom figurant dans le « Guide des patronymes juifs » appartiennent à la « communauté juive » est contestable* » et indique que le traitement de données ne répond pas aux conditions posées par l'article 6-3° de la loi aux termes duquel les données doivent être « *adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées* », d'autant que les objectifs poursuivis par l'enquête dont la légitimité n'était pas en cause, semblaient pouvoir être atteints autrement (CNIL, délibération n° 2006-020 du 2 février 2006, délibération n° 2006-078 du 21 mars 2006).

<sup>5</sup> CNIL, Recommandations du 5 juillet 2005 pour mesurer la diversité des origines ; Recommandations du 16 mai 2007 « Mesure de la diversité et protection des données personnelles : les dix recommandations de la CNIL ».

Si le principe d'invisibilité sous-tendu par l'art. 1<sup>er</sup> de la Constitution et l'art. 8-I de la loi de 1978 interdit toute systématisation du repérage de l'origine des personnes à travers le recensement ou les fichiers d'organisations, des études ponctuelles utilisant des données relatives à l'origine ont pu se développer dans le cadre juridique existant. Aujourd'hui, les données pouvant être mobilisées, sous le contrôle de la CNIL (et parfois du CNIS et de la HALDE), dans des études spécialisées sur le parcours des descendants d'immigrés, le ressenti discriminatoire et la mesure de la diversité des origines sont les suivantes : patronyme et prénom, nationalité et nationalité antérieure le cas échéant, lieu de naissance et adresse de la personne ainsi que la nationalité et lieu de naissance de ses parents et la langue maternelle. Aucune de ces variables spécifiques n'a vocation à être consolidée dans une nomenclature standardisée, sur le modèle des catégories socioprofessionnelles qui se sont diffusées dans les usages administratifs<sup>1</sup>. La mise sur agenda de la lutte contre les discriminations a rendu possible la multiplication des commandes et des financements, publics comme privés pour la recherche. Le spectre des données sensibles qui peuvent être autorisées par les instances de contrôle s'est considérablement élargi à la faveur de l'assouplissement des règles d'interprétation de ce qui relève directement des « origines ethniques » et « raciales » et d'une mobilisation plus fréquente de la notion d'« intérêt public ». Néanmoins, les données autorisées restent des données objectives : contrairement aux principaux pays précurseurs de la lutte contre les discriminations - États-Unis, Canada, Grande-Bretagne-, la statistique française ne fournit pas de données spécifiquement conçues pour documenter les discriminations « raciales ».

## **§2) Les expériences étrangères de nomenclatures « ethno-raciales » et de repérage systématisé**

Les États-Unis, le Canada, la Grande-Bretagne qui ont pour point commun d'avoir introduit la notion de discrimination indirecte dans leurs lois et politiques, ont systématisé la comptabilisation des données relatives à l'origine à l'échelle du recensement. Ces classements, issus de processus historiques particuliers, répondent à des objectifs de lutte contre les discriminations et de reconnaissance de la 'diversité' qui caractérisent « les sociétés

---

<sup>1</sup> VENNAT F. (DARES), *in* «La lutte contre les discriminations : initiatives publiques et pratiques d'entreprises », Actes du colloque de la DARES, Paris, 9 décembre 2004, p. 25.

‘multiculturelles’, sinon ‘multiculturalistes’ »<sup>1</sup>. L’étude des dispositifs et modalités de collecte des données, spécifiques à chaque système national, pourraient permettre de « lever les préventions nourries par la méconnaissance des objectifs et garanties offertes par ces systèmes »<sup>2</sup> qui diffèrent à double titre du cadre français. Ainsi, ces États ont tous adopté des modalités singulières de classification « ethno- raciale » (A). En outre, alors qu’en France les données spécifiques relatives à l’origine ne sont autorisées que pour des enquêtes spécialisées, l’usage de ces nomenclatures a été systématisé dans les pays en question (B).

#### A) Des nomenclatures « ethno- raciales » hétéroclites et singulières

Les débats ont souvent été centrés sur la légitimité d’instituer des statistiques « ethno- raciales » en France sur le modèle des pays précurseurs des politiques antidiscriminatoires. Leurs appareillages statistiques combinent en effet des catégories « raciales » et « ethniques ». Les contours de la « race » telle qu’utilisée dans la littérature anglo- saxonne et résultant du rapport raciste sont plutôt tracés du dehors et renvoient à des caractères physiques héréditaires : les Noirs, les Asiatiques ou les descendants des peuples autochtones relèvent de telles catégories. L’« ethnique », quant à lui, correspond davantage à une « positivité revendiquée et ressentie »<sup>3</sup> caractérisant le partage d’une même culture (les Sikhs et les Tziganes par exemple). Les deux catégories peuvent se croiser mais « il y a des ethnicités qui ne sont pas, ou faiblement, passibles d’une discrimination » raciale » et « il y a des ‘groupes raciaux’ qui ne sont pas candidats à une existence ethnique ou qui ne sont pas reconnus comme tels »<sup>4</sup>.

Alors que le recueil de données « ethno- raciales » n’a pas constitué une rupture pour des pays tels que les États-Unis ou le Canada, il s’agissait d’une novation pour la Grande- Bretagne qui l’a institué en 1991. La reconnaissance de la diversité pousse à enregistrer les identités individuelles, dans leur subjectivité, et à privilégier l’auto- déclaration. Néanmoins, la notion d’auto- identification retenue doit être nuancée compte tenu de la liste proposée qui, si elle permet une comparabilité des données, érode la marge de définition laissée au répondant. Le choix des catégories est à la fois un processus technique et un enjeu politique.

---

<sup>1</sup> SIMON P., « L’évaluation des discriminations par la statistique en France », *op. cit.*, pp. 496-497.

<sup>2</sup> SIMON P., *Étude comparative de la collecte de données visant à mesurer l’étendue et l’impact de la discrimination aux États-Unis, Canada, Australie, Royaume-Uni et Pays-Bas : projet Medis (Mesure des discriminations)*, Direction Emploi & affaires sociales, OPOCE, 2004, p. 8.

<sup>3</sup> STAVO-DEBAUGE J., « Les vices d’une inconséquence conduisant à l’impuissance de la politique française de lutte contre les discriminations, II- Apprêter un chemin au droit afin qu’il puisse exercer son autorité et confectionner des ‘catégories’ qui autorisent l’action publique », *Carnets de bord*, n° 7, septembre 2004, p. 51.

<sup>4</sup> *Ibid.*

Si les États se sont inspirés des nomenclatures mises en place par les pays précurseurs, chacun a instauré son propre système de classement résultat de processus historiques spécifiques et compatible avec sa propre grammaire politique. Ces nomenclatures sont donc distinctes les unes des autres et en perpétuelle évolution.

### 1. La nomenclature américaine

Dès son premier recensement<sup>1</sup> et compte tenu de l'esclavage, les États-Unis enregistrent l'appartenance « ethno-raciale » selon des nomenclatures et des définitions évoluant en fonction des transformations juridiques et politiques<sup>2</sup>. Après la guerre de Sécession et la fin de l'esclavage, le 14<sup>e</sup> amendement fut édicté en 1868 pour garantir la citoyenneté des Noirs, mais la « race » comme ligne de démarcation entre « *Whites* » et « *Negroes* » fut maintenue et contamina l'ensemble du système social et symbolique<sup>3</sup>. Avant d'être mises au service de la mise en œuvre de la législation antidiscriminatoire, les données « raciales » ont donc eu pour but de maintenir les Noirs dans un statut subordonné. Deux règles principales d'identification des Noirs dominaient : d'une part, la conception relativiste selon laquelle est noir tout individu qui apparaît manifestement comme étant originaire d'Afrique sub-saharienne aux yeux d'autrui ; d'autre part, la « *one drop rule* » considérablement plus rigide et porteuse de connotations essentialistes, qui prescrit le rattachement de toute personne d'ascendance africaine quel qu'en soit le degré au groupe subordonné. Devant les juridictions, c'est souvent la conception relativiste et le potentiel d'assimilation au groupe dominant, révélé par l'individu lors de sa comparution, qui jouait un rôle décisif dans la détermination juridique de son identité raciale<sup>4</sup>. Pour les classifications

---

<sup>1</sup> Une clause constitutionnelle (U.S. Const., art. I section 2) prévoit le recensement pour le calcul du nombre de représentants et des impôts mais ne commande pas l'inventaire « racial » de la population même s'il y est fait référence aux Indiens et aux esclaves. Ceux-ci sont identifiés non sur une base « raciale » mais comme représentant les 3/5<sup>ème</sup> d'une personne libre dans le cadre d'un compromis entre le Nord et le Sud. V. RICHOMME O., *L'égalité par l'identité: les enjeux de la classification "ethno-raciale" aux États-Unis*, thèse de doctorat : civilisation américaine, Université Paris Sorbonne, 2006, 802 p.

<sup>2</sup> Dès 1790, le gouvernement américain construit ainsi des catégories « raciales » centrées sur la norme blanche en distinguant « les hommes libres blancs », « les femmes libres blanches », « toute autre personne libre » et les « esclaves ». Les recensements de 1820, 1830 et 1840 ajoutent une précision : les « autres personnes libres » deviennent des « autres personnes de couleur libres ». À partir de 1850, la « race » devient un critère clef du recensement. (cf. NOBLES M., « Racial Categorization and Censuses », in *Census and Identity : The Politics of Race, Ethnicity and Language in National Censuses*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 67). Sur ce sujet, voir aussi SCHOR P., *Compter et classer: histoire des recensements américains*, Paris, Presses de l'EHESS, 2009.

<sup>3</sup> WACQUANT L., « Symbiose fatale. Quand ghetto et prison se ressemblent et s'assemblent », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 139, 2001, p. 45.

<sup>4</sup> V. plus généralement GROSS A., *What Blood Won't Tell: A History of Race on Trial in America*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2008.

statistiques faisant appel à l'hétéro-identification, la personne sera assignée à l'un ou l'autre groupe selon la prédominance de l'élément noir ou blanc dans son pedigree « racial »<sup>1</sup>.

La décision de maintenir l'enregistrement des données « raciales » dans le recensement américain malgré le principe de « *color blindness* » institué en 1964 par le *Civil Rights Act* tient à l'impératif légal de produire ces données pour connaître la répartition territoriale des minorités (*Voting Rights Act* de 1965) afin d'éviter une dilution du poids électoral des minorités et d'augmenter leur influence politique dans les circonscriptions électorales (« *redistricting* »)<sup>2</sup>. Ces données seront aussi mobilisées pour la lutte contre les discriminations. La classification américaine est aujourd'hui la seule qui continue de faire explicitement référence à la « race ». Pour prendre ses distances avec la conception essentialiste de la « race », dans le recensement de l'an 2000, la personne interrogée était invitée à indiquer « *la race à laquelle (...) il ou elle estime appartenir* »<sup>3</sup>. Ce terme de « race » désigne dorénavant des identités produites par la discrimination officielle passée et systématique dont les effets demeurent perceptibles, effets que l'on entreprend précisément de contrecarrer<sup>4</sup>. Toutefois, comme le relève Daniel Sabbagh, le langage légitime et maintient l'indistinction « entre la race comme catégorie primordiale inscrite dans le cadre d'une conception biologisante de la vie sociale et la race comme représentation collective et construit politico-sociologique »<sup>5</sup>.

Le *census* américain, dont les catégories sont définies par le Congrès, en tenant compte des vues exprimées par les chercheurs et les représentants des différents groupes d'intérêt, constitue un espace de confrontation, de négociation et de reconnaissance pour les identités collectives<sup>6</sup> (au regard notamment des programmes fédéraux d'*affirmative action* et

---

<sup>1</sup> V. SABBAGH D., *L'égalité par le droit...*, op. cit., p. 197.

<sup>2</sup> Voir KOUSSER M. *Color-Blind Injustice : Minority Voting Rights and the Undoing of the Second Reconstruction*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1999.

<sup>3</sup> Alors que les questions concernant le sexe, l'âge mais aussi l'ethnicité et l'origine « hispanique » éventuelle sont rédigées de telle sorte que les réponses correspondantes apparaissent comme étant de nature strictement factuelle (*What is this person's ancestry or ethnic origin ? ; Is this person of Spanish/Hispanic origin ?*). In SABBAGH D., « Discrimination positive et déségrégation : les catégories opératoires des politiques d'intégration aux États-Unis », *Sociétés contemporaines*, n° 12, 2003, p. 89.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> SABBAGH D., *L'égalité par le droit...*, op. cit., p. 281.

<sup>6</sup> D'autres exemples permettent d'illustrer ces jeux de pouvoir : l'échec de l'introduction d'une « race juive » en 1920 à la suite de la vive opposition d'organisations juives influentes ; l'invention d'une « race mexicaine » en 1930 partiellement motivée par le souci de restreindre l'immigration en provenance du Mexique et sa suppression en 1940 (à la suite du lobbying d'organisations d'immigrés mexicains) ; la subdivision en 2000 de la catégorie « *Asian and Pacific Islander* » en deux groupes en réponse aux revendications des autochtones d'Hawaï (« *Native Hawaiian and other Pacific Islander* ») qui considéraient que leur position désavantagée était masquée et souhaitaient être réunis avec les « *American Indians and Alaskan Natives* ». In LACORNE D., *La crise de l'identité américaine. Du melting pot au multiculturalisme*, Gallimard, coll. « Tel », 2003 [1997], p. 369.



des politiques ciblées de « *redistricting* »). Les classifications se sont ainsi multipliées, complexifiées. Alors qu'on hésitait à ajouter l'origine « hispanique » aux items de la « *race question* », les Hispaniques ont finalement obtenu un traitement séparé. Puis, afin de répondre aux revendications des descendants d'immigrés européens, une question ouverte sur l'ascendance (« *ancestry* ») a été introduite en 1980 en remplacement de l'ancienne question sur le pays de naissance des parents<sup>1</sup>. Enfin, la question de l'introduction d'une catégorie « multiraciale », qui fit l'objet d'une âpre controverse, fut tranchée en 2000 : le gouvernement permit aux répondants du recensement de cocher plusieurs catégories « raciales »<sup>2</sup>. Enfin, depuis le recensement de 2000, on trouve d'abord une question sur l'éventuelle origine hispanique de la personne<sup>3</sup>, puis une question sur la « race » de la personne qui comporte 14 catégories énumérées<sup>4</sup>. Mais la « race », subjectivement déterminée, reste bien un critère imposé : le recensé n'a pas le droit de se soustraire à l'obligation de choisir 'sa' « race ». En cas de non-réponse, le Bureau du recensement pourra procéder à une enquête personnalisée au terme de laquelle un recenseur pourra sélectionner la « race » de la personne ciblée<sup>5</sup>.

Il reste difficile de comparer l'indifférentialisme « racial » français à l'obsession « raciale » américaine, « caractéristique d'une société comportant simultanément des réserves indiennes, une importante population noire issue de l'esclavage, et, depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, des groupes japonais et chinois quantitativement significatifs »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Cette question, qui induit une forte subjectivité et une reconstruction de l'ascendance compte tenu des nombreux brassages intervenus à chaque génération, n'est présente que dans le formulaire long du recensement adressé à 1/6<sup>e</sup> de la population. In SIMON P., *Etude comparative de la collecte des données...*, op. cit., p. 62.

<sup>2</sup> Les partisans de la création d'une catégorie spécifique refusaient l'obligation pour les individus de choisir une « race » ou de relever de la catégorie « autres », ce qui les auraient contraint à choisir parmi leurs parents et grands-parents. Pour ses détracteurs, la nouvelle catégorie serait venue diminuer la solidarité politique de groupe et affaiblir la capacité de l'État à assurer le respect de la loi de la législation antidiscriminatoire. Les premiers dénonçaient la rémanence de la raciste « *one-drop rule* » tandis que d'autres soulignaient que l'introduction d'une catégorie « multiraciale » présenterait l'inconvénient de réaffirmer la pertinence des catégories « monoraciales » préexistantes. V. PERLMANN J. et WATERS M. (dir.), *The New Race Question : How the Census Counts Multiracial Individuals*, New York, Russell Sage Foundation, 2002.

<sup>3</sup> Si c'est le cas : 1) « *Mexican, Mexican American, Chicano* » ; 2) « *Puerto Rican* » ; 3) « *Cuban* » ; 4) « *other Spanish/Hispanic/latino* » (on demande à la personne de préciser).

<sup>4</sup> 1) « *White* » ; 2) « *Black, African American or Negro* » ; 3) « *American Indian or Alaska Native* » (on demande de préciser la tribu principale) ; 4) « *Asian Indian* » ; 5) « *Japanese* » ; 6) « *native Hawaiian* » ; 7) « *Chinese* » ; 8) « *Korean* » ; 9) « *Guamanian or Chamorro* » ; 10) « *Filipino* » ; 11) « *Vietnamese* » ; 12) « *Samoan* » ; 13) « *Other Asian* » (à préciser) ; 14) « *Some other race* » (à préciser).

<sup>5</sup> LACORNE D., *La crise de l'identité américaine...*, op. cit., p. 368.

<sup>6</sup> TODD E., *Le destin des immigrés*, Points Essai, 1994, p. 401.

## 2. La nomenclature canadienne

Le système canadien présente l'avantage d'être moins marqué par le clivage « racial ». L'intérêt pour l'origine « ethnique » des habitants est lié au conflit entre les deux peuples fondateurs, « tandis que les 'autochtones' seront traités, que ce soit négativement ou positivement, en marge de cette matrice duale »<sup>1</sup>. Ce n'est qu'à la fin des années 1960 que les statistiques jouent un rôle central dans le développement et l'évaluation des politiques anti-discriminatoires nées de la remise en cause de la domination anglophone sur la minorité francophone. C'est donc dans le prolongement de la politique de biculturalisme que la lutte contre les discriminations fut élargie aux « minorités ethniques » introduisant une troisième composante dans le système en question<sup>2</sup>. Dans le contexte d'un État fédéral, multiculturel<sup>3</sup>, multinational<sup>4</sup> et bi-linguistique, l'introduction de la catégorie générale des « minorités visibles » ne constitue qu'une innovation terminologique<sup>5</sup>. L'article 3 de la loi sur l'équité en matière d'emploi de 1995 précise que « *font partie des minorités visibles les personnes, autres que les autochtones, qui ne sont pas de race blanche ou qui n'ont pas la peau blanche* ».

La question sur les origines<sup>6</sup>, posée depuis 1871, a connu de nombreux changements, posant un problème de comparabilité des données<sup>7</sup>. En 1981, la notion d'origine déterminée selon l'ascendance (références à la lignée paternelle et à la première arrivée sur le continent) est supplantée par celle de « racines » (« *roots* ») qui s'oriente vers une identification subjective. Les réponses multiples sont explicitement acceptées depuis 1981. En 2001, l'item

---

<sup>1</sup> POTVIN M., « Le rôle des statistiques sur l'origine ethnique et la 'race' dans le dispositif de lutte contre les discriminations au Canada », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 57, n° 183, 2005-1, p. 31

<sup>2</sup> L'idée d'un programme d'action positive est d'abord conçue dans le cadre de la Commission Royale sur le bilinguisme et le biculturalisme en 1963 puis de la Charte sur le bilinguisme de 1971. La lutte contre les discriminations fut élargie avec la loi canadienne sur les droits de la personne de 1977 et la Charte des droits et libertés intégrée à la Constitution canadienne en 1982.

<sup>3</sup> Voir le *Multicultural Act* (1988) et l'art. 27 de la Charte canadienne des droits et libertés.

<sup>4</sup> L'art 25 de la Constitution canadienne reconnaît la présence de plusieurs nations au Canada

<sup>5</sup> Avant 1996, les données sur les minorités visibles étaient tirées des réponses à la question sur l'origine « ethnique », combinées avec d'autres renseignements tels que la langue, le lieu de naissance et la religion. Mais le modèle de la nouvelle question sur les minorités visibles reste très proche de celui utilisé pour enregistrer l'origine « ethnique » (question 19 du recensement). In « La mesure des discriminations raciales : l'usage des statistiques dans les politiques publiques », SIMON P., *Revue internationale des sciences sociales*, n° 183, 2005/1, p. 25.

<sup>6</sup> Longtemps appréhendés via un vocabulaire « racial », les « autochtones » sont identifiés par des questions spécifiques (question 18 sur l'« identité autochtone », question 20 sur l'appartenance à une « bande indienne ou première nation » et question 21 sur le statut d'« Indien inscrit » ou d'« Indiens des traités ») qui s'ajoutent aux questions relatives aux langues maternelles, connues et pratiquées, au pays de naissance des parents (réintroduite en 2001 après avoir disparu vingt ans auparavant)... In SIMON P., *Étude comparative de la collecte de données...*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>7</sup> Sur les variations de la question, voir POTVIN M., « Le rôle des statistiques sur l'origine ethnique et la 'race' dans le dispositif de lutte contre les discriminations au Canada », *op. cit.*, pp. 38-40.

« *canadien* » fut ajouté car nombreux étaient ceux qui répondaient en termes de sentiment national pour définir leur origine.

La catégorie des « minorités visibles » est imposée après de nombreux tests dans le recensement à partir de 1996 pour en vue de permettre la mise en œuvre des programmes d'égalité. Elle propose une liste de groupes répartis par origines géographiques mais fait implicitement référence à des attributs de l'ordre de la couleur ou de l'apparence<sup>1</sup> : la catégorie « *Noir* » côtoie celles mentionnant « *Chinois* », « *Arabes* » et « *Latino-Américains* ». Comme aux États-Unis, le recensement rend visible une sorte de « palmarès des origines » engageant « une compétition entre groupes pour se voir reconnus dans l'énumération et obtenir, politique du multiculturalisme oblige, une représentation numérique conséquente »<sup>2</sup>.

### 3. *La nomenclature britannique*

D'autres pays tels que l'Australie, le Brésil, ou l'Afrique du Sud connaissent des classifications « ethno-raciales » qui sont aujourd'hui utilisées à l'instar des modèles nord-américains à des fins antidiscriminatoires mais la Grande-Bretagne est le seul pays du Vieux continent à connaître une statistique « ethno-raciale ». Instituée en 1991, elle avait alors constitué « une véritable invention dans la statistique britannique »<sup>3</sup>. Pour ces raisons mais aussi parce qu'elle partage l'expérience d'une immigration postcoloniale, la Grande-Bretagne apparaît d'emblée un exemple assez proche du contexte français. Pour autant, l'identité britannique repose sur une conception beaucoup plus large et plus diverse de la nation qu'en France. De plus, depuis 1965, la société britannique recourt ouvertement à la terminologie de la « race », « perçue comme un objet socio-culturel, construit et contingent, accepté comme tel et non comme une catégorie scientifique objective »<sup>4</sup>.

La première question élaborée pour répondre aux besoins de la lutte contre les discriminations est introduite dans le recensement en 1971 et porte sur le pays de naissance des parents. L'introduction d'une « *ethnic question* » dans le recensement de 1991 n'a été

---

<sup>1</sup> Question 19 : « Cette personne est-elle un : *Cochez plus d'un cercle ou précisez s'il y a lieu. Ces renseignements servent de fondement à des programmes qui donnent à chacun une chance égale de participer à la vie sociale, culturelle et économique du Canada.*

Blanc, Chinois, Sud-Asiatique (p. ex., *Indien de l'Inde, Pakistanais, Sri-Lankais, etc.*), Noir, Philippin, Latino-Américain, Asiatique du Sud-Est (p. ex., *Vietnamien, Cambodgien, Malaysien, Laotien, etc.*), Arabe, Asiatique occidentale (p. ex., *Iranien, Afghan, etc.*), Coréen, Japonais, Autre- *Précisez* (Statistique Canada, question du recensement de 2006). En 2001, cette population des « minorités visibles » représentait plus de 13% de la population totale (SIMON P., *Étude comparative de la collecte de données...*, op. cit., p. 66)

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>3</sup> *Ibid.* p. 51.

<sup>4</sup> COSTA-LASCOUX J., « La relativité des mots et la prégnance des faits », in *Sans distinctions de ...race*, ouvrage collectif, *Revue « Mots », les langages du politique*, n° 33, décembre 1992, p. 319

validée qu'après plusieurs tentatives et controverses grâce à l'appui de la Commission for Racial Equality (CRE)<sup>1</sup>. Toutefois, si elle marque le point de départ de l'institutionnalisation d'une classification « ethnique »<sup>2</sup>, la sociologie des « *Race relations* », utilisée au plus haut niveau de l'appareil d'État, de la loi et des institutions, reste le produit des outils conceptuels forgés aux États-Unis<sup>3</sup>. Cependant, les termes d'« *ethnic minorities* » ou « *ethnic groups* » semblent désormais préférés pour désigner les populations issues de l'immigration. Dans les faits, ce terme sera réservé aux gens « de couleur » comme un synonyme de « *racial minorities* ». On parle ainsi de « *Black and minority ethnic people* » (BME) pour désigner l'ensemble des « minorités ethniques ». L'« *ethnic question* », qui combine l'origine « ethnique » à des éléments « raciaux », a été modifiée dans le recensement de 2001 pour tenir compte de plusieurs revendications : la catégorie « *White* » est subdivisée<sup>4</sup> et des modalités pour enregistrer la mixité sont introduites<sup>5</sup>. Une question facultative sur la religion a aussi été ajoutée pour venir préciser l'« ethnicité », l'imbrication entre ces deux catégories étant particulièrement perceptible dans le cas des Sikhs et des Musulmans dont les associations représentatives ont joué un rôle moteur dans l'inscription de la question<sup>6</sup>.

La diversité des définitions et nomenclatures abordées montre qu'en la matière, il n'existe pas de système standard à importer en France. En outre, classer et compter les individus sur la base de leurs origines « ethniques » ou « raciales » n'apparaît pas également légitime en Europe continentale que dans les pays où « la différenciation ethnique et raciale

---

<sup>1</sup> Sur l'introduction de la « question ethnique » dans le recensement britannique, cf. STAVO-DEBAUGE J., « Mobiliser les pouvoirs de la statistique pour l'action anti-discriminatoire : le cas du Royaume-Uni », *Revue internationale des sciences sociales*, pp. 57- 61.

<sup>2</sup> LASSALLE D., *Les minorités ethniques en Grande-Bretagne*, Paris, Ellipses, 1998, p. 3

<sup>3</sup> Comme les Noirs américains, les Afro-Caribéens qui ont dominé les flux migratoires d'après-guerre avaient connu l'esclavage : face à l'arrivée de ces populations les pouvoirs publics britanniques ont importé une terminologie déjà rodée outre-mer. Cf. HARGREAVES A. G., « La politique d'intégration au Royaume-Uni », *Hommes et Migrations*, Décembre 1995, p. 6

<sup>4</sup> Par souci d'éviter que l'identification « ethnique » ne stigmatise les seuls membres des minorités définies par opposition au groupe de référence implicite, le groupe « *White* » a été divisé en sous catégories (« *British* », « *Irish* », « *Any other white background* »). Alors même que du strict point de vue des besoins du dispositif antidiscriminatoire, ces distinctions sont inutiles, elles permettent de refléter la diversité culturelle de la population britannique et de rendre plus acceptable la nomenclature. Cf. SIMON P., « La mesure des discriminations raciales: l'usage des statistiques dans les politiques publiques », *op. cit.*, p. 27

<sup>5</sup> Les combinaisons préétablies privilégient les mélanges entre « *Whites* » et autres groupes : « *What is your ethnic group? Choose one section from A to E, then tick the appropriate box to indicate your cultural background: A. White (British, Irish, Any other White background, please write in); B. Mixed (White and Black Caribbean, White and Black African, White and Asian, Any other Mixed background, please write in); C. Asian or Asian British (Indian, Pakistani, Bangladeshi, Any other Asian background, please write in); D. Black or Black British (Caribbean, African, Any other Blackbackground, please write in); E. Chinese or ethnic group (Chinese, Any other please write in)* ». En 2001, les « minorités » représentaient 7,9% de la population parmi lesquels 14,6% ont des origines mixtes comprenant une ascendance « *White* » (in SIMON P., *Étude comparative de la collecte de données...*, *op. cit.*, p. 70).

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 72.

participe de la vision et division du monde social »<sup>1</sup>. La plupart des pays s'en tiennent à la distinction entre nationaux et étrangers et éventuellement enregistrent des données sur les personnes d'origine étrangère. Aux Pays-Bas, un État dont l'histoire récente (colonisation, déportation des Juifs et immigration) est similaire de celle de la France, l'exemple canadien a inspiré, au début des années 1990, la refonte des politiques publiques à l'égard des « minorités ethniques ». Néanmoins, la classification des origines étrangères dans la statistique néerlandaise s'élabore, comme en France, sur le critère objectif du pays de naissance du répondant et de ses parents : est désignée comme « *allochtone* » toute personne habitant les Pays-Bas dont au moins l'un des parents est né à l'étranger<sup>2</sup>. Les groupes « *allochtones non-occidentaux* » cumulent des critères d'extranéité et de condition sociale<sup>3</sup> et regroupe l'ensemble des premières et secondes générations originaires des pays en développement (pour l'essentiel des « Turcs », « Marocains » et « Surinamiens »). La terminologie « raciale » ou la référence à la couleur de peau ne sont directement utilisées ni dans la statistique ni dans les programmes d'égalité<sup>4</sup>. Néanmoins, les Pays-Bas diffèrent du cadre français et se rapprochent des systèmes nord-américain et britannique en ce qu'ils imposent, au nom de la lutte contre les discriminations, une comptabilisation systématisée des populations exposées aux discriminations.

#### B) La systématisation du recueil des données relatives à l'origine au nom de la lutte contre les discriminations

Le recensement vient compléter les données collectées par les opérateurs. Le « *monitoring* » est fondé sur l'enregistrement des origines « ethno-raciales » dans de nombreux fichiers d'entreprises et d'administrations et utilise les résultats du recensement pour permettre l'identification des écarts et des sous-représentations par comparaison

---

<sup>1</sup> JACOBS D., REA A., « Construction et importation des classements ethniques. Allochtones et immigrés aux Pays-Bas et en Belgique », *Revue européenne des migrations internationales*, n° 21, 2005, p. 35.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>3</sup> Cette catégorie ne correspond pas exactement à celle d'immigré : elle vise les groupes d'immigrés « pour la présence desquels les autorités ressentent une responsabilité spéciale (à cause du passé colonial ou parce qu'ils ont été recrutés par les autorités) et qui se trouvent en situation minoritaire ». *Ibid.*, p. 38.

<sup>4</sup> SIMON P., *Etude comparative de la collecte de données...*, *op. cit.*, p. 70. Pour une étude de l'enregistrement des origines dans la région belge flamande, fortement influencé par l'expérience néerlandaise, voir CAESTECKER F., « Enregistrement des allochtones, expériences en Flandres » in *Prouver la discrimination, la mise en œuvre dynamique de la législation de l'UE sur l'anti-discrimination : le rôle des organismes spécialisés*, Bruxelles, secrétariat Equinet /Migration Policy Group, 2003, pp. 12-21.

(*benchmarking*)<sup>1</sup>. L'ensemble des pays susnommés développe, en sus du recensement, un *monitoring* statistique complet pour les discriminations « ethniques » et/ou « raciales », car ils partagent la conviction que les discriminations « raciales » sont systémiques et secrétées par la société toute entière et ne peuvent être traités comme des « dérapages qu'il faut contrôler et sanctionner »<sup>2</sup>. La production des statistiques relève de la responsabilité des organismes statistiques, des administrations et des opérateurs mais les agences indépendantes de promotion de l'égalité sont consultées sur ces outils. Pour le recensement, les systèmes d'enregistrement privilégient tous la méthode de l'auto-déclaration - qui vaut alors consentement - à partir d'une liste préétablie. Le standard de collecte défini pour les opérateurs « devient une norme de codification des grandes caractéristiques socio-démographiques liées aux discriminations »<sup>3</sup> dès lors que l'enregistrement est rendu obligatoire ou fortement recommandé.

Dès 1966, les agences fédérales américaines participant à la lutte contre les discriminations dans l'emploi ont harmonisé la liste des catégories utilisées par les entreprises dans leurs rapports annuels<sup>4</sup>. Aujourd'hui, à partir des données collectées lors du recensement, le *Census Bureau* produit des tabulations qui comprennent la distribution des 512 catégories socioprofessionnelles par « race », « ethnicité », « hispanité » et sexe pour tous les États, aires urbaines et comtés<sup>5</sup>. La composition ethno-raciale des effectifs des entreprises peut alors être comparée à celle de la population active qualifiée du bassin d'emploi telle qu'établie par les données du recensement, qui préservent l'anonymat des individus. Mais le *monitoring* des entreprises étant encore souvent réalisé par voie d'hétéro-identification<sup>6</sup>, cela pose des problèmes de comparabilité des données collectées avec celles

---

<sup>1</sup> SIMON P., « L'évaluation des discriminations par la statistique en France », in M. Boucher (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, op. cit., p. 446.

<sup>2</sup> SIMON P., *Étude comparative de la collecte de données...*, op. cit., p. 10.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>4</sup> Le *Standard Form 100* ou *Employer Information Report EEO-1* s'impose en 1966 pour les entreprises de plus de 50 salariés sous contrat avec l'administration fédérale et les entreprises de plus de 100 salariés. Puis, la directive fédérale n°15 de l'Office of Management and Budget, promulguée en 1977 et actualisée en 1997, a établi le standard de nomenclature minimum qui sera utilisé par toutes les agences et opérateurs devant établir des statistiques « ethno-raciales » dans le cadre de programmes fédéraux. In MORNING A., SABBAGH D., « De l'épée au bouclier : des usages discriminatoires et antidiscriminatoires de la race aux États-Unis », *Revue internationale des sciences sociales*, n° 183, 2005-1, p. 70.

<sup>5</sup> Des limites ont été posées à la diffusion des données croisant la « race » et les catégories socioprofessionnelles : elles ne doivent pas être fournies pour des zones géographiques de moins de 50.000 habitants de manière à empêcher la divulgation d'informations confidentielles. Du fait de l'interdiction posée par le 1<sup>er</sup> amendement, la religion ne peut être enregistrée. In CUSSET P-Y, « Les statistiques 'ethniques' : premiers éléments de cadrage », op. cit., p. 21.

<sup>6</sup> L'enregistrement est alors réalisé par un tiers, la plupart du temps par test visuel, pour éviter la lourdeur d'une procédure de questionnaire auto-administré. Cette méthode reste essentiellement utilisée aux États-Unis par les

du recensement. L'ensemble de ces informations sont utilisées pour l'application de la législation antidiscriminatoire et des politiques d'*affirmative action* dans les domaines du logement, de l'éducation, de l'emploi, de la santé et des droits électoraux. Ce *monitoring*, qui permet aux organisations d'évaluer leur politique, est aussi utilisé devant les juges ainsi que par l'EEOC pour cibler son action. La pertinence et l'utilité d'un recensement « racial » et « ethnique » pour lutter contre les discriminations ne sont contestées aux États-Unis que par une minorité<sup>1</sup>.

Au Canada, depuis la loi sur l'équité en matière d'emploi de 1986, le *monitoring* est obligatoire pour les entreprises de plus de cent employés qui relèvent du secteur privé sous compétence fédérale, pour la fonction publique ou assimilée et pour les entreprises sous contrat avec l'État. Les standards relatifs aux « groupes désignés » des programmes d'égalité (« minorités visibles », autochtones, femmes et personnes handicapées) sont définis par la loi en partenariat avec *Statistique Canada*. L'enregistrement de l'appartenance au groupe protégé est obtenu par distribution d'un questionnaire auto-administré à tous les employés. Les entreprises doivent fournir un rapport annuel décrivant pour chaque groupe les embauches, cessations d'emploi, promotions et distribution des salaires et un volet qualitatif décrivant les mesures prises pour améliorer la situation des groupes et le résultat de cette action<sup>2</sup>. Dans le cadre du Programme statistique sur l'équité en matière d'emploi, *Statistique Canada* est tenu de fournir des données pertinentes à partir du recensement permettant de formuler des objectifs de représentation<sup>3</sup>. La publication de ces données sur les origines « ethniques » et « raciales » a permis aux chercheurs de conduire des études, des enquêtes et des analyses sur la situation socio-économique et sur les lieux d'implantation des différents groupes

---

entreprises dans le cadre des programmes d'*Equal opportunity*, par les écoles et les services de police. Pour plus de détails, v. SABBAGH D., « L'*Affirmative action* et les aléas de la catégorisation raciale aux États-Unis », *Raisons politiques*, 2, 1999, pp. 7-26.

<sup>1</sup> Selon ces détracteurs, un tel procédé n'aurait d'utilité que pour des politiques tendant à une représentation proportionnelle des 'minorités' ; or les quotas sont interdits en matière d'*affirmative action* et il n'y a pas de droit à la représentation politique proportionnelle en matière électorale. Le seul objectif pertinent d'un tel procédé serait celui de déségrégation des politiques dites intégrationnistes, dans le secteur éducatif par exemple, mais ces efforts ayant aujourd'hui quasiment disparu, il n'existerait donc plus d'intérêt public prépondérant (« *compelling state interest* ») pour justifier le maintien d'un recensement racialisé. Voir RASKIN J. B., « Common Sense, Common Census ; Should America Follow France and Abolish Race Questions on the Census? », *op. cit.*, p. 24 ; PREWITT K., « Racial classification in America: Where do we go from here? », *Daedalus*, hiver 2005.

<sup>2</sup> Chaque rapport quantitatif remis par les entreprises est analysé par les services du ministère qui établissent une notation qui permettra à l'entreprise de se situer dans l'avancement de son Plan d'Accès à l'Égalité. Le rapport qualitatif fait également l'objet d'une notation quantifiée et le contenu des actions engagées est examiné par la Commission des Droits de la personne. In SIMON P., *Étude comparative de la collecte de données...*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>3</sup> POTVIN M., « Le rôle des statistiques sur l'origine ethnique et la 'race' dans le dispositif de lutte contre les discriminations au Canada », *op. cit.*, p. 38.

« ethniques » du Canada. Afin de permettre la réalisation des programmes antidiscriminatoires, les catégories statistiques sur l'origine « ethnique » sont aussi utilisées dans les sondages d'opinion, les politiques, les programmes et documents administratifs. Néanmoins, un tel système d'indicateurs ne semble utilisé ni en Australie<sup>1</sup> ni en Grande-Bretagne où les rapports semblent compilés sans être véritablement analysés et sans réel retour aux entreprises.

Contrairement aux États-Unis, la législation canadienne définit des « données sensibles » dont le recueil est subordonné à certaines conditions pour contrôler leur diffusion et leur utilisation. Les Pays-Bas comme la Grande-Bretagne interdisent en principe leur collecte conformément à la directive européenne relative à la protection des données personnelles néanmoins, leurs législations autorisent des dérogations dans un but d'intérêt public, à savoir la lutte contre les discriminations. Pour les entreprises, le standard britannique diffusé par la CRE reprend la nomenclature du recensement dans des *codes of practices* mais les consignes restent facultatives pour les employeurs privés tandis qu'elles ont été rendues obligatoires depuis 2000 pour les *public authorities*. En définitive, en l'espace de 10 ans, l'usage des catégories « ethniques » dans la statistique britannique aura connu une spectaculaire banalisation déterminée par la politique de lutte contre les discriminations<sup>2</sup>.

Les Pays-Bas, qui refusent l'enregistrement de données subjectives, se singularisent aussi par le mode d'enregistrement des caractéristiques de sa population. Chaque municipalité est dotée d'un registre de la population où sont enregistrés automatiquement les habitants depuis 1984. L'Institut statistique néerlandais compile les données nominatives des registres municipaux et de plusieurs grands fichiers administratifs, puis les diffuse<sup>3</sup>. La loi WBEAA de 1994, qui visait à promouvoir l'accès à l'emploi de personnes appartenant à des groupes « allochtones », exigeait des employeurs de plus de 35 salariés la tenue d'un registre du personnel permettant de calculer la représentation des minorités, d'établir un rapport annuel

---

<sup>1</sup> En Australie, l'Institut statistique australien a édicté une série de standards destinés à stabiliser les codifications des groupes culturels, religieux et linguistiques conformes aux catégories mobilisées dans le cadre de la promotion de l'égalité. Les formulaires distribués aux employés et les données agrégées des agences et de la fonction publique ne font pas référence à l'*ancestry question* mais à la langue maternelle (une autre langue que l'anglais définit les personnes « *from culturally diverse background* », soit les personnes qui sont nées dans un autre pays que l'Australie, le R-U, la Nouvelle-Zélande, l'Irlande, l'Afrique du Sud, le Canada et les États-Unis). La question sur l'ascendance ne semble donc être utilisée qu'à des fins de connaissance de la population. In CUSSET P-Y, « Les statistiques 'ethniques' : premiers éléments de cadrage », *op. cit.*, p. 27.

<sup>2</sup> SIMON P., *Étude comparative de la collecte de données...*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>3</sup> GUIRAUDON V., PHALET K., WAL J. T., « Le suivi des minorités ethniques aux Pays-Bas », *Revue internationale des sciences sociales*, n° 183, 2005/1, p. 90. Une enquête générale sur la position sociale des allochtones est régulièrement menée depuis la fin des années 1980 en sus des études spécialisées.



public comparant les données recueillies avec la composition de la population active et d'établir un plan annuel interne comprenant la définition d'objectifs et de mesures destinées à atteindre une représentation proportionnelle. À la suite du relatif échec de ce dispositif, la loi SAMEN, en 1998, a prévu la production volontaire d'un seul document présentant le taux d'emploi des minorités « allochtones » dans l'entreprise et les mesures prises en faveur de la promotion de l'emploi des « allochtones »<sup>1</sup>. Le *monitoring* néerlandais était donc beaucoup plus souple et moins systématique qu'Outre-Atlantique, ce qui n'a pas empêché la loi SAMEN, conçue comme temporaire, d'être finalement abrogée en 2003<sup>2</sup>.

Les systèmes britannique et néerlandais sont tout à fait compatibles avec le droit communautaire relatif à la protection des données personnelles. La directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 prévoit l'interdiction du « *traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses* » (art. 8), le traitement de données étant « *susceptible par nature de porter atteinte aux libertés fondamentales ou à la vie privée* ». Néanmoins, les normes européennes n'interdisent pas de manière univoque la création ou le maintien des données « ethniques » : le traitement de ces « données sensibles » peut avoir lieu avec le consentement explicite de la personne concernée ou dans certaines situations énumérées limitativement<sup>3</sup>. Si une distinction est établie entre les données individuelles susceptibles de conduire à l'identification des personnes et les données de nature collective et anonyme, un intérêt public important peut justifier la collecte et le traitement de données individuelles sensibles, y compris en l'absence de tout consentement des sujets. Dans le domaine de l'emploi, le traitement des données sensibles par l'employeur

---

<sup>1</sup> CUSSET P-Y, « Les statistiques 'ethniques' : premiers éléments de cadrage », *op. cit.*, p. 28. En 2001, 70% des employeurs ont rendu un rapport mais, alors que les objectifs fixaient une représentation à 10%, les résultats n'ont pas dépassé 8,5%.

<sup>2</sup> GUIRAUDON V., PHALET K., WAL J. T., « Le suivi des minorités ethniques aux Pays-Bas », *op. cit.*, p. 90. Les dispositifs de cette loi et toutes les infrastructures d'information et de conseils aux entreprises ont été remplacés par un Bureau d'expertise national sur la diversité, ce qui fait craindre que la finalité antidiscriminatoire se trouve diluée dans la problématique plus générale de la diversité.

<sup>3</sup> La Directive 95/45/CE admet ainsi le traitement des données sensibles dans cinq situations (art. 8-2) : lorsque la personne concernée a donné son consentement explicite sauf dans le cas où la législation interne estime que l'interdiction ne peut être levée par le consentement ; quand le traitement est nécessaire aux fins de respecter les obligations et les droits spécifiques du responsable du traitement en matière de droit du travail, dans la mesure où il est autorisé par une législation nationale prévoyant des garanties adéquates ; quand le traitement est nécessaire à la défense d'intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne quand le consentement de la première est impossible à obtenir ; quand le traitement est effectué dans le cadre de leurs activités légitimes et avec des garanties appropriées par une fondation, une association ou tout autre organisme à but non lucratif et à finalité politique, philosophique, religieuse ou syndicale, à condition que le traitement se rapporte aux seuls membres de cet organisme ou aux personnes entretenant avec lui des contacts réguliers liés à sa finalité et que les données ne soient pas communiquées à des tiers sans le consentement des personnes concernées ; enfin, lorsque le traitement porte sur des données manifestement rendues publiques par la personne concernée ou est nécessaire à la constatation ou à l'exercice d'un droit en justice.

peut être admis afin de se conformer aux obligations que lui impose la législation du travail si cette législation prévoit des garanties appropriées : la législation doit notamment garantir la sécurisation des données et l'exercice par l'individu concerné de son droit d'accès et de rectification<sup>1</sup>. Dans les autres domaines tels que l'éducation ou la fourniture d'un bien ou service, la directive prévoit la possibilité d'un traitement des données sensibles soit moyennant le consentement de la personne concernée, soit lorsque pareil traitement « *est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice* ». L'exigence de consentement, qui doit s'entendre comme la manifestation de la volonté « libre, spécifique et informée » par laquelle « la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement »<sup>2</sup>, conduit à préférer des modes d'enregistrement des données sensibles fondés sur l'auto-déclaration. Enfin, l'art. 8-4 de la directive de 1995 indique que les États membres peuvent prévoir, soit par leur législation nationale, soit sur décision de l'autorité de contrôle, d'autres dérogations pour un motif d'intérêt public important<sup>3</sup>.

Pour autant, parmi les États européens, qui pour près de la moitié l'interdisent dans leur Constitution, la collecte de données « ethniques » reste rare et seul un petit nombre d'entre eux exploitent de telles données pour lutter contre les discriminations « raciales »<sup>4</sup>. Les catégorisations « ethno-raciales » restent principalement l'apanage des pays de droit anglo-saxon et témoignent de l'empreinte d'épreuves politiques spécifiques<sup>5</sup>. En France, l'égalité est articulée à une unité que manifeste la figure du semblable et à la cohésion du collectif dans l'intérêt général ; elle est assurée par la solidarité qui suppose de s'élever au-dessus des intérêts particuliers. Les statistiques « ethno-raciales » semblent ainsi incompatibles avec cette grammaire universaliste. En outre, la France semble disposer d'un des systèmes statistiques les plus adaptés au regard de ceux dont disposent les autres États membres pour mesurer les inégalités fondées sur l'origine. Pourtant, nombreux sont ceux qui demandent une évolution du cadre juridique sur des données statistiques relatives à l'origine au nom de l'opérationnalisation du droit antidiscriminatoire.

---

<sup>1</sup> Art. 8 §2-b de la Directive 95/46/CE.

<sup>2</sup> DE SCHUTTER O., « Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination », *op. cit.*, p. 8

<sup>3</sup> Pour une analyse plus approfondie, v. DE SCHUTTER O., « Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law », *Northern Ireland Quarterly*, vol. 57, n° 1, 2006, *op. cit.*, pp. 24-32.

<sup>4</sup> V. SIMON P., *Statistiques ethniques et protection des données dans les pays du Conseil de l'Europe, Rapport d'étude*, Strasbourg, ECRI (Conseil de l'Europe), 2007.

<sup>5</sup> V. WEIL P., DUFOIX S. (dir.), *L'Esclavage, la colonisation, et après : France, États-Unis, Grande-Bretagne*, Paris, PUF, 2005, 627 p.

## **Section 2- La mesure des discriminations et l'opérationnalisation du droit antidiscriminatoire**

Le cadre juridique et statistique français est régulièrement mis en cause. Certains se contentent de souligner les insuffisances des garanties actuelles, tandis que d'autres, au nom de l'efficacité de la lutte contre les discriminations « raciales », font pression pour qu'émergent de véritables statistiques « ethno-raciales ». Ils demandent davantage que la simple référence au pays de naissance des parents dans des enquêtes ponctuelles. Cette revendication ne vise pas à s'adosser à une politique de reconnaissance des communautés - les arguments multiculturalistes étant rarement articulés dans ce débat<sup>1</sup>. Il n'en demeure pas moins que la légitimité politique et scientifique des classifications « ethno-raciales » est controversée et juridiquement problématique (§1). Et ce alors même que, dans le cadre statistique et juridique existant, il est possible d'améliorer la mesure des discriminations en France pour rendre opératoire le droit à la non-discrimination (§2).

### **§1) Des statistiques « ethno-raciales » contestées et inconstitutionnelles**

Les partisans des statistiques « ethno-raciales »<sup>2</sup> contestent l'opérationnalité du système actuel tout en soulignant la nécessité de données congruentes avec la politique affichée de lutte contre les discriminations. Néanmoins, il apparaît que la pertinence scientifique et politique d'une nomenclature « ethno-raciale » est largement contestée et impliquerait une modification substantielle du droit français car elle entre en tension avec la grammaire universaliste hexagonale et la récente jurisprudence constitutionnelle.

#### **A) Les statistiques « ethno-raciales », une question polémique**

La polémique entourant la question des statistiques dites « ethniques » n'est pas née avec la lutte contre les discriminations. Dès la fin des années 1990, les catégories

---

<sup>1</sup> STAVO-DEBAUGE J., « Les vices d'une inconséquence conduisant à l'impuissance de la politique française de lutte contre les discriminations, I-», *Carnets de Bord*, n° 6, décembre 2003, p. 19.

<sup>2</sup> « Le succès relatif des « *ethnic and racial studies* » tient sans doute en partie à des effets de mode et d'imitation pour engranger un capital sur le marché académique international, mais il correspond également à une convergence des configurations sociales et donc des outils forgés pour les décrire ». In MARTINIELLO M., SIMON P., « Les enjeux de la catégorisation. Rapport de domination et luttes autour de la représentation dans les sociétés post-migratoires », *Revue européenne des Migrations internationales*, vol. 21, n° 2, 2005, p. 11.

« ethniques » construites par Michèle Tribalat à partir de l'enquête MGIS furent à la source de la « controverse des démographes »<sup>1</sup> relative aux recherches s'appuyant sur l'origine des individus. Plus récemment, la question a refait surface.

Les chercheurs qui souhaitent voir modifier le cadre français soulignent les limites des données existantes. La fiabilité des données sur l'origine nationale est mise en cause : les personnes originaires d'outre-mer sont souvent invisibles ; la catégorie « d'origine étrangère » mélange souvent les « étrangers », les « immigrés » et les « secondes générations », qui pourtant occupent des positions sociales différentes. Quant à la méthode généalogique fondée sur la nationalité et le lieu de naissance des parents, elle perd de son intérêt lorsque l'arrivée des premières vagues migratoires remonte à plus de deux générations<sup>2</sup>, ce qui sera bientôt le cas en France. En dehors des enquêtes spécifiques qui mobilisent des données objectives sur la filiation, on estime que les études réalisées sont fondées sur des indicateurs de substitution et sur des arrangements présentés comme discutables pour faire coïncider les bases de données disponibles et les problématiques retenues faute d'indicateurs directs<sup>3</sup>. La méthodologie patronymique, en particulier, est contestée parce que l'identification est faite par le chercheur et non par la personne interrogée, et parce que les catégorisations ne sont pas fiables, du fait notamment de la transmission du nom par le père. De plus, elle rappelle les pratiques coloniales des services du recensement en Algérie qui classaient « tous ceux qui avaient un nom et prénom musulmans parmi les 'indigènes', sujets ou protégés français, même si ceux-ci s'étaient déclarés Français »<sup>4</sup>.

De plus, le caractère hypocrite des pratiques existantes est soulignée, dans la mesure où la catégorisation « ethnique » serait déjà induite par les découpages relatifs à la nationalité. Certains fichiers administratifs distinguent en effet les « Français », les « Etrangers CEE » et

---

<sup>1</sup> Cf. Actes du colloque « Statistique sans conscience n'est que ruine.. », organisé par la CFDT et la CGT de l'INSEE, Paris, 4 novembre 1998, 39 p. (disponibles sur le site de la CGT/INSEE). Pour une présentation de la controverse, voir STAVO-DEBAUGE J., « Les vices d'une inconséquence conduisant à l'impuissance de la politique française de lutte contre les discriminations, I- », *op. cit.*, pp. 25-28

<sup>2</sup> Le repérage est impossible au-delà de la 3<sup>ème</sup> génération : remonter jusqu'aux arrière-grands-parents exigerait de considérer 369 configurations généalogiques possibles. In « Qu'est-ce qu'être Français ? », RICHARD J-L, *Pour la science*, n° 24, juillet 1999, p. 25.

<sup>3</sup> SIMON P et STAVO-DEBAUGE J., « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *op. cit.*, p. 68. Ainsi, pour des travaux sur les élèves étrangers ou issus de l'immigration, on a construit une catégorie « groupe d'appartenance de l'élève » qui combine nationalité et lieu de naissance de l'élève avec la langue parlée à la maison (VALLET L-A, CAILLE J-P, « Les élèves étrangers ou issus de l'immigration dans l'école et le collège français : une étude d'ensemble », *Les dossiers d'Education et Formations*, n° 67, 1996).

<sup>4</sup> MONSO O., de SAINT POL T., « L'origine géographique des individus dans les recensements de la population », *op. cit.*, p. 38

« Hors CEE » : ces catégories englobantes, qui définissent une structure quasi-hiérarchique, auraient « un pouvoir de classification et de stéréotypie » aussi puissant que les catégories « ethniques » et « raciales » qu'on cherche à éviter<sup>1</sup>. Quant aux catégories objectives axées sur la filiation, elles demeureraient utiles pour l'étude du parcours des immigrés et de leurs descendants mais seraient peu pertinentes au regard de la lutte contre des discriminations qui visent des personnes identifiées par un de leurs traits manifestes (couleur de peau, patronyme) et non de leur lieu de naissance ou de leur nationalité. En réservant les statistiques aux seuls immigrés et à leurs enfants, la stratégie française maintiendrait ainsi « le flou sur le sens même des discriminations »<sup>2</sup> et viendrait compromettre l'observation et l'analyse d'une source spécifique d'inégalités. Le concept de « race », qui apparaît en Grande-Bretagne comme une construction sociale, semblerait donc approprié pour rendre compte de l'impact de « la croyance à l'existence des différences raciales ou ethniques »<sup>3</sup> sur les rapports sociaux sans pour autant accentuer les divisions ni considérer que les « races » existent réellement. Il faudrait donc tendre vers les formes de classements mobilisées dans les stéréotypes et préjugés afin de résorber le hiatus entre la perception immédiate des personnes susceptibles d'être discriminées et leur « invisibilité aussi bien juridique, statistique que sociologique »<sup>4</sup>. L'exigence de non-discrimination rendrait même obligatoire la visibilité de certaines différences alors que le droit à la vie privée « exigerait plutôt qu'elles demeurent à l'abri de toute divulgation »<sup>5</sup>. Dans le contexte français, reste que la légitimité des catégorisations « ethno-raciales » fait l'objet de vives controverses.

Les opposants aux statistiques « ethno-raciales » contestent la pertinence d'une nomenclature « ethno- raciale » qui relèverait « au mieux d'une ethnologie de pacotille, au pire d'une vision raciale ou coloniale, propre à chaque pays » : en Grande-Bretagne, les Maghrébins se trouvent ainsi classés parmi les « *White* » tandis qu'en France, on viendrait peut-être les distinguer en les étiquetant comme des « Blancs musulmans »<sup>6</sup>. On retrouve ici les critiques déjà formulées à l'encontre de la catégorie des « Français de souche » forgée par

---

<sup>1</sup> SIMON P et STAVO-DEBAUGE J., « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *op. cit.*, p. 78.

<sup>2</sup> SIMON P., « L'impasse de l'analyse statistique dans une France sans 'races' », *Hommes et migrations*, n° 1245, sept-oct 2003, p. 43.

<sup>3</sup> SIMON P., « Sciences sociales et racisme : où sont les docteurs Folamour ? », *Mouvements*, Paris, n° 3, mars-avril 1999, p. 112.

<sup>4</sup> Haut Conseil à l'Intégration, *Les parcours d'intégration*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>5</sup> DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail : Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>6</sup> Alain Blum, France Guérin-Pace, Hervé Le Bras, « La statistique, piège ethnique », *Le Monde*, 10 novembre 2007.

M. Tribalat à partir de la langue maternelle et du lieu de naissance des individus et de leurs parents. Cette expression semblait en effet conforter l'idée xénophobe « d'un vieux fond ethnique de la nation, éventuellement 'indo-européen', stable et constitué depuis des millénaires »<sup>1</sup> alors que les Français d'aujourd'hui « sont tous, pour peu que l'on remonte plus ou moins loin dans le temps, 'issus de l'immigration' »<sup>2</sup>. En définitive, l'« ethnique », reste un qualificatif assigné « par la société dominante aux dominés »<sup>3</sup>. Même quand la classification est volontaire et libre, la liste proposée oriente les choix et empêche les réponses nuancées. Les classifications « ethniques » restent donc d'usage asymétrique. De plus, les nomenclatures semblent toutes glisser vers une véritable typologie « raciale » centrée autour de la catégorie des « Blancs » et évoquant les vieilles logiques de hiérarchisation. Ainsi, en Grande-Bretagne, dans la classification préconisée par la CRE, la première catégorie proposée, « *White* », implique que « toutes les autres sont implicitement des sous-catégories de 'non-Blancs' »<sup>4</sup>.

Enfin, il semble paradoxal de figer l'identité « ethnique » dans une nomenclature préétablie où « chacun naît dans un groupe et y évolue jusqu'à sa mort »<sup>5</sup> alors que les travaux des anthropologues ont montré que les frontières « ethniques » font l'objet de remaniements permanents. Les nomenclatures créées modifient et essentialisent des identifications « souvent instables, circonstancielles et fluides »<sup>6</sup>. Si l'on admet que les catégories statistiques ne sont pas 'naturelles' et qu'elles sont presque toujours construites *a posteriori*<sup>7</sup>, les catégories doivent à tout le moins se montrer pertinentes au regard de la finalité visée. Or le flou des catégories fragiliserait considérablement leur caractère opératoire pour mesurer les discriminations. La nomenclature américaine, de ce point de vue, est sans doute la plus

---

<sup>1</sup> RICHARD J-L, « Qu'est-ce qu'être Français ? », *op. cit.*, p. 26.

<sup>2</sup> NOIRIEL G., *Population, immigration et identité nationale en France -XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Hachette supérieur, coll. Carré histoire, 1992, p. 43.

<sup>3</sup> COSTA-LASCOUX J., « La relativité des mots et la prégnance des faits », in *Sans distinctions de ...race*, ouvrage collectif, *Revue « Mots », les langages du politique*, n° 23, décembre 1992, p. 321. Cette dérive apparaît dans les classifications produites par Michèle Tribalat qui distinguait d'un côté des groupes « ethnicisés » (les Africains en général et les Turcs), de l'autre des groupes nationaux (Espagnol, Portugais, Français). La promotion de ces catégories « ethniques » souleva d'autant plus de polémiques qu'elle s'inscrivait dans un projet d'évaluation des processus d'assimilation (cf. BLUM A., « Comment décrire les immigrés - à propos de quelques recherches sur l'immigration », *Populations*, n° 3, 1998, p. 572-573).

<sup>4</sup> HARGREAVES A. G., « La politique d'intégration au Royaume-Uni », *op. cit.*, p. 9. De même, la catégorie canadienne des « minorités visibles » définie par la loi sur l'Équité dans l'emploi regroupent « *les personnes, autres que les autochtones, qui ne sont pas de race blanche ou qui n'ont pas la peau blanche* » (même si elle demeure distincte de celle relative aux origines « ethniques »).

<sup>5</sup> BUI-XUAN O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.*, p. 267

<sup>6</sup> DE RUDDER V., VOURC'H F., « Quelles statistiques pour quelle lutte contre les discriminations ? », 7 avril 2007, Tribune publiée sur [www.liens-socio.org](http://www.liens-socio.org).

<sup>7</sup> TRIBALAT M., « A propos des catégories ethniques, réponse à Maryse Tripiet », *op. cit.*, p. 86

critiquable : la logique de construction de la catégorie des « Blancs » semble peu opératoire<sup>1</sup> et les catégories « Asiatique » ou « Noir » agrègent artificiellement des groupes aux caractéristiques fortement contrastées<sup>2</sup> ce qui les rend sujettes à caution. En outre, la catégorie des « Hispaniques » apparue dans le recensement américain de 1980 est une « invention bureaucratique » qui vient notamment obscurcir les différences produites par les histoires nationales singulières de chacun des pays ici agrégés<sup>3</sup>.

En outre, le repérage de la « race » en référence à la couleur de peau, à l'« l'ethnie » ou à des regroupements géographiques ne correspond pas « aux attitudes racistes contemporaines qui dépendent également de l'identification et de l'évaluation de facteurs culturels »<sup>4</sup>. Ainsi, en Grande-Bretagne, les désavantages sont persistants chez les musulmans pakistanais et bangladeshis tandis que les Indiens ou les Chinois ne semblent éprouver de difficultés que pour obtenir des emplois haut placés. Pour être opératoires, les nomenclatures devraient donc partout être affinées de telle sorte qu'elles rendraient l'analyse statistique des plus complexes<sup>5</sup>.

Les doutes qui pèsent sur la fiabilité des nomenclatures atteignent leur paroxysme avec la question du classement des « identités multiples » qui constitue dans tous les systèmes un enjeu déterminant. Le risque d'une essentialisation des identités est particulièrement patent pour les individus qui ont une filiation mixte. Leurs choix subjectifs varieront en fonction de la question posée et du contexte. S'il est ainsi possible de cocher plusieurs catégories « ethno-

---

<sup>1</sup> Pour exemple, les « Hispaniques » sont comptabilisées comme des « non-blancs » dans la plupart des programmes fédéraux (tandis que le recensement ouvre la possibilité de s'identifier à la fois comme « Blanc » et « Hispanique ») et la catégorie « asiatique » intègre les personnes originaires du « sous-continent indien », tout en excluant formellement les « Arabes » légalement blancs mais confrontés à des comportements discriminatoires d'ampleur significative depuis le 11 septembre 2001. In SKRENTNY J. D., « Égalité devant l'emploi aux USA : une politique frileuse et incohérente », *Hommes et Migrations*, n° 1246, novembre-décembre 2003, p. 35.

<sup>2</sup> La catégorie « asiatique-américaine » comprend des groupes dotés des revenus par habitants les plus élevés - les Indos-Américains - et les plus bas (Laotiens-Américains). Le groupe des « Noirs américains » agglomère les enfants d'immigrés africains et les descendants d'esclaves. Ainsi, un employeur peut présenter de bons résultats pour un groupe spécifique en ayant en réalité des employés qui proviennent presque exclusivement d'un sous-groupe très « performant ». In G. CALVES, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>3</sup> Cette catégorie rassemble les personnes d'origine espagnole ou hispano-américaine si l'ascendance de la personne est mexicaine, américano-mexicaine, chicano, portoricaine, dominicaine, équatorienne, guatémaltèque, hondurienne, nicaraguayenne, péruvienne, salvadorienne ou issue d'un autre pays hispanophone des Caraïbes ou d'Amérique centrale ou latine.

<sup>4</sup> LAW I., SILVERMAN M., « L'évaluation des programmes politiques d'action positive en Grande-Bretagne », *op. cit.*, p. 66-67.

<sup>5</sup> De même, des études américaines montrent que le taux de mélanine fait considérablement varier les risques d'exposition à la discrimination : « les noirs à la peau foncée sont sur-représentés dans les prisons, tandis que la bourgeoisie noire est une bourgeoisie métisse ». In « Questions de couleur. Histoire, idéologie et pratiques du colorisme », NDIAYE P., in E. Fassin, D. Fassin (dir.), *De la question sociale à la question raciale- Représenter la société française*, La Découverte, 2006, p. 39.

raciales » dans le recensement américain, les métis ont tendance à poursuivre « leur non-existence »<sup>1</sup> du fait des procédures de réallocation<sup>2</sup> et de l'intériorisation d'une appartenance exclusive héritée de la vieille règle esclavagiste de la « *one drop rule* ». Quand ils déclarent leur métissage, ils sont alors comptabilisés comme « non blancs » afin d'éviter de fragiliser le *monitoring*<sup>3</sup> et de diminuer l'importance numérique des minorités « raciales » bénéficiaires des politiques de traitement préférentiel. De même, le fait que seuls 1,2% de la population britannique se classait en 2001 dans le groupe des « *mixed* »<sup>4</sup> montre que les nomenclatures « ethno-raciales » induisent chez les répondants l'adoption d'une conception exclusive des identités « raciales ». Elles « créeraient des divisions là où il y a rapprochement, suggérerait homogénéité là où il y a diversité, mettrait des frontières là où il y a continuité »<sup>5</sup>. Surtout, avec le brassage des populations observé en France<sup>6</sup>, un projet de construction de catégories statistiques à partir de critères « ethniques » se révélerait problématique, puis « ingérable »<sup>7</sup>.

Alors que la fiabilité et la pertinence des données objectives sur la filiation sont contestées par les partisans des statistiques « ethniques », l'étude des nomenclatures étrangères et des expérimentations françaises démontrent qu'aucune nomenclature ne permet d'appréhender « parfaitement » l'appartenance « ethno-raciale » des minorisés. Enfin, si le débat concernant le périmètre adéquat de la mesure des discriminations semble moins virulent, la nécessité d'instituer un repérage systématisé de l'origine des personnes au nom de la lutte contre les discriminations est, elle aussi, contestée.

<sup>1</sup> SKRENTNY J. D., « Egalité devant l'emploi aux USA : une politique frileuse et incohérente », *op. cit.*, p. 36.

<sup>2</sup> V. MORNING A., GOLDSTEIN J., « Back in the Box: The Dilemma of Using Multiple-Race Data for Single-Race-Laws », in J. Perlmann, M. Waters, *The New Race Question*, *op. cit.*, pp. 119-136.

<sup>3</sup> Le classement des descendants d'unions dites mixtes dans le groupe exposé à la stigmatisation peut alors s'interpréter « comme une transcription du système de hiérarchisation ethno-raciale fonctionnant dans la société concernée ». In SIMON P., « L'impasse de l'analyse statistique dans une France sans 'races' », *op. cit.*, p. 48.

<sup>4</sup> SIMON P., CLEMENT M., « Rapport de l'enquête « mesure de la diversité ». Une enquête expérimentale pour caractériser l'origine », *Documents de travail de l'INED*, n° 139, 2006, p. 33.

<sup>5</sup> « Engagement républicain contre les discriminations », Tribune de J-F Amadieu, Patrick Weil, Dominique Sopo, Samuel Thomas, Mouloud Aounit, *Libération*, 23 février 2007 (pétition signée par près de 80 universitaires et chercheurs mais aussi par la majorité des confédérations syndicales et par les présidents des trois grandes associations antiracistes françaises, MRAP, SOS Racisme, LICRA).

<sup>6</sup> NEYRAND G., M'SILI M., « Les couples mixtes dans la France contemporaine. Mariage, acquisition de la nationalité française et divorce », *Population*, n° 3, mai-juin 1997, pp. 571-605.

<sup>7</sup> V. « Comment répondre au défi statistique du 'métissage' ? » in HERAN F., Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations (COMEDD), *Inégalités et discriminations. Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, Rapport au Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances, Premier ministre, 5 février 2010, pp. 63-69. Sans doute faudrait-il notamment distinguer selon que le père ou la mère est d'origine immigrée. En effet, si les enfants issus de couples mixtes ont un meilleur accès à l'emploi que ceux issus de couples immigrés, le nom transmis apparaît « comme un marqueur aussi puissant que si les deux parents avaient la même origine » (in « Mobilité intergénérationnelle et persistance des inégalités. L'accès à l'emploi des immigrés et de leurs descendants en France », MEURS D, PAILHE A., SIMON P., INED, *Documents de travail*, n° 130, 2005, p. 7.



## B) La question du repérage systématisé de l'origine

Il faut distinguer selon que l'introduction de questions sur l'origine des individus intervienne dans des enquêtes à des fins de recherche, dans des fichiers d'organisation ou dans le recensement. On ne peut comparer en effet une étude ponctuelle « mêlant le quantitatif et le qualitatif » au recensement, qui demande sur tout le territoire aux gens de « se cataloguer » pour étudier la discrimination à l'embauche<sup>1</sup>.

### 1. *Les arguments pour un repérage systématisé au sein des organisations*

Pour des enquêtes spécialisées à des fins de recherches, de suivi des politiques publiques ou d'audit des organisations, il n'y a pas nécessairement lieu d'établir une nomenclature stabilisée étendue à l'ensemble du système statistique. Certains chercheurs se bornent ainsi à souhaiter pouvoir poser sans tabou toutes les questions susceptibles d'identifier les obstacles à l'intégration et les marqueurs de la discrimination dans le cadre d'enquêtes spécifiques<sup>2</sup>. De même, d'autres estiment que l'entreprise pourrait élaborer un questionnaire qui comprendrait une question rendant compte de l'origine « ethnique » d'une personne si l'anonymat et l'absence de recueil de données nominatives sont garantis<sup>3</sup>. Conformément à la jurisprudence de la CNIL, ces recherches, une fois terminées, s'accompagneraient de la destruction du fichier d'enquête et les résultats ne pourraient être utilisés à d'autres fins. Ces catégories ainsi construites ponctuellement « courent moins le risque d'être réifiées »<sup>4</sup>.

Cependant, pour Patrick Simon, ces enquêtes ponctuelles réalisées à partir d'échantillons limités, tout comme les statistiques réalisées *a posteriori* en vue d'un procès, ne constitueraient des éléments suffisants « ni sur le plan de la pratique scientifique, ni du point de vue de l'action publique. »<sup>5</sup>. La prise de conscience des discriminations systémiques,

---

<sup>1</sup> LOCHAK D., in *La lutte contre les discriminations, entre théorie et pratique, entre droit et politique, Actes du séminaire du 21 juin 2000*, CREDOF, Université de Paris X- Nanterre, 2002, p. 41.

<sup>2</sup> VENNAT F. (DARES), in « La lutte contre les discriminations : initiatives publiques et pratiques d'entreprises », Actes du colloque de la DARES, Paris, 9 décembre 2004, p. 26.

<sup>3</sup> BEBEAR C., *Des entreprises aux couleurs de la France...*, op. cit., p. 19.

<sup>4</sup> CREDOF, *La lutte contre les discriminations, entre théorie et pratique, entre droit et politique*, op. cit., p. 41. Reste que la multiplication de données relatives à la « race » ou à l'« ethnie » dans des enquêtes même ponctuelles pourrait constituer la première étape d'une conversion de l'ensemble de la statistique publique indépendamment de l'objectif premier de lutte contre les discriminations.

<sup>5</sup> SIMON P., « L'évaluation des discriminations par la statistique en France », op. cit., p. 500.

subordonnée à l'effet de révélation produit par les ordres de grandeur et les chiffres, rendrait nécessaire la construction des catégories et des modalités de collecte standardisées afin d'assurer le *monitoring* dans une perspective d'opérationnalisation de la lutte contre les discriminations<sup>1</sup>. Parmi ceux qui réclament une comptabilisation plus systématique, on peut aussi se contenter de revendiquer la possibilité d'étendre la question sur le pays de naissance et la nationalité initiale des parents dans le recensement, base de données utilisable à des niveaux géographiques fins, pour agir efficacement au niveau local. D'autres, au contraire, ne souhaitent pas voir modifier les modalités du recensement mais se rallient à l'idée de développer au sein des organisations les outils statistiques de repérage de l'origine « ethnique »<sup>2</sup> afin de cerner les discriminations « raciales » qui ne se perçoivent pas directement<sup>3</sup>.

La mesure des discriminations peut être réalisée dans une entreprise donnée à l'occasion d'une étude ponctuelle réalisée par un tiers expert mais la mise en place de fichiers contenant des informations relatives aux origines des salariés pourrait tout aussi bien être systématisée et rendue obligatoire à l'instar du *monitoring* anglais d'autant que de tels fichiers existent déjà en France dans ou en dehors du cadre légal. Il s'agirait donc, pour protéger les libertés individuelles, de réguler leur usage et de démocratiser leur accès<sup>4</sup> afin qu'ils servent les victimes— et non les auteurs - de discriminations. Grâce à ces fichiers, la plupart des paramètres - recrutement, promotion, accès aux formations, salaires, licenciements, exposition aux travaux pénibles et dangereux...— seraient susceptibles d'être inspectés. En France, cette voie a été suivie en matière d'égalité hommes/femmes depuis la loi Génisson du 9 mai 2001 : les employeurs sont tenus d'élaborer chaque année, sur la base d'indicateurs fixés par décret du 12 septembre 2001, un rapport écrit sur la situation comparée des hommes et des femmes dans l'entreprise<sup>5</sup>. La visibilité, la consignation des origines visibles des personnes (quelle

---

<sup>1</sup> SIMON P., « Sciences sociales et racisme : où sont les docteurs Folamour ? », *op. cit.*, p. 113.

<sup>2</sup> Conseil d'Analyse de la société, *Pour une société de la nouvelle chance. Une approche républicaine de la discrimination positive*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 2005, p. 95.

<sup>3</sup> La jurisprudence canadienne a expressément souligné le rôle des statistiques dans l'établissement de la preuve des discriminations (*O'Malley v. Simpsons-Sears* [1985, 2 R.C.S. 536] ; *Bhinder v. National Railways* [1985, 2 R.C.S. 561]. In « Le rôle des statistiques sur l'origine ethnique et la 'race' dans le dispositif de lutte contre les discriminations au Canada », POTVIN M., *op. cit.*, pp. 31 et 35.

<sup>4</sup> GOLDSTON J. A., « Ethnic data as a tool in the fight against discrimination », « *Conference on data to promote equality* » organisée par l'Union européenne et la Finlande, Helsinki, Finlande, 9 et 10 décembre 2004, p. 7. Voir la contribution dans son intégralité sur [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/fundamental\\_rights/events/helsinki04\\_fr.htm](http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/events/helsinki04_fr.htm).

<sup>5</sup> Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (*J.O.* du 10 mai 2001 p. 7320). Voir aussi la Circulaire du 8 mars 2000, relative à l'adaptation de l'appareil statistique de l'État pour améliorer la connaissance de la situation respective des femmes et des hommes, qui vise à systématiser la production de statistiques sexuées et de bilans dans l'ensemble des domaines de la vie sociale et économique (*J.O.*, 9 mars 2000 p. 3675).

qu'en soit les modalités) permettrait ainsi au juge comme aux justiciables d'observer les processus de sélection et leurs effets mais aussi de faire savoir aux acteurs qu'ils font l'objet d'une surveillance permanente. Ce *monitoring* permettrait aussi aux organisations de s'auto-évaluer et, le cas échéant, de remédier aux effets discriminatoires de leurs procédures et des décisions de leurs agents. En définitive, le *monitoring* serait seul à même de transformer la portée des instruments de *soft law* en engageant les entreprises vis-à-vis des tiers<sup>1</sup>. Il constituerait donc « l'instrument privilégié de l'effectivité d'un combat anti-discriminatoire qui n'entend plus s'en remettre uniquement aux sanctions individuelles et discontinues du droit »<sup>2</sup>.

Ce *monitoring* généralisé au sein des organisations ne peut avoir de sens que si les nomenclatures utilisées font l'objet d'une standardisation officielle et si, comme le note Gwénaële Calvès, « l'ensemble de l'appareil statistique intègre la variable de l'origine »<sup>3</sup> à l'instar de la variable du sexe. En effet, pour évaluer, par exemple, la discrimination à l'embauche dans une entreprise, on voudra disposer d'indicateurs concernant la main d'œuvre qualifiée disponible dans le bassin d'emploi correspondant<sup>4</sup>, ce qui implique de comparer les indicateurs de l'organisation avec ceux du recensement et d'en suivre l'évolution dans le temps. La même démarche peut être développée dans l'éducation ou l'accès au logement. La mise en place d'une ingénierie statistique spécifique serait ainsi un passage obligé pour mettre en évidence les discriminations indirectes, renseigner les politiques publiques et rendre opérationnelle les politiques d'égalité mais à la condition qu'un organisme puisse contrôler les résultats de ce *monitoring* de masse et intervenir le cas échéant.

---

<sup>1</sup> BLIVET L., « Ni quotas, ni indifférence : l'entreprise et l'égalité positive », Note de l'institut Montaigne, octobre 2004, p. 68.

<sup>2</sup> STAVO-DEBAUGE, « Mobiliser les pouvoirs de la statistique pour l'action anti-discriminatoire : le cas du Royaume-Uni », *Revue internationale des sciences sociales*, p. 57.

<sup>3</sup> CALVES G., *Renouvellement démographique de la Fonction publique de l'État : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, *op. cit.*, p. 33. Pour M. Tribalat, reprenant une proposition d'un ancien administrateur de l'EEOC américaine, Alfred Blumrosen, l'expérience américaine montre que la comparaison pourrait être réalisée à partir de bilans globaux transmis par les entreprises et comparés non à la composition démographique du bassin d'emploi, mais avec les effectifs des autres entreprises locales de même secteur (*in* « La lutte contre les discriminations en France, l'apport de l'expérience américaine en matière d'emploi », *op. cit.*, p. 31-32).

<sup>4</sup> Voir l'arrêt de la Cour suprême américaine, *Teamster v. US* de 1977 dans lequel elle indiquait : « Les statistiques peuvent être une source importante de preuves lors de procès pour discrimination au travail, puisqu'en l'absence d'explication, on s'attend habituellement à ce que les pratiques d'embauche non discriminatoires entraînent, à terme, la constitution d'une main d'œuvre plus ou moins représentative de la composition ethnique et raciale de la population de la communauté dans laquelle elle a été recrutée. La preuve d'une flagrante disparité sur le long terme entre la composition de la main d'œuvre et celle de la population générale peut être significative ».

Si la France est considérée par les institutions communautaires comme l'un des États bénéficiant d'un cadre de mesure des phénomènes discriminatoires relativement satisfaisant via les données sur l'origine nationale, elle n'en est pas moins encouragée par l'Union européenne à adopter un système incluant le *monitoring* et le « *mainstreaming* » (évaluation systématique des effets potentiellement discriminatoires d'un programme ou pratique) inspirés du modèle britannique<sup>1</sup>. À travers les programmes d'action communautaire<sup>2</sup>, les institutions européennes incitent les bénéficiaires de financements communautaires à se poser la question de la « race » et déplorent l'absence de statistiques dans de nombreux rapports<sup>3</sup> et autres colloques<sup>4</sup>. Dans le même sens, des institutions internationales souhaitent la production de données officielles sur le chômage, le logement et l'éducation dans le but de lutter contre les discriminations<sup>5</sup>. L'Agence des droits fondamentaux, qui a succédé en 2007 à l'EUMC,

---

<sup>1</sup> Commission européenne, *Livre Vert, Égalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie*, DG Emploi et affaires sociales, 2004, p. 33. Dans cette perspective, le manque de données fiables sur la nature et la gravité des discriminations sanctionnées par les directives de 2000 constituerait un obstacle à l'élaboration et au suivi de politiques efficaces au niveau national comme européen.

<sup>2</sup> Parmi les objectifs du programme d'action communautaire de lutte contre les discriminations 2001-2006 (issu de la décision du Conseil du 27 novembre 2000, 2000/750/CE, *J.O. L.* 303, 2.12.2000, p. 13) figurent l'amélioration de la connaissance des phénomènes discriminatoires et l'évaluation des politiques engagées pour les réduire. Le nouveau programme PROGRESS, en vigueur jusqu'en 2013, vise ainsi à améliorer la compréhension de la discrimination, « *notamment par des analyses et études, et s'il y a lieu, par l'élaboration de statistiques et d'indicateurs* » (décision n° 1672/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 établissant un programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale PROGRESS, *J.O.C.E.* du 15 octobre 2006, p. 2315/1).

<sup>3</sup> Voir notamment REUTER N., MAKKONEN T., OOSI O. Oosi (eds), *Study on Data Collection to measure the extent and impact of discrimination in Europe*, Commission européenne, DG Emploi et affaires sociales, décembre 2004, 109 p. ; OLLI E. et OLSEN B.K. (eds.), *Towards Common Measures for Discrimination : Exploring Possibilities for Combining Existing Data for Measuring Ethnic Discrimination*, novembre 2005, 107 p. (publié par le Centre for Combating Ethnic Discrimination and le Danish Institute of Human Rights, avec le soutien du programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination). Le financement anglo-saxon, à travers pour exemple le financement d'une étude sur « les Marseillais musulmans » par la fondation américaine Open Society, oriente aussi les recherches et les catégorisations retenues. Cette étude, qui traite des problèmes de ségrégation résidentielle, des discriminations à l'emploi et des politiques locales de lutte contre les discriminations, est basée sur un questionnaire soumis pour moitié à des personnes se déclarant musulmanes. Même si la figure du « Musulman » vient redoubler le racisme, la focalisation sur l'identification religieuse est critiquable dans la mesure où les préjugés, qui fondent là plupart des discriminations observées se déclenchent, partir de l'observation des indices sur l'origine maghrébine. Ce choix relève sans doute du commanditaire américain de l'étude. Les auteurs français, dans l'introduction, indique que leur recherche « se refuse à formuler des conclusions tranchées concernant le caractère ethnique, social ou religieux de l'inégalité de traitement vécue par les participants » (F. LORCERIE, GEISSER V., *Les marseillais musulmans*, septembre 2011, USA, NY, Fondation Open Society, p. 31).

<sup>4</sup> Pour exemple, Commission européenne, Délégation Emploi, affaires sociale et égalité des chances, « Conférence sur la collecte de données pour promouvoir l'égalité », Helsinki, 9-10 décembre 2004.

<sup>5</sup> Dans son Rapport sur la France, la Commission du Conseil de l'Europe contre le racisme et l'intolérance (ECRI) encourageait « *les autorités françaises à développer des statistiques sur base ethnique pour rassembler des données précises* » afin de contribuer à mettre en évidence les discriminations directes ou indirectes, institutionnelles et systémiques (Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), 3<sup>ème</sup> rapport sur la France, adopté le 25 juin 2004, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 15 février 2005, p. 30). Le Conseil économique et social des Nations Unies regrette aussi l'absence de données statistiques et demande à la France de fournir dans son prochain rapport périodique des données statistiques ventilées notamment selon l'origine nationale (UN, Economical and social Council, *France : Concluding observations of the Committee on*

compte aujourd'hui parmi ses tâches la mise au point, « en coopération avec la Commission et les États membres, des méthodes et des normes visant à améliorer la comparabilité, l'objectivité et la fiabilité des données au niveau européen »<sup>1</sup>. Si l'introduction de telles données dans les statistiques publiques mais aussi dans les fichiers administratifs comme d'entreprises constituerait une rupture fondamentale dans la tradition française, elle risque d'être imposée dans le cadre de l'application de la Directive 2000/43/CE par les instances européennes<sup>2</sup>. Des chercheurs français et certaines associations<sup>3</sup> relaient cette pression en revendiquant la systématisation de statistiques sur l'origine nationale<sup>4</sup>, voire « ethno-raciales », pour favoriser une approche plus collective et préventive des problèmes et factueliser les discriminations subies. Néanmoins, de telles positions ne font pas l'unanimité.

## 2. Les arguments pour refuser un repérage systématisé

Nombreux sont les chercheurs qui rejettent les comptages concernant des groupes linguistiques ou religieux et refusent de voir inscrit « dans un système d'information de routine ce qui touche à l'origine ou à la race ou à l'ethnie » préférant réserver ces catégories à des études sur des problématiques spécifiques<sup>5</sup>. Ces réticences, qui ne se manifestent pas à l'égard des données relatives au sexe, s'inscrivent dans un contexte historique spécifique à la France : la systématisation de questions relatives aux origines rappelle le recensement de l'Algérie coloniale où les populations étaient réparties par nationalité, « race », « ethnie » et religion<sup>6</sup> mais surtout les textes portant statut des Juifs du régime de Vichy<sup>7</sup>.

---

*Economic, Social and Cultural Rights*, 16 mai 2008, E/C.12/FRA/CO/3). Plus récemment, le CERD recommande à la France « de procéder au recensement de sa population sur la base de l'auto-identification ethnique ou raciale des individus » (Observations finales du CERD-France, 27 août 2010, CERD/C/FRA/CO/17-19).

<sup>1</sup> Art. 4.1b du Règlement CE 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 22 février 2007, p. I 53/4.

<sup>2</sup> Et ce même si les directives ne font que souligner la possibilité de recourir aux données statistiques dans les procédures judiciaires (cons. 15 de la Directive Race 2000/43/CE).

<sup>3</sup> Le Conseil représentatif des associations noires (CRAN), créé le 26 novembre 2005, demande la mise en place de « statistiques de la diversité » (Voir le document du CRAN, « Questions-réponses sur les statistiques de la diversité », 31 janvier 2007). La position du président de l'association Africagora est similaire (CNIL, *Auditions réalisées par le groupe de travail sur la mesure de la diversité du 2 novembre 2006 au 1<sup>er</sup> février 2007, Compte-rendu*, Mai 2007, p. 19).

<sup>4</sup> SIMON P., WEIL P., « Sortir de l'inaction contre les discriminations », *Libération*, 4 juin 2008.

<sup>5</sup> FASSIN D., in *La lutte contre les discriminations, entre théorie et pratique, entre droit et politique*, op. cit., p. 40.

<sup>6</sup> Cf. K. KATEB, « la statistique coloniale en Algérie (1830-1962) », *Courrier des statistiques*, n°112, décembre 2004, pp. 3-17.

<sup>7</sup> Loi portant statut des Juifs du 3 octobre 1940 (art. 1<sup>er</sup> : « Est regardé comme juif pour l'application de la présente loi toute personne issue de trois grands parents de race juive ou de deux grands-parents de la même race, si son conjoint lui-même est juif ») et loi du 2 juin 1941 remplaçant la loi du 3 octobre 1940 portant statut

Alors que l'institution du *monitoring* « ethno-racial » est revendiquée au nom de la lutte contre les discriminations, il est rappelé que « personne ne peut assurer que le pouvoir politique voudra toujours lutter contre les discriminations ethniques et raciales »<sup>1</sup>. On a aussi vu comment certains organismes - publics et privés - utilisent ce type de fichiers pour pratiquer la discrimination<sup>2</sup>. On ne peut donc écarter l'éventualité que de tels fichiers –même constitués à des fins louables - puissent par la suite être détournés de cette finalité première et « se retourner contre ceux-là même qu'elle veut protéger »<sup>3</sup>.

Enfin, comme le souligne Maryse Tripier, la légitimité de questions relatives à l'origine dans le recensement impliquerait que « l'on considère désormais les différences entre Français anciens et moins anciens comme essentielles »<sup>4</sup>, à l'instar de la distinction hommes/femmes<sup>5</sup>. Ainsi, si les discriminations participent certainement à favoriser le communautarisme et l'ethnisation des rapports sociaux, des statistiques « ethno-raciales », même adossées à la lutte contre les discriminations, pourraient durcir des frontières encore souples en France<sup>6</sup>. Le risque de légitimation de ces catégories ainsi cautionnées par la statistique publique est bien réel quand on considère avec quelle facilité se sont diffusées en France les catégories « immigré » et « Français de souche »<sup>7</sup>. De même, la catégorie statistique néerlandaise d'« allochtones » s'est propagée dans l'opinion publique pour devenir une « catégorie raciale-culturaliste ordinaire désignant toute personne supposée ne pas avoir une origine 'occidentale' »<sup>8</sup>. En l'occurrence, dans les pays réalisant un *monitoring*, la variable « ethno-raciale » est omniprésente dans les formulaires des entreprises comme des

---

des Juifs. La notion de « race juive » s'appuie sur des critères de parenté auxquels s'ajoute un critère religieux introduit dans le second statut.

<sup>1</sup> TRIPIER M., « De l'usage de statistiques 'ethniques' », *Hommes et Migrations*, n° 1219, 1999, p. 29.

<sup>2</sup> THOMAS S., *Rapport d'analyse des affaires récentes de discriminations à l'embauche poursuivies par SOS Racisme*, 21 mars 2005, p. 21-22.

<sup>3</sup> VIPREY M., *L'insertion des jeunes d'origine étrangère*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>4</sup> TRIPIER M., « De l'usage de statistiques 'ethniques' », *Hommes et Migrations*, n° 1219, 1999, p. 29.

<sup>5</sup> Comme le souligne Didier Fassin, « le critère perd sa légitimité lorsqu'il nous apparaît comme facteur de naturalisation d'une catégorie sociale - autrement dit, quand la catégorie cesse de nous sembler naturelle » (*in* « Penser la discrimination positive », *in* Daniel Borrillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, *op. cit.*, p. 58). Les statistiques concernant les femmes sont admises car elles ne viennent pas durcir des frontières déjà établies dans l'ordre social et reconnues par le droit français (et ce bien que la catégorisation juridique d'une telle différence biologique soit contestable. Cf. « Le droit et la différence des sexes : fait de nature ou construction sociale ? », Danièle Lochak », *Le Monde*, 22 novembre 2007).

<sup>6</sup> Pour l'ancien président de la HALDE, Louis Schweitzer, le comptage « ethnique » est une méthode « lourde de risques », parce qu'elle nourrit une logique de séparation de communautés ». *In* « Hypocrisie : la France résiste au comptage ethnique », *Le Monde*, 2 juillet 2006.

<sup>7</sup> Le Haut Conseil à l'intégration parle ainsi de « Français de souche non métropolitaine » pour désigner les personnes originaires d'outre-mer (*in* *Les parcours d'intégration*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 2001, p. 8).

<sup>8</sup> JACOBS D., REA A., « Construction et importation des classements ethniques. Allochtones et immigrés aux Pays-Bas et en Belgique », *op. cit.*, p. 42-43. V. DE ZWART F., « Top-Down Multiculturalism : Institutionalized Ethno-Statistics in the Netherlands », *Comparative European Politics*, à paraître en 2012.

diverses administrations. Aux États-Unis, ces étiquettes ont certes permis une meilleure intégration des Noirs mais elles ont aussi contribué à durcir les frontières « ethno-raciales »<sup>1</sup>.

Surtout, les catégories « ethno-raciales » bénéficient d'une telle attractivité qu'elles deviennent les données explicatives des phénomènes observés, au risque d'occulter alors leur dimension sociale<sup>2</sup>. Certes, le social et l'« ethnique » ne s'opposent pas et peuvent être analysés de manière imbriquée pour étudier les inégalités ainsi que les dynamiques de subordination et de précarisation<sup>3</sup>. Mais les lectures selon l'origine « ethnique » ou sociale sont engagées dans un rapport de force symbolique assez inégal en faveur de la première « grâce à un système d'associations implicites : chômage et immigration, banlieues et immigration, délinquance et immigration sont autant de couples devenus indissociables »<sup>4</sup>. Enfin, la plupart des détracteurs du *monitoring* « ethno-racial », qui nécessite des données comparatives fiables et précises dans le recensement, soulignent qu'une fois établie la sous-représentation du groupe cible et son caractère anormal<sup>5</sup>, la seconde étape consiste partout à établir des objectifs quantifiés de recrutement et de promotion<sup>6</sup>. La catégorisation statistique fait donc craindre une future catégorisation juridique dans le cadre d'une politique de « discrimination positive » ou de reconnaissance<sup>7</sup> qui nous éloignerait du principe d'égalité de traitement.

Dans un registre plus pragmatique, la mise en place d'un *monitoring* « ethnique » et de questions relatives à l'origine dans le recensement reste conditionnée à leur acceptation

---

<sup>1</sup> OBOLER S., « Après le 11 septembre : les nouvelles « cibles raciales » du patriotisme américain », », *Hommes et migrations*, n° 1245, sept-oct. 2003, p. 60. De même, certains considèrent qu'avec l'utilisation banalisée du terme « race » devenu « une réalité officielle », les pouvoirs publics britanniques ont pu encourager les divisions interraciales (LAW I., SILVERMAN M., « L'évaluation des programmes politiques d'action positive en Grande-Bretagne », *op. cit.*, p. 64).

<sup>2</sup> Cf. BLUM A, GUERIN-PLACE F., « From measuring integration to fighting discrimination : the illusion of 'ethnic statistics' », *French politics, Culture and society*, n° 25-1, 2008, pp. 45-61.

<sup>3</sup> SIMON P., « L'évaluation des discriminations par la statistique en France », *op. cit.*, p. 500.

<sup>4</sup> SPIRE A., « Ambiguïtés d'une mesure des origines », *Plein droit*, Paris, n° 41-42, avril 1999, p. 38. En ce sens, voir les analyses de Hugues Lagrange qui ont suscité de fortes critiques parmi les chercheurs (*Le déni des cultures*, Seuil, 2010, 350 p.).

<sup>5</sup> La loi québécoise sur l'accès à l'égalité en emploi dans les organismes publics du 1<sup>er</sup> avril 2001 comprend à cet égard des formulations particulièrement éclairantes : « Afin de déterminer s'il y a sous-représentation d'un groupe visé par la présente loi dans un type d'emploi, la Commission compare la représentation de ce groupe au sein des effectifs concernés de l'organisme avec sa représentation au sein des personnes compétentes ou aptes à acquérir cette compétence dans un délai raisonnable pour ce type d'emploi à l'intérieur de la zone appropriée de recrutement » (section 2, al. 7).

<sup>6</sup> CALVES G., *Renouvellement démographique de la Fonction publique de l'État*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>7</sup> Dans une délibération du 27 février 2006, la HALDE estimait qu'« un dispositif de codification fondé sur l'origine 'raciale' ou 'ethnique' conduirait à amorcer un processus de reconnaissance de ces catégories ». In HALDE, *Rapport annuel 2006*, p. 116.

globale par l'opinion publique. Pour éviter l'assignation identitaire et remplir la condition de consentement express, les partisans des statistiques « ethniques » plaident pour une identification par auto-déclaration. Pour autant, l'efficacité d'une telle nomenclature ne peut être garantie « que si cette grille suscite la confiance de ceux qu'elle est censée décrire »<sup>1</sup>. Cela suppose que les catégories soient suffisamment stabilisées<sup>2</sup>, que soit déjà intervenu « un processus de durcissement des labels « ethniques » dans les sociétés considérées »<sup>3</sup> et que les catégories d'auto-identification coïncident relativement avec les perceptions des tiers au cœur des mécanismes discriminatoires<sup>4</sup>. Au-delà de l'absence de consensus parmi les associations de lutte contre les discriminations<sup>5</sup>, la question se pose de savoir si les répondants, et en premier ceux qu'une telle classification vise à décrire, se reconnaissent dans des appellations les désignant par l'origine « ethno-raciale » et le cas échéant, s'ils acceptent de voir cette identité figurer dans des statistiques publiques, voire des fichiers d'organisations.

L'enquête « Histoire de vie- construction des identités » avait permis de montrer que l'identification par les origines, en France, n'est pas banalisée : pour se définir, les personnes interrogées mentionnent en premier chef la famille et la situation professionnelle<sup>6</sup>. Une enquête expérimentale de l'INED, plus récente, a permis d'évaluer l'acceptabilité de différents systèmes de catégorisation pour l'enregistrement de données sur l'origine<sup>7</sup>. Trois modalités de déclarations de l'origine par les personnes concernées ainsi que leur pertinence ont été testées : approche généalogique (pays de naissance et nationalité des personnes, de leurs parents et grands-parents), auto-déclaration de « l'origine »<sup>8</sup> par aires géographique

---

<sup>1</sup> SPIRE A., « Ambiguïtés d'une mesure des origines », *op. cit.*, p. 38.

<sup>2</sup> Comme le relève Patrick Simon, « la consistance de l'image publique d'une origine, le degré de stigmatisation qu'elle subit, l'identification et l'intérêt que portent les répondants à l'expression de leur identité sont autant de critères qui vont intervenir sur le choix de déclarer une origine » (*in* « L'impasse de l'analyse statistique dans une France sans 'races' », *Hommes et migrations*, n° 1245, sept-oct. 2003, p. 48)

<sup>3</sup> SIMON P., « L'évaluation des discriminations par la statistique en France », *op. cit.*, p. 499.

<sup>4</sup> SABBAGH D., « Éléments de réflexion sur la mesure de la « diversité » et des discriminations », *La vie des idées*, octobre 2009, [www.laviedesidees.fr/Elements-de-reflexion-sur-la.html](http://www.laviedesidees.fr/Elements-de-reflexion-sur-la.html).

<sup>5</sup> Les syndicats CGT, CFDT, CGC, FO et SUD de l'Insee ont tenu une conférence de presse avec la LDH, le MRAP, SOS-Racisme et la LICRA pour dire leur « refus de l'introduction en France d'un référentiel 'ethnoracial' et de fichage de la population selon ces critères » (« Des syndicats et des associations rejettent toute idée de statistiques ethniques », *Le Monde*, 8 mars 2007).

<sup>6</sup> L'origine géographique, mentionnée par 9% des personnes interrogées, n'arrive qu'en 6<sup>e</sup> position. *In* HOUSEAUX F., « La famille pilier des identités », *INSEE Première*, décembre 2003, n° 937, p.1.

<sup>7</sup> SIMON P., CLEMENT M., « Rapport de l'enquête « mesure de la diversité ». Une enquête expérimentale pour caractériser l'origine », *Documents de travail de l'INED*, n°139, 2006, 68 p. + annexes.

<sup>8</sup> La question était accompagnée d'une note : « la notion d'origine ne décrit pas votre nationalité effective, donner la ou les réponses qui vous semblent les plus proches de votre conception de votre (ou vos) origine(s) personnelles(s) ». Néanmoins cette question ne semble pas toujours avoir été clairement distinguée de celle sur la nationalité par les répondants. Ainsi, 15 à 25% des répondants ayant une filiation étrangère maghrébine ou européenne du sud ne se reconnaissent pas dans l'origine « correspondante ». *In* SIMON P., CLEMENT M.,



régionales (Africaine, Antillaise ou Caribéenne, Asiatique, Maghrébine, Européenne, Française) et par pays (française, algérienne, portugaise, sénégalaise, turque...), enfin, auto-déclaration dans une nomenclature de type « ethno-racial » (Blanc, Noir, Arabe ou Berbère, Asiatique, du Sous-continent indien...)<sup>1</sup>. Si l'enquête montre une large acceptation des catégorisations par la filiation et l'origine géographique, les réticences à l'égard des catégories « ethno-raciales » demeurent prononcées. Enfin, les réactions se distinguent selon le contexte de l'enregistrement de telles données : les fichiers d'entreprises et administratifs font l'objet d'une relative méfiance. Il est vrai que cette réticence est atténuée quand on précise la possibilité d'une collecte par un organisme indépendant et la définition de garanties quant à l'utilisation des données. Pour autant, reste la nécessité de distinguer les personnes d'origine africaine et celles originaires d'outre-mer ainsi qu'un noyau de refus, notamment chez les personnes d'origine maghrébine<sup>2</sup>, ce qui, de l'aveu même des partisans des statistiques « ethniques », « rend pour l'instant très problématique l'adoption d'un tel enregistrement »<sup>3</sup> mais n'interdit pas la systématisation du recueil de données objectives sur la filiation dans l'appareil statistique.

En dehors des obstacles liés à l'absence de consensus au sein de la communauté des chercheurs, des associations et de l'opinion publique, la compatibilité des données « ethno-raciales » avec notre système juridique reste la question la plus épineuse. Les statistiques « ethniques » contreviennent en effet au modèle républicain français « qui s'attache à gommer les différences, à escamoter les appartenances »<sup>4</sup>.

### C) La constitutionnalité contestée des statistiques « ethno-raciales »

Au-delà des obstacles sociologiques, la faisabilité des statistiques « ethno-raciales » est conditionnée par leur compatibilité avec le droit français. La création d'un référentiel dans

---

« Rapport de l'enquête « mesure de la diversité ». Une enquête expérimentale pour caractériser l'origine », *op. cit.*, pp. 8 et 36- 37.

<sup>1</sup> Aucun texte légal n'interdit à une entreprise d'élaborer ce type d'enquête à laquelle les personnes répondraient de manière volontaire (par auto-déclaration).

<sup>2</sup> 18% des personnes originaires des DOM-TOM se déclarent « métis » alors que les personnes d'origine africaine se classent surtout parmi les « Noirs ». De même, les personnes issues du Maghreb se répartissent de manière diversifiée entre les catégories « métis » (39%), « arabe ou berbère » (47%) et « blanc » (13%). In SIMON P., CLEMENT M., « Comment décrire la diversité des origines en France ? Une enquête exploratoire sur les perceptions des salariés et des étudiants », *op. cit.*, p. 2.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>4</sup> CREDOF, *La lutte contre les discriminations, entre théorie et pratique, entre droit et politique, Actes du séminaire du 21 juin 2000*, Université de Paris X- Nanterre, 2002, p. 39

les statistiques publiques et le recensement dépend du législateur sous le contrôle du Conseil constitutionnel<sup>1</sup>. On a tenté à plusieurs reprises depuis 2006 d'établir par voie d'amendements « un cadre de référence comprenant une typologie des groupes de personnes susceptibles d'être discriminées en raison de leurs origines raciales ou ethniques »<sup>2</sup>. Fin 2007, un amendement au projet de loi sur l'immigration déposé par deux députés membres de la CNIL, venant modifier l'art. 8 de la loi de 1978<sup>3</sup>, conduisit le Conseil constitutionnel à se prononcer sur le traitement de données « ethno-raciales » et l'établissement d'une nomenclature afférente. Ce texte, qui venait aussi renforcer le régime de protection des données sensibles<sup>4</sup>, prévoyait que « des données faisant directement ou indirectement apparaître les origines raciales ou ethniques des personnes pourront être recueillies pour les besoins d'études ayant pour finalité la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration ». La HALDE avait émis un avis favorable sur ce projet<sup>5</sup>. Le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, comportant à son article 63 l'amendement, fut alors définitivement adopté le 23 octobre 2007.

Pour autant, l'amendement allait être contesté à plusieurs titres. Son intégration à une loi venant durcir les conditions d'entrée et de séjour des immigrés sans débat national spécifique aux discriminations suscitait une suspicion légitime<sup>6</sup>. De plus, sa rédaction, qui ne précisait pas la nature des données mobilisables, n'interdisait pas expressément l'établissement d'un référentiel « ethno-racial »<sup>7</sup>. Certains considéraient qu'il rendait ainsi « possible voire probable à brève échéance » l'établissement d'un tel référentiel. Pour ces raisons, le Conseil constitutionnel, qui n'avait jamais été amené à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi de 1978, fut saisi. Bien avant son intervention, certains auteurs

---

<sup>1</sup> CNIL, « Mesure de la diversité et protection des données personnelles : les dix recommandations de la CNIL », 16 mai 2007, Recommandation n°7.

<sup>2</sup> Pour exemple, l'amendement n° 823 du sénateur Nicolas About pour introduire un article additionnel devant l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi sur l'égalité des chances discuté lors de la séance du 5 mars 2006 a été refusé par le gouvernement (« Hypocrisie : La France résiste au comptage ethnique », *Le Monde*, 2 juillet 2006).

<sup>3</sup> Amendement n°55 déposé par les députés Michèle Barrot et Sébastien Huyghe (UMP) et adopté par l'Assemblée nationale lors de la 3<sup>ème</sup> séance du 19 septembre 2007.

<sup>4</sup> Sans bouleverser la législation existante, cette disposition harmonisait les conditions de recueil des données sur les origines dans les enquêtes spécialisées de la statistique publique, des entreprises et des administrations et prévoyait la possibilité pour les études publiques d'être soumises à l'examen d'une commission d'experts, sur le modèle des exigences concernant les enquêtes de santé.

<sup>5</sup> Délibération n°2007-233 du 24 septembre 2007.

<sup>6</sup> Sénateur David Assouline, Débats parlementaires, Sénat, séance du 4 octobre 2007, *in C.C.*, décision n° 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, Dossier documentaire, p. 26-27.

<sup>7</sup> Député Serge Blisko, Débats parlementaires, Assemblée nationale, troisième séance du 19 septembre 2007. *in C.C.*, décision n° 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, Dossier documentaire, p. 25. Voir aussi l'intervention de la sénatrice Bariza Khiari (Débats parlementaires, Sénat, séance du 4 octobre 2007, *in ibid.*, p. 27-28).

avaient prédit que le recueil de données « ethno-raciales », « véritable retournement des intentions du constituant »<sup>1</sup>, serait considéré comme contraire à l'art. 1<sup>er</sup> qui garantit l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race ou de religion. La Constitution, en effet, n'interdit pas seulement les discriminations, c'est-à-dire les traitements qui désavantagent une catégorie de citoyens par rapport à une autre, mais bien toute « distinction »<sup>2</sup>. D'autres considéraient qu'une identification des personnes à partir de ces critères, autorisée pour les besoins de la cause devant le juge, ne saurait a priori heurter les impératifs constitutionnels dans le cadre d'études ponctuelles et qualitatives (qui comportent parfois des questions relatives à la « religion » citée à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution)<sup>3</sup>.

La disposition fut finalement déclarée inconstitutionnelle le 15 novembre 2007 au motif que l'amendement était dépourvu de tout lien avec la loi déferée<sup>4</sup>. Cependant, le Conseil constitutionnel a invoqué un second motif d'annulation, ce qui est inhabituel : « *si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race* » (cons. 29)<sup>5</sup>. Cette décision, qui s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence constitutionnelle<sup>6</sup>, ne vient pas remettre en cause les recommandations de la CNIL sur le traitement des données relatives à l'origine qui s'appuient sur les dérogations prévues par la loi de 1978, ni entraver les travaux des chercheurs. C'est avant tout la création de tout référentiel « ethno-racial » qui a été interdite. Le Conseil a donc profité de cette affaire pour « poser une limite pour l'avenir, au cas où une autre tentative

---

<sup>1</sup> BALIBAR E., « Le mot race n'est pas 'de trop' dans la constitution française », in *Sans distinctions de ...race*, ouvrage collectif, *Revue « Mots », les langages du politique*, n° 23, décembre 1992, p. 248.

<sup>2</sup> CALVES G., « « Il n'y a pas de race ici ». Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *op. cit.*, p. 171. Cf. Le débat sur la traduction française de l'article 14 de la Conv. EDH (ou de la directive) qui indique « sans distinction » alors que le libellé anglais, « without discrimination », est plus restrictif (Cour EDH, 23 juillet 1998, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, Série A, n°6, p. 34).

<sup>3</sup> FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 43.

<sup>4</sup> C.C., décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, juin 2008, pp. 10-13.

<sup>5</sup> Selon les arguments du gouvernement, « *les dispositions de l'article 63 n'ont d'autre objet que d'autoriser la collecte ou le traitement de données à caractère personnel pour faire apparaître (au moyen de données objectives rattachées à l'état civil des personnes : nom, prénom, origine géographique...), de manière directe ou non, les origines des personnes dans le cadre d'études sur la mesure de la diversité, la discrimination et l'intégration* » (Observation du gouvernement sur les recours dirigés contre la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, 6 novembre 2007).

<sup>6</sup> C.C., décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Quotas par sexe* ; décision n° 91-290 du 9 mai 1991, *Statut de la Corse*.

serait faite d'introduire de tels traitements »<sup>1</sup> et adressé ainsi « un message clair à l'actuel Président de la République sur les limites de la logique différentialiste »<sup>2</sup>. À ce titre, il rappelle dans le commentaire de la décision qu'il « veille au respect des principes annoncés dans la déclaration de 1789 qui interdisent tout communautarisme » et que, à cette fin, il fait « une interprétation stricte des dispositions constitutionnelles particulières qui peuvent fonder des dérogations au principe d'égalité »<sup>3</sup>.

À la suite de la censure du Conseil et pour permettre la généralisation des « statistiques ethniques »<sup>4</sup>, le Président de la République annonçait la création d'un « Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution », présidé par Simone Veil<sup>5</sup> pour notamment discuter de la question suivante : « *Faut-il rendre possibles de nouvelles politiques d'intégration valorisant davantage la diversité de la société française pour favoriser le respect effectif du principe d'égalité* »<sup>6</sup> ? Le Comité trancha par la négative en mettant l'accent sur l'importance des marges de manœuvre offertes par le cadre constitutionnel actuel<sup>7</sup>.

L'éventualité d'expérimenter à nouveau la fiabilité et l'acceptabilité d'une classification « ethno- raciale » en France semble compromise par la décision du Conseil constitutionnel<sup>8</sup>. Celui-ci admet le recueil de données objectives qui comprennent notamment

---

<sup>1</sup> VERPEAUX M., « Des jurisprudences classiques au service de la prudence du juge. À propos de la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 », *JCP G*, p. 24.

<sup>2</sup> MELIN-SOUCRAMANIEN F., « Le Conseil constitutionnel défendeur de l'égalité républicaine contre 'les classifications suspectes' », *Rec. Dalloz*, 2007-43, p. 3018.

<sup>3</sup> Il fait ici référence aux décisions n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003 et n° 2004-490 DC du 12 février 2004. *In* Commentaire publié dans *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, juin 2008, p. 13. L'article 1<sup>er</sup> avait déjà servi à écarter la notion de « peuple corse » qui portait atteinte au principe d'unicité du peuple français (décision n° 1991-290 DC du 9 mai 1991).

<sup>4</sup> Intervention de M. le Président de la République Nicolas Sarkozy, Conférence de presse, Palais de l'Élysée, 8 janvier 2008.

<sup>5</sup> Décret n° 2008-328 du 9 avril 2008 portant création d'un Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, *J.O.* du 10 avril 2008.

<sup>6</sup> Lettre de mission adressée à S. Veil par le Président de la République, Nicolas Sarkozy, 9 avril 2008 (Annexe du décret n° 2008-328, *op. cit.*).

<sup>7</sup> VEIL S., Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, *Rapport au Président de la République*, Paris, Présidence de la République, décembre 2008, pp. 76-77.

<sup>8</sup> L'enquête quantitative « TéO » avait au départ prévu le recueil d'une donnée spécifique d'un nouveau type, la couleur de peau qui pouvait faire directement apparaître « l'origine raciale » des personnes. L'aval du CNIS (Comité du label, Avis de conformité de l'enquête Trajectoires et origines, 1<sup>er</sup> juin 2007) et de la HALDE (délibération n° 2007-233 du 24 septembre 2007) avait été reçu. Le CNIS avait jugé « très inopportune l'élaboration par le système statistique public d'une nomenclature ethno-raciale de référence, et recommandé de recourir à des questions ouvertes pour appréhender la façon dont les personnes se perçoivent » et la nomenclature préétablie qui suivait les questions sur l'origine avait donc été abandonnée. De plus, il avait exigé que le Conseil scientifique du Comité de concertation pour les données en sciences humaines et sociales soit consulté systématiquement avant de donner l'accès à ces variables sensibles pour des projets de recherche (CNIS, Projet d'avis de la formation « Démographie, conditions de vie » du 12 octobre 2007 sur les questions

le nom, l'origine géographique, la nationalité antérieure et l'extension de ce recueil dans le recensement ou à travers un *monitoring* généralisé. Néanmoins, le Conseil a jeté le trouble sur la portée de sa décision en précisant dans les *Cahiers du Conseil Constitutionnel* que celle-ci n'interdit pas les enquêtes ponctuelles fondée sur des données subjectives tel que le « *ressenti d'appartenance* »<sup>1</sup>. Cette référence au « *ressenti d'appartenance* » pourrait, comme le relève le Comité Veil, « donner des résultats d'une lisibilité finalement assez comparable à celle que permettrait le maniement d'un référentiel de type ethno-racial »<sup>2</sup> pourtant proscrit. La CNIL a interprété finalement la décision du Conseil comme permettant dans certaines circonstances précises de collecter des données « ethno- raciales » tout en interdisant l'établissement d'un référentiel « ethno-racial »<sup>3</sup>.

Au-delà des obstacles politiques et juridiques majeurs que rencontrent le recueil et le traitement de données « ethno- raciales », il nous faut plus précisément examiner la pertinence de telles données au regard de la lutte contre les discriminations, dont elles tendent à être présentées comme l'instrument nécessaire.

## **§2) La mesure de la discrimination « raciale » dans le cadre statistique et juridique existant**

Au vu des inconvénients majeurs et des bouleversements politique et juridique qu'induirait la mise en place de statistiques « ethno- raciales », il semble nécessaire d'apprécier le bénéfice d'un tel repérage pour la lutte contre les discriminations « raciales ». Quelle mesure de la discrimination préconiser pour échapper à l'alternative entre la « barbarie universaliste » et la « barbarie différentialiste » qui menace autant l'antiracisme qu'elle habite le racisme »<sup>4</sup> ?

Des statistiques sont nécessaires pour matérialiser ces inégalités spécifiques et en donner la mesure devant la justice, dans le cadre de la construction comme de l'évaluation des politiques privées et publiques de lutte contre les discriminations, mais des statistiques

---

sensibles de l'enquête « Trajectoires et origines »). En définitive, dans le sillage de la décision du Conseil constitutionnel, la question fut abandonnée.

<sup>1</sup> *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, juin 2008, pp. 12-13.

<sup>2</sup> VEIL S., Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, *op. cit.*, p. 60.

<sup>3</sup> Voir « Les délibérations de la CNIL sur la mesure de la diversité rendues depuis la décision du Conseil constitutionnel » In HÉRAN F., Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations (COMEDD), *Inégalités et discriminations. Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, *op. cit.*, p. 118-128

<sup>4</sup> FASSIN E., « Aveugles à la race ou au racisme ? Une approche stratégique », *op. cit.*, p.108.

« ethno-raciales », aujourd'hui inconstitutionnelles, sont-elles indispensables pour rendre compte des discriminations ? Et doit-on quantifier toutes les victimes potentielles de discriminations « pour lutter contre l'ethnisation et la racialisation des rapports sociaux dont les discriminations sont à la fois le symptôme et un facteur aggravant »<sup>1</sup> ? Le Rapport du Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations (COMEDD), rendu public en février 2010, est venu préciser les outils statistiques dont la France doit se doter pour « mesurer sa diversité, pour identifier précisément ses retards et mesurer ses progrès »<sup>2</sup>. Néanmoins, il est nécessaire de distinguer « mesure de la discrimination » et « mesure de la diversité » qu'on assimile trop souvent à tort : parce qu'elles ne mesurent pas le même objet et ne visent les mêmes finalités, logiquement, les méthodologies statistiques pertinentes diffèrent (A). Les dernières recommandations de la CNIL et les positions de la HALDE - qui néanmoins ne font pas toujours la distinction entre discriminations et diversité - constituent un cadre pertinent pour améliorer la connaissance et la mesure des discriminations sans bouleverser le cadre statistique et juridique du traitement des données relatives à l'origine (B). En effet, le choix ne se limite pas à trancher entre les deux options opposées que seraient le maintien du *statu quo* et le basculement vers un comptage « ethno-racial » de la population française.

#### A) Mesure de la diversité et mesure des discriminations « raciales »

L'article 63 de la loi de 2007 censurée par le Conseil constitutionnel faisait référence à « la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration ». Pourtant, ces objets ne sont pas identiques et appellent des techniques de mesure et des catégories différenciées<sup>3</sup>. La mesure de l'intégration ne semble requérir que des données objectives relatives à la filiation<sup>4</sup>, tandis qu'on se méprend quand on estime que la mesure de la diversité vaut mesure des discriminations, comme si la diversité, et non l'égalité, constituait le pôle opposé de la discrimination.

---

<sup>1</sup> VIPREY M., *L'insertion des jeunes d'origine étrangère*, op. cit., p. 23.

<sup>2</sup> Lettre de mission, « Mise en œuvre d'un Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations », 19 février 2009. In HERAN F., Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations (COMEDD), *Inégalités et discriminations. Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, op. cit., p. 259.

<sup>3</sup> CEDIEY E., « Questions sur la mesure : que mesure-t-on ? Pour quoi ? Comment ? », Intervention d'ouverture du colloque *La mesure des discriminations liées à l'origine*, ISM-Corum, Lyon, 22 octobre 2007, p. 1

<sup>4</sup> HCl, *Les indicateurs de l'intégration. Statistiques ethniques, enquêtes sur les patronymes, mesure de la diversité, baromètre de l'intégration*, Avis à M. le Premier Ministre, Paris, 9 janvier 2007, p. 35

Alors même que le terme fleurit un peu partout, il ne semble pas exister de définition de la 'diversité' qui fasse communément référence. La mesure de la diversité implique une identification et un classement des personnes en fonction de critères possibles de discrimination, un décompte des personnes classées ainsi puis, une mesure de la distribution entre les différents groupes constitués<sup>1</sup>. Les objets de la mesure de la diversité sont donc les personnes, les populations. Mesurer la diversité d'une population impliquerait donc de recenser et classer tous les membres de cette population ou de travailler à partir d'un échantillon représentatif à partir duquel sont extrapolés les effectifs des différents groupes au sein de la population complète<sup>2</sup>.

La HALDE admet le principe d'études de la diversité sur des territoires tels que les bassins d'emplois, des secteurs d'activité ou au sein d'entreprises de grande taille à condition que l'échantillon soit suffisamment important pour empêcher toute identification individuelle, que les enquêtes soient anonymes et volontaires et qu'elles soient autorisées sous strict contrôle public par la CNIL et la HALDE. Si d'après la CNIL, la mesure de la diversité peut être réalisée sur la base de données objectives relatives à l'ascendance des personnes<sup>3</sup>, on réclame parfois des statistiques « ethno- raciales » pour lutter contre les discriminations « raciales », « ratifier une 'diversité culturelle française' », ou assurer une forme de reconnaissance descriptive, numérique en privilégiant une interprétation arithmétique de l'égalité<sup>4</sup>. Il peut aussi s'agir d'étudier la visibilité des personnes dites « phénotypées »<sup>5</sup>. Mais comme J. Stavo-Debaugé le souligne, les justifications multiculturalistes vont parfois plus loin, les statistiques « ethniques » visant alors à permettre une « représentation de la société

---

<sup>1</sup> CEDIEY E., « Questions sur la mesure : que mesure-t-on ? Pour quoi ? Comment ? », *op. cit.*, p. 2

<sup>2</sup> Ainsi, le sondage commandé par le CRAN et réalisé à partir d'un échantillon représentatif, présenté comme une mesure du ressenti des discriminations, a pour la première fois fournit une estimation du poids de la population noire (personnes s'étant déclarées « noires » ou « métisses d'ascendance noire ») âgée de plus de 18 ans : 3,8% de la population, soit environ 1.865.000 personnes résidents en France (« Les discriminations à l'encontre des populations noires », Sondage TNS Sofres réalisé pour le CRAN, 31 janvier 2007, p. 12).

<sup>3</sup> CNIL, Recommandation n°2 du 16 mai 2007.

<sup>4</sup> SIMON P., « La mesure des discriminations raciales : l'usage des statistiques dans les politiques publiques », *op. cit.*, p. 17.

<sup>5</sup> C'est ainsi que la représentation de la diversité dans les programmes de télévision est régulièrement étudiée par le CSA. Cette photographie est réalisée par un recensement des personnes qui sont présentes à l'écran et s'y expriment, classées selon la perception qu'en a le public en termes de sexe, de catégorie socioprofessionnelle et de marqueur « ethno-racial » (« vues comme noirs », « comme arabes », « comme asiatiques », « comme blancs »). In CSA, *Représentation de la diversité de la société française à la télévision*, Rapport au Parlement, avril 2010, pp. 12-19. Une enquête récente basée sur une étude patronymique a aussi permis d'évaluer la diversité au sein des élus locaux (AMADIEU J-F, *Les élus issus de l'immigration dans les conseils municipaux (20001-2008)*, Haut conseil à l'intégration, Premier ministre, 2009, 37 p). Dans le cas des médias comme de la représentation politique, la mesure de la diversité apparaît d'autant plus légitime que ces sphères jouent un rôle particulier dans la construction de l'identité française et dans la promotion de modèles d'identification positifs.

comme composition d'une pluralité de communautés et d'identités culturelles valorisées »<sup>1</sup>. Il s'agit alors de « compter pour pouvoir compter »<sup>2</sup>, pour appuyer ses revendications<sup>3</sup>, pour obtenir une représentation qui reflète la distribution observée dans la société.

Les finalités d'une mesure de la diversité sont diverses<sup>4</sup> et la formulation même de l'article 63 de la loi sur l'immigration invalidé par le Conseil constitutionnel restait à cet égard ambiguë en évoquant la mesure de la « *diversité des origines des personnes* » sans précision supplémentaire. On risquait alors de dévier de la finalité recherchée par la CNIL qui soutenait l'adoption de l'amendement pour la mise en évidence des discriminations en ouvrant la voie, par exemple, à des enquêtes ayant des objectifs de police. Ainsi Nicolas Sarkozy, interrogé en 2006 sur l'opportunité de « faire apparaître l'origine ethnique des délinquants dans les statistiques de la police », répondait qu'il était nécessaire de « faire de la transparence » et qu'il n'y avait « aucune raison de dissimuler un certain nombre d'éléments qui peuvent être utiles à la compréhension de certains phénomènes »<sup>5</sup>. Ses déclarations faisaient suite au rapport des Renseignements généraux qui, après les émeutes urbaines de novembre 2005, avait répertorié notamment l'origine « ethnique » « de 436 meneurs recensés dans 24 quartiers sensibles »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> STAVO-DEBAUGE J., « Prendre position contre l'usage de catégories « ethniques » dans la statistique publique », *op. cit.*, p. 299.

<sup>2</sup> Sondage TNS-Sofrès commandé par le Conseil représentatif des Associations noires (CRAN), publié le 31 janvier 2007.

<sup>3</sup> Les mobilisations médiatisées du CRAN ont suscité une multiplication des revendications de comptabilisation : le CRIF s'est ainsi positionné pour l'instauration de catégories religieuses dans le recensement français (tandis que le président du Conseil français du culte musulman s'y opposait) tout comme le porte-parole de la Fédération nationale des centres LGBT (lesbiens-gays-bi et transsexuels) qui souhaite dorénavant l'instauration de catégories sur les préférences sexuelles afin qu'on connaisse le poids exact de la « communauté » dans la société française ce qui pourrait influencer sur des réformes en matière de mariage et d'adoption par exemple (Dossier « Origines, religions, sexualité : le tabou des statistiques », *Le Figaro Magazine*, 2 juin 2006). J. Stavo-Debauge souligne ainsi que la modification du recensement apparaît en Grande-Bretagne « moins comme un instrument technique de production des données nécessaires à l'étalonnage des politiques que comme un dispositif intrinsèquement politique mis à la disposition des minorités », dans une perspective d'« empowerment ». In « Mobiliser les pouvoirs de la statistique pour l'action anti-discriminatoire : le cas du Royaume-Uni », *op. cit.*, p. 59.

<sup>4</sup> Les enquêtes ponctuelles sur la diversité peuvent aussi avoir des finalités commerciales : dans le cadre d'un « marketing ethnique », il s'agira de réaliser des études de consommation à partir de données « ethno- raciales » ciblant tantôt les Noirs (cosmétiques), les pratiques religieuses (nourriture halal ou casher), les migrants (transferts d'argent). L'étude de consommation « La France de la diversité » réalisée par l'agence SOPI-Communication sur Internet avec le consentement express des personnes interrogées contenait des questions très classiques à l'exception de deux, l'une portant sur l'origine de l'enquêté ou de ses parents et l'autre sur son « groupe d'identification » qui était au choix « caucasien, eurasién, noir africain, afro-caribéen, berbère, arabe, indien-pakistanaï ou asiatique ». Voir le site de l'agence [www.Sopi.fr](http://www.Sopi.fr) et l'audition de J-C. Desprès de Sopi-Communication in CNIL, *Auditions réalisées par le groupe de travail sur la mesure de la diversité du 2 novembre 2006 au 1<sup>er</sup> février 2007, Compte-rendu*, Mai 2007, pp. 34-37.

<sup>5</sup> « Sarkozy s'intéresse à la couleur des délinquants », *Libération*, 14 février 2006.

<sup>6</sup> Les conclusions du rapport, citées dans *Le Monde* du 25 février 2006, indiquaient que, parmi les meneurs, « 87% ont la nationalité française, 67% sont d'origine maghrébine et 17% d'origine africaine. Les Français d'origine non immigrée représentent 9% des meneurs ».



Pour autant, la mesure de la diversité, qui découlerait d'un *monitoring* « ethno-racial » adossé au recensement, peut contribuer à la lutte contre les discriminations en permettant de connaître la répartition des personnes issues de l'immigration ou supposées telles sur un territoire, dans un secteur professionnel ou dans une organisation et d'identifier les phénomènes de ségrégation spatiale, scolaire<sup>1</sup> comme professionnelle. Aujourd'hui, même si des études ont été réalisées<sup>2</sup>, aucun panorama sur la ségrégation dans les espaces urbains et ses conséquences (emploi, éducation, participation politique) n'a pu être réalisé en France, alors que les recherches américaines comme anglaises relatives aux phénomènes de concentration spatiale sont importantes<sup>3</sup>. De même, comment démontrer qu'une embauche fondée sur un critère de résidence du candidat constitue une discrimination indirecte « si l'on ne dispose pas au préalable de données indiquant clairement la réalité et l'ampleur du phénomène de la ségrégation géographique dont sont victimes certaines minorités ethniques, reléguées à des ghettos identifiables ? »<sup>4</sup>. De manière plus générale, pour anticiper les effets discriminatoires découlant de telle épreuve ou pratique, il serait nécessaire d'affiner la connaissance des caractéristiques des personnes « immigrées ou supposées telles » pour identifier d'éventuelles sources de discrimination indirectes<sup>5</sup>. Mais comme le relève Gwénaële Calvès, pour pouvoir être exposé à la discrimination indirecte, un groupe doit être doté de caractéristiques spécifiques qui le distingue des autres ; or il est encore peu probable que les Français noirs ou ceux d'origine maghrébine se distinguent des Français blancs par des

---

<sup>1</sup> La Cour EDH s'est ainsi appuyée sur des études statistiques démontrant que les écoles spécialisées destinées aux enfants souffrant de handicap mental comptaient un nombre démesurément élevé d'enfants Roms pour établir une présomption de discrimination entraînant un renversement de la charge de la preuve vers le gouvernement tchèque. Celui-ci ayant été incapable de fournir une justification objective et raisonnable de cette situation, la Cour a conclu au caractère discriminatoire de la procédure de décision de placement des élèves dans ce type d'école (Cour EDH, grande chambre, *D. H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, n° 57325/00).

<sup>2</sup> V. par exemple, FELOUZIS G., « La ségrégation ethnique au collège et ses conséquences », *Revue française de sociologie*, n° 44-3, pp. 413-447 ; PAN KE SHON J-L., « La ségrégation des immigrés en France : État des lieux », *Population et société*, n° 447, avril 2011, 4 p.

<sup>3</sup> PARENT A., « Les approches économiques de la discrimination et leur renouvellement », *La lettre de la MiRe*, n°7, octobre 2005, p. 10.

<sup>4</sup> DE SCHUTTER O., « Les progrès de l'égalité de traitement dans l'Union européenne : la lutte contre les discriminations au service du marché », *Année sociale*, 2000, p. 126.

<sup>5</sup> À cet égard, il est nécessaire de rappeler qu'il ne suffit pas de constater un déséquilibre produit par l'application de tel ou tel critère pour conclure à l'existence d'une discrimination indirecte. Celle-ci ne sera caractérisée que si le critère neutre choisi n'est pas « objectivement justifié par un but légitime » et proportionné à celui-ci.

différences de situation aussi massives et enracinées que celles qui permettent des discriminations indirectes à l'égard des femmes<sup>1</sup>.

De plus, si la mesure de la diversité permet d'identifier un décalage, après comparatif des données relatives à l'entreprise et à la main d'œuvre disponible sur le bassin d'emploi (grâce à un *monitoring* minutieux), elle ne fournit que l'indice d'une discrimination directe ou indirecte éventuelle y compris devant le juge<sup>2</sup>. De même, alors que « les dispositifs antidiscrimination sont souvent critiqués parce qu'ils ne produisent pas de résultats spectaculaires »<sup>3</sup>, le constat d'une progression de la diversité dans une entreprise donnée pourrait constituer l'indice d'une politique anti-discriminatoire efficace. Enfin, il peut sembler difficile d'exiger des chefs d'entreprise ou d'administration de mettre fin à certaines pratiques qui ont un impact négatif sur des groupes protégés et ne sont pas objectivement justifiées (discriminations indirectes) sans leur permettre d'identifier de telles mesures ou pratiques en amont d'un quelconque recours. Nous avons vu que l'art 8 §2 de la directive 95/45/CE admet le traitement de données sensibles lorsqu'il est nécessaire pour exercer un droit en justice. Il pourrait permettre à l'employeur ou au bailleur de se mettre préventivement à l'abri d'une action en justice en constituant ponctuellement un fichier tenant compte de l'appartenance des candidats-travailleurs ou des candidats locataires à certaines catégories<sup>4</sup>.

Pour autant, il faut noter qu'à ce jour, le débat français a moins porté sur la mise en évidence des discriminations que sur la promotion de la diversité dans les entreprises et/ou l'administration<sup>5</sup>. La diversité est alors celle de la société française tout en désignant en même temps la diversité propre à certains groupes (on parle ainsi de « personnes issues de la diversité » !). De plus, contrairement à ce que pourraient laisser croire les pouvoirs publics comme les entreprises qui préfèrent parler de promotion de la diversité plutôt que de lutte

---

<sup>1</sup> CALVES G., « Mesurer les discriminations, mesurer la « diversité ? », in BADINTER et alii, Rapport de la Commission alternative de réflexion sur les « Statistiques ethniques » et les discriminations (CARSED), *Rapport : Le retour de la race. Contre les statistiques ethniques*, Paris, Ed. L'aube, 2009, pp. 189-191

<sup>2</sup> Notons à cet égard que la HALDE, dans l'affaire Airbus, est parvenue à réaliser ce type de comparaison en se fondant sur des données disponibles, à savoir la liste des personnes compétentes inscrites à l'ANPE du bassin d'emploi et celle des embauches réalisées dans l'entreprise dans le cadre d'une analyse patronymique. La sous-représentation constatée des personnes issues de l'immigration maghrébine a été prise en compte par le juge, même si la plainte pour discrimination « raciale » à l'embauche a été étayée principalement par d'autres éléments de preuve (C.A. Toulouse, 4<sup>ème</sup> ch. section 2, 19 février 2010, n° 140/2010). V. *Supra.*, p. 179-180 et b 364-365.

<sup>3</sup> SIMON P., *Etude comparative de la collecte de données...*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>4</sup> DE SCHUTTER O., « Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination », *op. cit.*, p. 8.

<sup>5</sup> CUSSET P-Y, « Les statistiques ethniques en France : où en sommes nous ? », *op. cit.*, p. 4.

contre les discriminations<sup>1</sup>, la diversité n'est pas synonyme d'égalité de traitement sans distinction d'origine. En effet, alors que la mesure de la diversité concerne les personnes, la mesure de la discrimination vise des pratiques et des règles éventuellement problématiques. L'objectif de la mesure de la diversité est souvent présenté dans des termes qui rappellent la « théorie du reflet » selon laquelle la distribution des différents groupes de personnes dans les effectifs d'une organisation devrait refléter celle observable à l'échelle de la société toute entière<sup>2</sup>. La distribution proportionnelle serait alors une preuve de non discrimination. Pourtant, il serait « sociologiquement très naïf d'imaginer que les groupes raciaux ou ethniques se distribueraient de façon proportionnelle dans les effectifs des entreprises en l'absence de discrimination »<sup>3</sup>. Comme nous l'avons vu, la diversité ne garantit nullement qu'il y ait égalité de traitement à l'intérieur ou dans les entrées et les sorties de l'organisation. De même, une non-proportionnalité en interne ne prouve pas la discrimination. La mesure de la diversité quantifie la sous-représentation et la segmentation professionnelle sans préjuger de la cause de ces phénomènes. IL est vrai que, dans certains cas, discrimination et non-diversité peuvent être difficiles à distinguer : l'existence de discriminations favorise l'auto-discrimination<sup>4</sup> des personnes issues de l'immigration comme des femmes et la faiblesse de leur investissement dans le capital humain (la formation par exemple) ce qui favorise leur sous-représentation. Mais les résultats d'une mesure de la diversité traduisent aussi l'impact de discriminations systémiques et d'inégalités sociales. En définitive, la mise en place de statistiques de la diversité à l'échelle nationale comme des organisations, déconnectées de tout procès, n'est pas suffisante pour pouvoir mettre en évidence des traitements discriminatoires, qu'ils soient directs ou indirects et qu'ils interviennent à l'échelle d'une localité ou d'une entreprise<sup>5</sup>.

## B) La nécessaire multiplication des recherches et évaluations

Dans le cadre de la lutte contre les discriminations dans les entreprises, il ne s'agit pas de « demander aux entreprises combien elles ont de salariés noirs ou arabes » mais d'exiger

---

<sup>1</sup> Ainsi, la loi sur l'égalité des chances de mars 2006 prévoyait que le gouvernement doit remettre au Parlement avant le 31 décembre 2006 un « rapport (...) sur les moyens de promouvoir la diversité en entreprise ». (Art. 20 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, J.O. du 2 avril 2006, p. 4950).

<sup>2</sup> CEDIEY E., « Questions sur la mesure : que mesure-t-on ? Pour quoi ? Comment ? », *op. cit.*, p. 3.

<sup>3</sup> SKRENTNY J. D., « Égalité devant l'emploi aux USA : une politique frileuse et incohérente », *op. cit.*, p. 36.

<sup>4</sup> SILBERMAN R., in Centre d'analyse stratégique (CAS), *Actes du Colloque « Statistiques 'ethniques' »* du (19 octobre 2006 à Paris), 2 novembre 2006, p. 16.

<sup>5</sup> FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *op. cit.*, p. 43.

qu'elles assurent un recrutement et une promotion sans discrimination. La discrimination, telle que définie par le droit, est donc à rechercher dans les pratiques, les critères et process de sélections. On cherchera à repérer ces discriminations afin de les supprimer tout en mesurant les effets des politiques correctives mises en œuvre. Au-delà, pour guider les politiques publiques, il faut multiplier les études afin de mieux connaître les phénomènes discriminatoires dans la société française et repérer les mécanismes sous-jacents à ces pratiques. Enfin, les recherches sur les discriminations systémiques sont indispensables car l'absence de données risque de renforcer l'idée que les processus discriminatoires ne sont que le produit de parcours individuels et que les solutions sont largement à rechercher dans des stratégies individuelles.

### *1. L'identification des discriminations « raciales »*

Pour identifier les discriminations « raciales », des données spécifiques, dont le traitement est autorisé pour les études relatives à la discrimination, peuvent être utilisées. Le collège de la HALDE considère ainsi que « les outils démographiques existants et les enquêtes de la statistique publique menées au cours des dernières années permettent de répondre à la revendication de ceux qui souhaitent disposer d'un outil de connaissance des discriminations s'appuyant sur des données statistiques fiables »<sup>1</sup>. Le critère de la filiation est certes imparfait mais objectif et encore largement opératoire : la catégorie fondée sur le lieu de naissance et la nationalité antérieure des parents, nettement insuffisante pour les descendants des immigrations européennes, est « encore acceptable pour les personnes issues de l'immigration maghrébine et africaine »<sup>2</sup>. Surtout, en matière de mesure de discrimination, nul besoin de données rigoureusement exactes : la mesure des discriminations rencontrées par les personnes identifiées établira une tendance transposable à ceux dont l'origine maghrébine, africaine ou antillaise est plus lointaine. Ce qui détermine la mise en œuvre de discriminations, ce sont les perceptions d'autrui, les stéréotypes mobilisés à partir des caractéristiques manifestes (consonance du nom, apparence, accent) et non l'état civil de la personne ou l'identité dans laquelle celle-ci se reconnaît. C'est pourquoi le classement effectué par un tiers semble parfois mieux adapté « à la problématique des discriminations qui se fondent justement sur des identifications, pas sur des identités »<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> SCHWEITZER L., « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité- Entretien », *En Temps Réel*, Cahier n° 30, décembre 2007, p. 25.

<sup>2</sup> SIMON P., CLEMENT M., « Rapport de l'enquête « mesure de la diversité »... » *op. cit.*, p. 10.

<sup>3</sup> SIMON P., *Étude comparative de la collecte de données...*, *op. cit.*, p. 37.

Pour ces mêmes raisons, l'utilisation des patronymes et prénoms, informations banales qui figurent dans la plupart des fichiers administratifs ou de gestion, peut être pertinente, d'autant qu'il a été démontré que le patronyme comptait beaucoup dans le processus discriminatoire<sup>1</sup>. Pour l'auteur de discrimination, peu importe que la prise en compte des prénoms et noms ne corresponde pas à l'origine « vraie » des personnes : ils constituent un stigmate exposant à la discrimination particulièrement pour les personnes d'origine maghrébine<sup>2</sup>. Depuis 2007, la CNIL considère que les noms et prénoms peuvent constituer des indicateurs intéressants « pour détecter d'éventuelles pratiques discriminatoires dans le parcours scolaire, universitaire ou professionnel » dans le cadre d'un classement en catégories « potentiellement discriminant/non-discriminant » si sont pris en compte l'ensemble des autres facteurs déterminants. Enfin, la confidentialité des données doit être assurée, l'anonymat de l'étude garanti et les personnes concernées informées de la finalité de l'étude, des conditions de sa réalisation et de leur droit de s'y opposer<sup>3</sup>. Le patronyme - comme le prénom<sup>4</sup> - a ainsi été utilisé dans de nombreuses recherches<sup>5</sup> et audits sur la discrimination à l'instar des opérations de testing par courrier ou téléphone ou des diagnostics égalité sur les process de recrutement et sur les carrières au sein des groupes Club Méditerranée<sup>6</sup> et Casino<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Pour une présentation des avantages et inconvénients de la méthode patronymique, V. HERAN F., Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations (COMEDD), *Inégalités et discriminations. Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, op. cit., pp. 40-41.

<sup>2</sup> Les personnes d'ascendance maghrébine présentent de très fort taux de reconnaissance par le nom (entre 87 et 97%). In SIMON P., CLEMENT M., « Rapport de l'enquête « mesure de la diversité »... », op. cit., p. 49. En revanche, le patronyme ne permettra pas de catégoriser les Français d'origine ultra-marine.

<sup>3</sup> CNIL, « Mesure de la diversité et protection des données personnelles : les dix recommandations de la CNIL », 16 mai 2007, Recommandation n°5.

<sup>4</sup> AMADIEU J-F, GIRY S., « Olivier, Gérard et Mohammed ont-ils les mêmes chances de faire carrière. Une analyse des enquêtes emploi de l'INSEE », Observatoire des discriminations, avril 2006.

<sup>5</sup> Un jeune issu d'un couple franco-maghrébin rencontrera plus de difficultés si c'est son père qui est d'origine maghrébine. Si le nom du père est français, l'effet discriminant s'estompe ce qui montre que le patronyme est le premier déterminant de la discrimination. In J-L RICHARD, « Le rapport entre les niveaux de formation et la fréquence du chômage des fils et filles d'immigré(s) et les origines nationales de leurs parents », *Migrations Société*, vol. 118, n° 104, mai 2006.

<sup>6</sup> CEDIEY E., FORONI F. (ISM-Corum), *Les travaux du projet Averroes au Club méditerranée. Un diagnostic partagé contre les risques discriminatoires*, 2009, 89 p.

<sup>7</sup> Audit du groupe Casino co-financé notamment par le FASILD, la région Rhône-Alpes et l'Union européenne dans le cadre du programme européen LUCIDITE et réalisé avec l'autorisation de la CNIL. Pour prendre en compte la notion d'origine supposée, deux catégories ont été délimitées : les patronymes d'origine réelle ou supposée européenne et ceux d'origine extra-européenne (dans ce dernier, un sous-groupe rassemble les noms arabes et turcs dans la mesure où le regard extérieur tend à les assimiler). Cet audit qui s'est appuyé sur des échantillons a permis d'examiner le parcours de 600 personnes. Cf. CEDIEY E., FORONI F. (ISM-Corum), *Un diagnostic partagé sur les discriminations liées à l'origine et au sexe, Résultats d'une recherche-action au sein du groupe Casino*, juin 2005, 100 p.

Contrairement à la mesure de la diversité, il n'est pas nécessaire pour repérer des pratiques discriminatoires de recenser l'ensemble des personnes susceptibles d'être exposées à des discriminations ou même de se fonder sur des échantillons représentatifs<sup>1</sup>. La majeure partie des recherches sur les discriminations « raciales » évaluent le lien entre l'origine et les positions occupées sur le marché de l'emploi ou du logement ou s'appuient sur des enquêtes d'opinions. Toutefois, s'il s'agit d'isoler la discrimination, telle que définie par le droit, il faudra repérer des pratiques identifiables au sein des processus de sélection : les données utiles sont alors à rechercher dans l'organisation elle-même<sup>2</sup>. Certaines modalités d'enquêtes permettent ainsi de mesurer des écarts discriminatoires produits par une pratique en comparant les données en amont avec celles obtenues en aval de l'étape sélective.

Le testing, par exemple, qui reproduit les épreuves de sélection en visant à mettre en évidence la prise en compte d'une caractéristique prohibée, est un outil précieux qui a l'avantage de mesurer assez précisément les discriminations directes - et non les inégalités de situation - à l'embauche ou dans la fourniture d'un bien ou service<sup>3</sup>. Praticué dans les pays anglo-saxons depuis les années 1960<sup>4</sup>, cet outil a été récemment mobilisé en France à de multiples reprises pour des enquêtes spécialisées sur la discrimination « raciale » à l'embauche dont la plus large est celle effectuée par le BIT<sup>5</sup>. Constituant un « sondage ponctuel et localisé du (dys)fonctionnement du marché de l'emploi »<sup>6</sup>, le testing est aussi transposable pour enquêter sur d'autres types de discriminations apparentes ou des inégalités

---

<sup>1</sup> CEDIEY E., « Questions sur la mesure : que mesure-t-on ? Pour quoi ? Comment ? », *op. cit.*, p. 4.

<sup>2</sup> RASKIN J. B., « Common Sense, Common Census ; Should America Follow France and Abolish Race Questions on the Census? », *Droits et Cultures*, n°49, 2005, p. 35.

<sup>3</sup> Sur le procédé du testing, lire CALVES G., « Au service de la connaissance et du droit : le testing », *Horizons stratégiques*, n°5, juillet 2007, pp. 8-16 ; HERAN F., Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations (COMEDD), *Inégalités et discriminations. Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, *op. cit.*, pp. 25-31. V. *Supra.*, pp. 168 et s., 321-322.

<sup>4</sup> BENDICK. M. Jr., « Situation Testing for Employment Discrimination in the United States », *Horizons stratégiques* n° 5, juillet 2007, pp. 18-23.

<sup>5</sup> CEDIEY E., FORONI F., « Les discriminations à raison de 'l'origine' dans les embauches en France. Une enquête nationale par tests de discrimination selon la méthode du Bureau international du travail », *Cahiers des migrations internationales*, n° 85, Genève, BIT, Genève, 2007, 121 p.

<sup>6</sup> Centre d'analyse stratégique, « Le testing, une méthode expérimentale de mesure des discriminations à l'embauche », *La note de veille*, n° 48, 5 mai 2007, p. 2.

de traitements<sup>1</sup>. L'auto-test de discrimination peut également être pratiqué par les organisations elles-mêmes<sup>2</sup>.

Néanmoins, le testing n'est pas adéquat pour des processus dans lesquels les personnes sont en interaction durable (promotion professionnelle, orientation scolaire, attribution d'un logement social...). Pour ces cas de figure, on peut, à l'instar de ce qui a été fait pour démontrer la discrimination syndicale dans la carrière, constituer des panels ou effectuer des audits longitudinaux sur la base de groupes témoins dans l'entreprise pour repérer des écarts de position significatifs à certaines étapes. À nouveau, le dénombrement de toutes les victimes de discrimination n'est pas nécessaire. Certaines enquêtes spécialisées portent ainsi sur des cohortes pour étudier le parcours professionnels ou scolaire sur plusieurs années sur la base des données spécifiques disponibles<sup>3</sup>. Certaines méthodes permettent donc la mesure de la discrimination sans recourir aux données « ethno-raciales ».

Néanmoins, les analyses peuvent et doivent être améliorées et approfondies - sans bouleverser le cadre juridique - pour perfectionner les connaissances et favoriser l'effectivité de la lutte contre les discriminations. Il faut notamment développer les recherches en psychologie cognitive et sociale pour mesurer les associations effectuées entre les personnes et des attributs, le plus souvent inconsciemment<sup>4</sup>.

De nombreux acteurs publics sont impliqués dans le financement, la commande et la réalisation d'enquêtes sur les discriminations. Le Défenseur des droits qui a remplacé la HALDE pourrait jouer un rôle décisif dans l'orientation de la recherche en partenariat avec

---

<sup>1</sup> Voir la délibération n° 2006-232 du 6 novembre 2006 de la HALDE, qui fait suite à une étude réalisée sous la forme de test de situation dans quatre villes du Val-de-Marne démontrant une inégalité de traitement dans l'accès aux médecins généralistes et spécialistes au détriment des bénéficiaires de la CMU. Voir aussi DUGUET E., LEANDRI N., L'HORTY Y., PETIT P., *Discriminations à l'embauche. Un testing sur les jeunes des banlieues d'Ile-de-France*, enquête pour le Centre d'analyse stratégique (CAS), Rapports et documents, 2007, 29 p. ; ADIDA C., LAITIN D., VALFORT M-A, *Les Français musulmans sont-ils discriminés dans leur propre pays ? Une étude expérimentale sur le marché du travail*, French-American Foundation, Sciences-Po, 2010, 20 p.

<sup>2</sup> HALDE, *Rapport annuel 2005*, op. cit., p. 28. Voir aussi, CEDIEY E., « L'auto-testing des discriminations dans le groupe Casino », in *Anti-discrimination et multiculturalisme au travail. Un rapport du partenariat transnational*, Deal, 2007, pp. 19-23.

<sup>3</sup> SILBERMAN R., FOURNIER I., « Jeunes issus de l'immigration, une pénalité à l'embauche qui perdure », *Bref*, n° 226, janvier 2006 ; ORES, *Porter un prénom arabe ou musulman est-il discriminant dans l'enseignement supérieur ?*, op. cit. (Enquête sur le parcours des étudiants dans l'enseignement supérieur : les fichiers des étudiants de la région Nord-pas-de-Calais constitués à partir des informations collectées lors de leurs inscriptions ont permis de réaliser une étude longitudinale avec pour critère de repérage la consonance du prénom). V. pour une revue de littérature, F. DHUME, S. DUKIC, S. CHAUVEL, P. PERROT, *Orientation scolaire et discrimination. De l'(in)égalité de traitement selon l'origine*, HALDE, La Documentation française, coll. Etudes et recherches, 2011, 288 p.

<sup>4</sup> Les processus de catégorisations induisent des biais cognitifs fondés sur des stéréotypes qui peuvent déboucher sur des décisions préjudiciables aux personnes stigmatisées. Le principe des tests d'associations implicites consiste ainsi à mesurer la vitesse avec laquelle on associe certains attributs positifs ou négatifs avec certaines catégories de personnes (V. <https://implicit.harvard.edu/implicit/france>).

d'autres administrations et organismes tels que l'INSEE, l'INED, les directions compétentes des affaires sociales, l'Observatoire des statistiques de l'immigration et de l'intégration du HCI ainsi que les équipes de recherche universitaires. Conformément à la Directive 2000/43, il devra coordonner et valoriser les enquêtes, fixer les priorités de recherche et faciliter la mise en commun des connaissances afin d'éviter « un potentiel d'études dispersé » et le « risque de redondance »<sup>1</sup>.

Pour favoriser la multiplication des enquêtes, il est proposé d'ouvrir plus largement aux chercheurs l'accès aux fichiers de gestion et bases de données statistiques publiques existants<sup>2</sup> et de systématiser l'introduction de données objectives relatives à la filiation des personnes (nationalité/lieu de naissance des parents) dans les enquêtes adossées au recensement<sup>3</sup>. Certaines études plus fines pourraient comprendre des questions ouvertes relatives aux origines géographiques - non corrélées à un référentiel ethno-racial - pour analyser la situation des personnes dites de « troisième génération » ou d'origine ultra-marine.

De manière plus générale, il apparaît urgent de développer des enquêtes dans tous les domaines afin de véritablement mobiliser l'ensemble des acteurs au service de la lutte contre les discriminations. À ce jour, les recherches se concentrent sur l'emploi privé et « ont été centrées sur l'embauche, bien davantage que sur la formation, les conditions de travail, la rémunération ou le déroulement de carrière »<sup>4</sup>. Quant aux études relatives à la fonction publique, elles existent<sup>5</sup> mais restent rares et souvent trop générales pour renseigner véritablement les politiques publiques. Le constat est encore moins détaillé pour les domaines de la vie sociale, tels que le logement privé comme social<sup>6</sup>, l'école, la santé<sup>7</sup>, les services au

---

<sup>1</sup> Cour des comptes, *L'accueil des immigrants et l'intégration des populations issues de l'immigration*, Rapport public particulier, La Documentation française, 2004, p. 149.

<sup>2</sup> CNIL, Recommandation n° 1, 16 mai 2007. Même si certaines administrations collectent régulièrement des données sur la nationalité ou le pays de naissance des individus, ces données sont rarement analysées et publiées (in « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », SIMON P et STAVO-DEBAUGE J., *op. cit.*, p. 78).

<sup>3</sup> Voir dans le recensement lui-même (dès lors que l'acceptabilité de ces questions aura été établie). In CNIL, « Mesure de la diversité et protection des données personnelles : les dix recommandations de la CNIL », 16 mai 2007, Recommandation n°2.

<sup>4</sup> PITTI L., « Catégorisations ethniques au travail. Un instrument de gestion différenciée de la main d'œuvre », *op. cit.*, p. 71.

<sup>5</sup> PERES H., L'accès aux fonctions publiques des jeunes d'origine immigrée (synthèse), *Migrations Etudes*, n° 122, avril 2004 ; AUDUC J-L, « Etude menée sur des professeurs stagiaires en 2<sup>ème</sup> année à l'IUFM de Créteil, 2003-2004 et 2004-2005 » ; POUGET J., « La fonction publique : vers plus de diversité? », in *France, portrait social 2005-2006*, INSEE, 2005, pp. 143-162.

<sup>6</sup> GELD, *Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social*, *op. cit.*, 83 p.

<sup>7</sup> CADRE E., FASSIN D., FERRE N., MUSSO-DIMITRIJEVIC S., « Un traitement inégal. Les discriminations dans l'accès aux soins », *Migrations et Etudes*, n° 106, mars-avril 2002, 12 p.



public et les loisirs, lesquels méritent d'être creusés à l'avenir. Quant à la police<sup>1</sup> et la justice<sup>2</sup>, elles restent en France des champs d'enquêtes encore largement inexplorés alors même qu'en Grande-Bretagne, c'est précisément une grande enquête publique sur la police publiée en 1999 qui brisa le silence sur l'implication des autorités et services publics dans la production de discriminations et a permis d'enclencher une introspection de chaque institution puis des actions sur ce terrain<sup>3</sup>.

La CNIL souligne la pertinence d'analyse multicritères des facteurs de discrimination. Les indicateurs relatifs à l'origine réelle ou supposée des personnes ne doivent pas être isolés dans la phase d'exploitation des données recueillies<sup>4</sup> « pour en faire par défaut des facteurs explicatifs de premiers plans » comme c'est souvent le cas dans les « *ethnic studies* »<sup>5</sup> qui ignorent d'autres facteurs déterminants comme la position sociale des ascendants, le caractère récent ou non de la migration et le lieu de résidence<sup>6</sup>. Il est nécessaire de considérer les effets de l'origine toutes choses égales par ailleurs afin d'isoler le différentiel corrélé à l'origine et d'affiner l'action publique. C'est ainsi que l'on pourra faire la part de ce qui relève de la lutte contre les discriminations et d'autres politiques sociales<sup>7</sup> et identifier ce qui est du ressort du fardeau public et du fardeau privé dans la mobilisation antidiscriminatoire. À cet égard, la science économique est aujourd'hui capable de séparer les effets propres de l'origine « ethno-raciale », du sexe ou du handicap d'autres déterminations liées au « capital humain ». Il faudrait aussi mieux rendre compte des discriminations dites intersectionnelles ou cumulées : à ce jour, les recherches sur les discriminations croisant plusieurs variables, telles que le sexe

---

<sup>1</sup> LEVY R., « De la différenciation à la discrimination : le racisme dans les pratiques policières », *Migration et sociétés*, octobre 1995, pp. 35-52. La seule étude récente sur les discriminations policières consistant à observer les contrôles de police a été ainsi financée par un organisme américain : GORIS I., JOBARD F., LEVY R., *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, NY, Open Society Institute, 2009, 80 p.

<sup>2</sup> JOBARD F. et S. NEVANEN, « La couleur du jugement. Discriminations dans les décisions judiciaires en matière d'infractions à agents de la force publique (1965-2005) », *Revue française de sociologie*, n° 48-2, avril-juin 2007, pp. 243-272.

<sup>3</sup> ABDALLAH M. H., « Grande-Bretagne : le racisme institutionnel sur la sellette », *Hommes et Migrations*, n° 1219, mai-juin 1999, p. 35.

<sup>4</sup> CNIL, point 1.3 des Recommandation du 5 juillet 2005.

<sup>5</sup> HERAN F., « Enquêtes et origine », *Lettre d'information de Pénombre*, janvier 2002, numéro spécial, p. 3.

<sup>6</sup> Il apparaît ainsi que « la discrimination est tout autant raciale que juvénile ou encore résidentielle ». In NOËL O., « Lorsque la discrimination se cachait derrière l'intégration : la lente émergence dans l'espace public des discriminations à l'embauche des jeunes issus des familles immigrées », in M. Boucher (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, op. cit., p. 406.

<sup>7</sup> En particulier, il est clair que des situations qui désavantagent les enfants des milieux populaires viennent aussi pénaliser proportionnellement plus d'enfants d'immigrés étant donné que ces derniers sont plus souvent issus des classes populaires. Mais il nous semble que le désavantage en question devrait alors être appréhendé comme une injustice sociale plutôt que comme une discrimination « raciale ».

et l'origine « ethnique »<sup>1</sup>, sont très rares. Les approches qualitatives fines destinées à analyser les logiques et les processus de la discrimination restent, elles aussi, très peu nombreuses<sup>2</sup>. Il faut enfin développer des études qualitatives sur les auteurs de discrimination et les préjugés qu'ils mobilisent, y compris à leur insu, afin de mieux comprendre les ressorts de la discrimination<sup>3</sup> et d'ajuster les politiques publiques.

## 2. *L'évaluation des politiques antidiscriminatoires*

S'il importe de mieux connaître les phénomènes discriminatoires qui traversent notre société, l'évaluation de l'impact des politiques antidiscriminatoires menées s'impose tout autant. À côté des indicateurs de mesure des phénomènes discriminatoires, des indicateurs de mesure du degré de développement des politiques antidiscriminatoires sont proposés pour évaluer l'ampleur de la mobilisation et de la mise en œuvre des outils légaux et des instruments de politiques publiques. La Commission européenne encourage ainsi la mise en œuvre d'indicateurs afin d'évaluer la capacité des États membres à « combattre efficacement et effectivement » les discriminations par le droit et les politiques publiques<sup>4</sup>. Ce souci du diagnostic et de l'évaluation concernent aussi les organisations.

---

<sup>1</sup> Voir l'étude de M-T Lanquetin, « La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique -Approche juridique », association ADRESSE, FASILD, 2003. Selon cette étude, les discriminations vécues par les femmes d'origine immigrée seraient mieux prises en compte par le droit si l'on mobilisait la grille de lecture quantitative élaborée par le droit communautaire dans le régime juridique de la discrimination à raison du sexe. V. aussi KACHOUKH F., MAGUER A., MARNAS A., *La discrimination multicritère à l'encontre des femmes immigrées ou issues de l'immigration sur le marché du travail*, HALDE, mars 2011, 209 p.

<sup>2</sup> Des enquêtes auprès des victimes potentielles de discrimination pourraient ainsi permettre de saisir les phénomènes d'auto-discrimination qui évitent aux personnes d'être confrontées à la discrimination (Cf. DESPRES C., « Débat : Le testing scientifique : problème de méthode », *Horizons stratégiques*, n° 5, juillet 2007, p. 84). Ce phénomène contribue à la pénalité « ethnique », fruit de la discrimination systémique mesurée par des enquêtes qui ne s'attachent pas à évaluer précisément les effets d'une pratique sélective.

<sup>3</sup> À ce propos, voir l'étude suédoise « Implicit Discrimination in Hiring : Real World Evidence », Dan-Olof ROOTH, *Discussion Paper Series*, IZA DP n° 2764, Avril 2007. Il importe de parvenir à rattacher les discriminations à des logiques d'acteurs pour comprendre les ressorts de la discrimination et pour bâtir une politique antidiscriminatoire efficace. Cette question est devenue l'un des principaux axes orientant les travaux en théorie économique : théorie de la discrimination par goût (autrement qualifié de racisme), théorie de la minimisation des risques (incorporation par les acteurs des préjugés, sans y adhérer), théorie de la discrimination institutionnelle, théories de l'information imparfaite, théories syncrétiques combinant différents éléments des précédentes théories. In SIMON P., « Statistiques 'ethniques' et lutte contre les discriminations », Actes de la conférence internationale « Statistiques sociales et diversité ethnique. Doit-on compter, comment et à quelles fins ? », CIQSS/INED, Montréal, 6, 7 et 8 décembre 2007 ([www.ciqss.umontreal.ca/fr/SSDE/](http://www.ciqss.umontreal.ca/fr/SSDE/)), p. 15.

<sup>4</sup> Sur l'opérationnalisation du droit et la mobilisation des politiques d'égalité de traitement, les indicateurs suivants sont proposés : plaintes des victimes (nombre de plaintes reçues par les institutions, nombre de plaintes traitées par le système judiciaire, nombre de sanctions), action des autorités indépendantes (évolution de la judiciarisation, évolution des pouvoirs des autorités, capacités à produire des codes de bonne conduite contraignants), instruments et mesures (preuve par statistique et testing, mise en œuvre des codes de bonne conduite, mise en œuvre d'actions positives), mainstreaming (étude du degré d'appropriation des politiques par les différents ministères), politique de monitoring (étude sur la perception publique des inégalités). Cf.

Des diagnostics doivent être réalisés pour déterminer les actions efficaces à mettre en œuvre et identifier les faiblesses de l'entreprise, ainsi qu'évaluer la portée des engagements pris et la pertinence des nouvelles procédures. Concernant les fichiers nominatifs des administrations et entreprises, le recueil et l'enregistrement de « *données relatives à l'origine raciale ou ethnique réelle ou supposée* » restent interdits par la jurisprudence de la CNIL<sup>1</sup>. Néanmoins, les objectifs de lutte contre les discriminations en matière d'emploi tenus pour légitimes au regard de l'intérêt public en cause<sup>2</sup>, la CNIL a accepté en 2007 que des questions relatives à l'ascendance des personnes puissent figurer dans des enquêtes anonymes par questionnaires menées par des entreprises ou des administrations dès lors que celle-ci s'inscrivent dans le cadre d'un programme de lutte contre les discriminations validé par la HALDE et par une instance d'expertise statistique<sup>3</sup>. Les fichiers de données individuelles constitués pour la réalisation de l'étude devront être détruits à l'issue de l'étude<sup>4</sup>. Dans les cas où les questionnaires intègrent une donnée identifiante afin de suivre les trajectoires personnelles des personnes, les réponses doivent être enregistrées dans un fichier distinct de celui des ressources humaines et l'accès doit être réservé aux responsables de l'étude<sup>5</sup>. La HALDE propose aussi un cadre de référence basé sur de multiples indicateurs qualitatifs pour évaluer l'impact des mesures mises en œuvre<sup>6</sup>.

De plus, la Haute autorité encourage les grandes entreprises à s'auto-tester pour évaluer l'objectivité de leurs procédures et modifier leurs pratiques à partir des résultats de l'audit<sup>7</sup>. L'enquête de satisfaction auprès des salariés permet aussi d'apprécier leur jugement

---

Commission européenne, DG Emploi, *La lutte contre la discrimination et la promotion de l'égalité. Comment mesurer les avancées réalisées ?*, Rapport final, Groupe BPI, janvier 2008, p. 39-42 et p. 44.

<sup>1</sup> CNIL, Recommandations du 5 juillet 2005 pour mesurer la diversité des origines, points 1.2 et 2.1.1; Recommandations du 16 mai 2007 « Mesure de la diversité et protection des données personnelles : les dix recommandations de la CNIL », recommandation n°3.

<sup>2</sup> CNIL, point 1.1 des Recommandation du 5 juillet 2005.

<sup>3</sup> CNIL, Recommandations du 16 mai 2007, recommandation n°2.

<sup>4</sup> CNIL, point 2.1.2 des Recommandation du 5 juillet 2005.

<sup>5</sup> CNIL, point 2.2.2 des Recommandation du 5 juillet 2005.

<sup>6</sup> HALDE, Délibération n° 2006-174 du 3 juillet 2006. Les multiples indicateurs qualitatifs qui y figurent ont été élaborés par un groupe de travail regroupant des directeurs des ressources humaines de grandes entreprises. Il s'agit notamment de repérer le nombre de réunions des instances dirigeantes au cours desquelles les questions de non-discrimination et de promotion de l'égalité de traitement ont été abordées, de vérifier si des négociations avec les partenaires sociaux ont été entamées, si un dispositif de suivi de la politique est prévu, si des salariés sont spécifiquement affectés à son organisation, si un diagnostic préalable a été réalisé au sein de l'entreprise ou encore si des formations du personnel de recrutement et de management ont été réalisées... *In HALDE, Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les entreprises à la HALDE ?*, septembre 2006, pp. 40-43.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 75.

sur la politique de promotion de l'égalité<sup>1</sup>. Enfin, les procédures d'alerte instaurées dans certaines entreprises permettent à la fois de mettre en évidence des discriminations - notamment le harcèlement - et d'évaluer la réalité de la non-discrimination consécutive aux mesures adoptées<sup>2</sup>. Dans les faits, ces études de diagnostic ou d'évaluation en amont et en aval de toute action de promotion de l'égalité sont encore rares bien que les pouvoirs publics, qu'il s'agisse des différents ministères, de la HALDE ou de la Commission européenne, encouragent vivement leur réalisation systématique. Ces audits apparaissent indispensables pour mesurer l'efficacité réelle des expériences menées et envisager, le cas échéant, leur pérennisation et leur généralisation<sup>3</sup>.

Si le cadre juridique actuel du traitement des données relatives à l'origine permet une bonne connaissance des phénomènes discriminatoires, il devrait pourtant être amendé afin d'« assurer une meilleure protection des données sensibles en garantissant le caractère scientifique des recherches et en harmonisant les procédures de contrôle des fichiers de recherche »<sup>4</sup>. Concernant les audits des organisations (entreprises, établissements scolaires, administrations...), il est recommandé de faire appel à une « expertise extérieure » afin d'assurer la confidentialité de l'étude, l'anonymat des personnes et le sérieux du diagnostic<sup>5</sup>.

Mais le problème le plus sérieux réside dans la dérogation prévue par l'art. 8 de la loi de 1978 pour les données sensibles collectées par les opérateurs privés<sup>6</sup> : les personnes peuvent se voir demander de choisir une appartenance « ethno-raciale » sous condition d'anonymat et de consentement express et ce sans intervention préalable de la CNIL. La directive 95/46/CE indique que la notion de consentement doit s'entendre d'une manifestation de la volonté « libre, spécifique et informée » par laquelle « la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement »<sup>7</sup>. Or le

---

<sup>1</sup> Voir le premier Baromètre de l'égalité de l'emploi, que la HALDE en partenariat avec l'OIT s'est engagée à renouveler chaque année et qui cible particulièrement les salariés des entreprises engagées dans la promotion de l'égalité (HALDE, « Les discriminations dans le monde du travail », synthèse de l'institut CSA, février 2008).

<sup>2</sup> Il peut s'agir d'une procédure anonyme via Internet ou d'une procédure qui vise à saisir la hiérarchie à l'échelon N+2. In HALDE, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les entreprises à la HALDE ?*, septembre 2006, p. 60.

<sup>3</sup> Voir la Convention de partenariat signée entre la HALDE et l'OIT dont l'objectif est de commanditer des recherches et des études afin d'observer et d'évaluer les pratiques des entreprises françaises (Paris, 14 février 2008).

<sup>4</sup> CNIL, Recommandation n° 6, 16 mai 2007.

<sup>5</sup> CNIL, « Mesure de la diversité et protection des données personnelles : les dix recommandations de la CNIL », 16 mai 2007, Recommandation n° 8.

<sup>6</sup> Les opérateurs publics se voient appliquées un régime de contrôle strict par la CNIS et la CNIL (de plus en plus souvent en concertation avec la HALDE) tandis que les opérateurs indépendants ou privés bénéficient d'un régime de tolérance.

<sup>7</sup> Art. 2-h de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995.

consentement d'un salarié ou d'un candidat locataire semble vicié du fait même de la situation de contrainte dans laquelle il se trouve face à son employeur ou à l'organisme HLM. Il est donc dangereux de faire reposer sur lui, exclusivement, la licéité du traitement de données sensibles<sup>1</sup>. Conjointement à la CNIL, la HALDE recommande donc que « la loi mentionne expressément qu'aucune étude faisant apparaître directement ou indirectement les origines d'une personne ne peut être entreprise, même avec le consentement des intéressés, sauf si elle a été explicitement approuvée par la CNIL, et si elle a pour objet la lutte contre les discriminations, la promotion de la diversité et l'intégration »<sup>2</sup>. Cette révision nécessaire nécessiterait de modifier les articles 8 et 25 de la loi de 1978. L'autorisation de la CNIL devrait donc devenir systématique, même pour les études ne relevant pas des statistiques publiques. C'était tout l'objet de l'amendement de 2007 finalement invalidé par le Conseil constitutionnel et soutenu par la CNIL qui « voulait éviter de perdre la maîtrise d'enquêtes qui, avec l'importance que prend aujourd'hui la lutte contre les discriminations, tendent à se développer »<sup>3</sup>. Mais celui-ci n'encadrerait suffisamment ni la méthodologie ni la finalité des études notamment du fait notamment du caractère vague des termes employés (« diversité » et « intégration »).

\*

Les problématiques de la recherche sont largement orientées par les politiques publiques « que ce soit par l'intermédiaire de la commande institutionnelle et des financements qui y sont liés, ou par la reprise des énoncés politiques »<sup>4</sup>. Or les questions relatives à la mesure de la diversité et aux données « ethno-raciales » ont tendance à focaliser l'attention des décideurs. Le droit communautaire ne contraint certes pas la France à abandonner le principe politico-juridique de cécité à la « race » mais « l'action bulldozer » de l'Union européenne<sup>5</sup> en matière de lutte contre les discriminations invite les États membres à mettre en place un *monitoring* « ethno-racial »<sup>6</sup>. Néanmoins, la position du Conseil constitutionnel semble interdire ce type de référentiel et la HALDE, contrairement à sa

---

<sup>1</sup> DE SCHUTTER O., « Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination », *op. cit.*, p. 8.

<sup>2</sup> HALDE, délibération n° 2007-233 du 24 septembre 2007.

<sup>3</sup> Laetitia Van Aeckhout « Faux débat sur les statistiques ethniques », *Le Monde*, 15 novembre 2007.

<sup>4</sup> SIMON P., Introduction, Dossier « La construction des discriminations », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004, p. 7.

<sup>5</sup> La formule est de J-F FLAUSS, *in* « L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie », *RTDH*, n° 36, 2001, p. 514

<sup>6</sup> CALVES G., « « Il n'y a pas de race ici ». Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *op. cit.*, p. 179

consœur britannique qui a constitué au Royaume-Uni le fer de lance de l'institution des statistiques « ethno- raciales » au nom de l'opérationnalisation de la lutte contre les discriminations<sup>1</sup>, ne s'est pas engagée dans cette voie.

Une fois la classification « ethno- raciale » établie, le processus semble irréversible. L'officialisation de telles catégories par le biais des statistiques publiques et la permanence et la diffusion des nomenclatures bâties risquent de conférer une validité à l'origine « ethno- raciale » qui se prêtera alors à la catégorisation juridique. Les exemples étrangers montrent en effet que les statistiques ne sont ainsi jamais mises en place indépendamment des politiques publiques. La mesure de la diversité qui permet de constater des écarts de représentation et d'établir des objectifs pourrait donc bien constituer « une étape essentielle pour établir ou justifier l'action positive »<sup>2</sup>. Pourtant, la lutte contre les discriminations « raciales » ne saurait se réduire à ce débat qui occupe une « place disproportionnée »<sup>3</sup>. Les actions positives ne constituent pas le remède miracle contre les discriminations « raciales ».

\*

Les définitions juridiques de la discrimination « raciale » sont aujourd'hui ambitieuses. Afin d'assurer l'effectivité du droit à la non-discrimination, il est nécessaire de prévenir les discriminations. Corriger les discriminations structurelles exige de réexaminer l'ensemble des critères utilisés pour caractériser le mérite et d'objectiver les procédures qui régissent les différentes étapes de la sélection. Une intervention efficace implique aussi une bonne connaissance des phénomènes discriminatoires dans la société et à l'échelle des différentes organisations. La mesure des discriminations est en effet une condition de la mobilisation des acteurs et de la diffusion du droit à la non-discrimination « raciale ». Les recherches et audits peuvent être multipliés dans le cadre juridique existant relatif au recueil et traitement des données relatives à l'origine et leurs résultats doivent être réellement exploités afin d'ajuster les politiques antidiscriminatoires. Or cette nécessaire dialectique entre mesure des discriminations et actions menées est encore largement en panne.

---

<sup>1</sup> STAVO-DEBAUGE, « Mobiliser les pouvoirs de la statistique pour l'action anti-discriminatoire : le cas du Royaume-Uni », *op. cit.*, pp. 49-62

<sup>2</sup> LAW I., SILVERMAN M., « L'évaluation des programmes politiques d'action positive en Grande-Bretagne », *op. cit.*, p. 60.

<sup>3</sup> HERAN F., Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations (COMEDD), *Inégalités et discriminations. Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, *op. cit.*, p. 21.

Surtout, les réflexions sur les politiques proactives restent encore limitées en France. D'abord, la promotion de l'égalité de traitement reste largement cantonnée au seul domaine de l'emploi alors que d'autres domaines tels que la police, l'école ou le logement méritent attention. Ensuite, marquée du sceau de la co-régulation avec les secteurs professionnels concernés, l'action publique, y compris à la HALDE, se limite à accompagner ou à encourager les initiatives volontaires des entreprises. Or les enquêtes montrent que les chartes et codes de bonne conduite qui traduisent ces engagements sont souvent dépourvus d'effectivité et n'assurent pas une protection efficace du principe de non-discrimination. Tandis que le paradigme utilitariste de la diversité semble avoir pris le pas sur la lutte contre les discriminations « raciales », on observe un « décalage entre l'utilisation de la diversité dans la communication des entreprises et la faiblesse des moyens dédiés »<sup>1</sup>. Alors même qu'aucune législation contraignante n'est envisagée et que les interventions du juge sont encore rares et peu dissuasives, on peut légitimement s'interroger « n'y a-t-il pas démission du système juridique au profit du système économique »<sup>2</sup> ? Le raisonnement sur la diversité et les instruments de *soft law* qui en découle prend appui sur les lois relatives à l'égalité - notamment la législation sur l'égalité professionnelle entre hommes et femmes alors même que celles-ci n'ont pas été véritablement mobilisées<sup>3</sup>. Les résultats médiocres de la politique incitative en faveur de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes débutée en 1983 devraient nous conduire à considérer la voie de la contrainte pour promouvoir une vision plus exigeante de l'égalité de traitement.

\*

---

<sup>1</sup> VAN DE WALLE I., MORDRET X., *De la charte de la diversité à la labellisation...*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>2</sup> RACINE J-B, « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Ed. Frison-Roche, 2003, p. 446.

<sup>3</sup> JUNTER A., SENAC-SLAWINSKI R., « La diversité : sans doit ni obligation », *La revue de l'OFCE*, juillet 2010, p. 179.





## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Le déploiement du droit antidiscriminatoire rend nécessaire implique des politiques publiques volontaristes. Cette implication s'est d'abord traduite par la création d'une autorité administrative indépendante spécialisée : la HALDE dont la première mission était de favoriser l'accès au droit et à la justice pour les victimes de discriminations. Mais la dynamique juridictionnelle, qu'elle était censée favoriser, reste malgré tout freinée par le recours à la recommandation et aux sanctions négociées et par l'absence de stratégie transparente et cohérente au sein de l'AAI. Sa dilution au sein du nouveau Défenseur des droits, qui reprend notamment les missions du Médiateur de la République, est à cet égard inquiétante : la dynamisation de la juridictionnalisation pourrait ne pas constituer une priorité et la perte de visibilité de la lutte contre les discriminations est dommageable.

Au-delà de la sanction des discriminations identifiées et face à des discriminations « raciales » structurelles, une politique de promotion de l'égalité semble nécessaire pour diffuser le droit rénové de la non-discrimination et assurer l'effectivité du droit à la non-discrimination « raciale », notamment dans sa dimension objectivée. Les pouvoirs publics encouragent les démarches proactives des organisations qui visent à prévenir les discriminations et à corriger les processus de sélection. Néanmoins, le choix d'un droit simplement incitateur, favorisée par la diffusion du paradigme de la diversité, peut venir minimiser les obligations induites par le droit à la non-discrimination « raciale ». Quant à l'enjeu de la mesure des discriminations « raciales », il a trop concentré l'attention des pouvoirs publics et des acteurs alors que le cadre juridique existant permet la multiplication des recherches et l'évaluation des actions menées. La promotion du droit à la non-discrimination « raciale » exige sans doute une mobilisation et une contrainte publiques plus importantes et qui dépasse la seule sphère de l'emploi.

Le paradigme de la diversité, au-delà de sa dimension instrumentale, participe à transformer le problème des discriminations : il ne s'agirait plus de s'attaquer aux obstacles discriminatoires mais de faire face à la sous-représentation des personnes issues de l'immigration et d'origine ultra-marine dans la distribution des emplois et biens. Il invite, malgré les interdits constitutionnels, à déployer non plus des politiques universelles de promotion de l'égalité de traitement mais des politiques d'action positive en faveur des groupes désignés. Les deux types de mesures s'opposent à bien des égards. L'action positive suppose une différence formelle de traitement, un droit dérogatoire en faveur d'un certain

nombre de personnes issues d'un groupe désigné. L'élimination des discriminations directes et indirectes consiste à interroger et à encadrer toutes les décisions de droit commun et à substituer aux critères neutres en apparence d'autres pratiques conçues de manière à ne pas affecter défavorablement les membres d'une catégorie protégée contre la discrimination : elles n'opéreront aucune différence de traitement en fonction d'un motif suspect de distinction puisqu'elles visent précisément à assurer l'indifférence de traitement. Le droit antidiscriminatoire invite donc à refuser la diffusion du discours de la diversité.

\*

## CONCLUSION GENERALE

Le souci de l'effectivité a joué un rôle déterminant dans l'évolution du droit de la non-discrimination. L'objectivation de la notion de discrimination « raciale », qui n'est plus cantonnée aux seules manifestations explicitement intentionnelles, a été entérinée par la législation et des politiques publiques antidiscriminatoires ont été mises en place. En tenant pour juridiquement responsables les individus et les personnes morales des discriminations directes plus discrètes, voire inconscientes, ainsi que des discriminations indirectes qu'ils produisent et laissent produire, le droit cherche à épouser la réalité sociale des discriminations « raciales » et tend ainsi à mieux protéger les victimes. Il veut, au-delà de celles qui trouvent leur source dans des attitudes strictement individuelles et circonscrites, viser les discriminations « raciales » dans leur dimension structurelle. Ce faisant, il favorise une juridictionnalisation nécessaire pour assurer la crédibilité et l'effectivité du droit. C'est dans cette perspective que l'aménagement de la preuve a été introduit pour la discrimination directe devant les juridictions administratives et civiles, et que la définition même de la discrimination indirecte a prévu un mécanisme de preuve similaire. Ces définitions exigeantes de la discrimination et ces modalités probatoires doivent jouer un rôle dissuasif auprès des acteurs privés et publics de façon à prévenir les discriminations.

Les résultats de l'expérience française restent pourtant limités. La juridictionnalisation a progressé grâce à la mobilisation des associations antiracistes et des syndicats. Néanmoins, cette dynamique s'affirme surtout dans le champ pénal. Cela démontre que les discriminations « raciales » dont le caractère intentionnel peut être prouvé sont encore très répandues et que le droit à la non-discrimination « raciale » n'est pas encore suffisamment connu et compris dans la société. La mobilisation des juges civils et administratifs est encore balbutiante, ce qui constitue un obstacle pour stabiliser l'interprétation des mécanismes de l'aménagement de la preuve et asseoir la légitimité de la définition objectivée de la discrimination. Ainsi, les affaires de discriminations « raciales » directes, pour lesquelles l'intentionnalité n'est pas recherchée par tribunaux, se comptent encore sur les doigts d'une main. Quant à la discrimination indirecte, dont l'application reste hypothétique concernant le critère de l'origine, aucun cas n'a été identifié. Les contours et l'impact de cette nouvelle notion restent donc très incertains.

Des obligations positives sont à la charge des acteurs des différents marchés comme de l'État. Les actions relevées permettent souvent de combattre l'ensemble des discriminations, tous critères confondus. Cette universalisation des politiques antidiscriminatoires est compatible avec l'idéologie républicaine et l'interdit quasi absolu qui pèse sur le critère de l'origine. Elle est aussi nécessaire pour mutualiser les acquis entre critères et s'attaquer au phénomène de l'intersectionnalité des discriminations, c'est-à-dire aux préjugés frappant, par exemple, les jeunes femmes issues de l'immigration postcoloniale exposées à la conjonction de plusieurs facteurs discriminatoires. À cet égard, la HALDE s'est, dans le cadre du traitement des réclamations, faite le relai de la définition objectivée de la discrimination « raciale » directe et son interprétation juridique s'est répercutée devant les juges quand elle a réorienté ou appuyé des dossiers devant les juridictions. Mais ses enquêtes trop peu approfondies et le recours trop fréquent aux sanctions négociées n'ont pas permis d'obtenir la dynamique juridictionnelle attendue.

La HALDE a néanmoins diffusé, dans le cadre de sa mission de promotion de l'égalité, l'idée selon laquelle des politiques préventives sont rendues nécessaires par les nouvelles définitions de la discrimination. Si la portée radicale de la définition de la discrimination est reconnue, alors les acteurs doivent être sensibilisés à la réalité des discriminations « raciales » et à la législation qui les interdit, l'ensemble des procédures doit être évalué et encadré pour limiter la mise en œuvre des préjugés et les critères et process habituels de sélection doivent être questionnés, rendus plus transparents et objectivés. Dans ce domaine, des bonnes pratiques ont pu être relevées mais elles restent souvent cantonnées à la sphère de l'emploi.

Cependant, l'ensemble de la politique publique reste marqué par le choix de la régulation. La faiblesse de la juridictionnalisation, surtout si elle persiste, rendrait sans doute nécessaires des instruments plus contraignants car les actions antidiscriminatoires restent à ce jour limitées et dépendent du seul volontarisme des organisations. Il faudrait au minimum que les pouvoirs publics encadrent davantage ces actions et favorisent la généralisation des bonnes pratiques expérimentées. Pour ce faire, l'évaluation indépendante des initiatives doit être systématisée. Les recherches quantitatives, souvent financées et encouragées par les institutions, ont certes permis de mieux cerner l'ampleur du phénomène discriminatoire dans le respect du cadre juridique français sur les données relatives à l'origine. Mais les ressorts du processus discriminatoire lui-même mériteraient d'être mieux explorés, tout comme l'impact de certaines procédures neutres en apparence, notamment pour guider les politiques publiques. Cette évolution ne sera pas possible si la mesure de la diversité prend le pas sur la

mesure de la discrimination. C'est en effet le déploiement du paradigme de la promotion de la diversité qui favorise la focalisation du débat public sur les statistiques « ethno-raciales » - une focalisation excessive et dommageable parce qu'elle réduit singulièrement le champ des interrogations sur les instruments de la lutte contre les discriminations « raciales ».

La promotion de la diversité se substitue depuis quelques années à la recherche d'effectivité du droit antidiscriminatoire. Portée par des justifications économiques ou une forme de rationalité administrative, la diversité présente l'avantage d'avoir pour bénéficiaire l'entreprise, l'administration et la société tout entière, tandis que le droit antidiscriminatoire s'intéresse à garantir le respect du droit fondamental des seules victimes potentielles. Elle permet aussi de contourner le droit de la non-discrimination et ses obligations et favorise ainsi le recours à l'incitation plutôt qu'à la réglementation et à la juridictionnalisation.

En outre, cette focalisation sur la diversité tend à limiter la portée de la lutte contre les discriminations « raciales ». La mise en œuvre de la théorie du reflet vise en effet une représentation des personnes originaires de l'Afrique, du Maghreb et des Antilles dans les organisations proportionnelle à leur poids dans la société. Ce faisant, elle détourne l'attention des processus discriminatoire et évite les questionnements concernant le critère et les procédures qui président à l'attribution des biens et plus largement sur la notion de « mérite ».

Cette obsession de la diversité pourrait encourager le développement de traitements préférentiels fondés sur l'origine, autrement dit, des actions positives qui reposent sur une distinction opérée sur le fondement d'un critère prohibé et qui visent à favoriser telle ou telle catégorie de personnes sous-représentées. Selon la jurisprudence communautaire relative aux actions positives en faveur des femmes, celles-ci doivent rechercher l'égalité des chances, et non l'égalité de résultat, qui serait contraire au principe consacré de l'égalité de traitement selon lequel personne ne peut être désavantagé en raison de son sexe. La CJUE a donc considéré que la préférence ne peut intervenir qu'à qualifications égales et ne peut permettre l'obtention automatique d'un emploi ou d'une promotion pour les femmes. Des objectifs souples peuvent être fixés mais jamais de quotas, et l'examen individuel des personnes doit être garanti<sup>1</sup>. En France, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est relativement

---

<sup>1</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, aff. C 450/93, *Rec.*, p. I-3069 ; 11 novembre 1997, *Marshall*, aff. C 409/95, *Rec.*, p. I-6365 ; 30 septembre 2004, *Briheche*, aff. C-319/03. Néanmoins, cette interprétation s'assouplit quelque peu quand il s'agit de biens « intermédiaires » qui favorisent sans le garantir l'accès à l'emploi tels que la formation (CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, aff. C 158/97, *Rec.*, p. I-1875), la convocation aux entretiens d'embauche (CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson*, aff. C 407/98, *Rec.*, p. I-5539) ou l'accès à une place en crèche au sein de l'entreprise (CJCE, 19 mars 2002, aff. C 476/99, *Rec.*, p. I-2891). Comme l'indique la Commission européenne dans sa proposition de directive, le régime juridique dégagé en matière d'action positive fondée sur

similaire : compte tenu de l'article 6 DDHC, l'objectif d'une représentation équilibrée entre hommes et femmes dans l'emploi public est admis tant que la considération de genre ne prévaut pas sur celles des compétences et des qualifications<sup>1</sup>.

Au regard de l'article 1er de la Constitution, la mise en place de mesures préférentielles centrées sur l'origine, même dans le seul secteur de l'emploi privé, dépendrait d'une révision constitutionnelle<sup>2</sup> qui apparaît, dans le contexte politique actuel, hautement improbable. Néanmoins, des traitements préférentiels centrés sur des critères socio-économiques permettent « aux autorités publiques de rester en accord avec l'esprit universaliste »<sup>3</sup>. La référence au territoire a été utilisée dans certains territoires d'outre-mer - d'abord en Nouvelle Calédonie, puis, à un moindre degré, en Polynésie - pour favoriser les populations autochtones dans le souci de réparer les séquelles du passé colonial. Ces mesures préférentielles, fondées notamment sur la durée de résidence, ont été validées par le Conseil constitutionnel<sup>4</sup>. De même, en métropole, des dispositifs viennent ponctuellement favoriser les personnes qui habitent dans des quartiers de la politique de la ville ou sont scolarisées dans des établissements relevant de l'éducation prioritaire. Les bénéficiaires sont donc identifiés à partir de leur rattachement à des lieux déjà visés par des mesures préférentielles d'aide ou d'incitation en raison de la concentration des populations défavorisées qu'ils accueillent. À

---

le sexe semble s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux autres critères (cf. COM (1999) 565 final, 25 novembre 1999, p. 11).

<sup>1</sup> C.C., décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, (relative paritaire à la composition des jurys) ; C.C., décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre hommes et femmes* (à son cons. 12, le Conseil fait référence à l'art. 1<sup>er</sup> de la Constitution comme si celui-ci incluait le critère du sexe). Dans cette dernière décision, les quotas de femmes, notamment au sein des conseils d'administration et de surveillance des entreprises privées et publiques, ont été déclarés inconstitutionnels. Depuis, l'art. 1<sup>er</sup> al. 2 de la Constitution a été modifié pour prévoir désormais que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles » (loi constitutionnelle n° 2008-74 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République, *J.O.* du 23 juillet 2008). En matière d'élections politiques, les quotas de parité ont nécessité la révision de l'art. 3 de la Constitution (loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, *J.O.* du 9 juillet 1999). V. G. CALVES, *Les discriminations positives*, *op. cit.*

<sup>2</sup> MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Aix-en-Provence, PUAM, Economica, coll. « Droit public positif », 1997, p. 246.

<sup>3</sup> BUI-XUAN O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.*, p. 199.

<sup>4</sup> Pour exemple, le Conseil constitutionnel a ainsi validé des mesures qui prévoyaient un recrutement séparé au bénéfice des personnes autochtones dans l'accès à la fonction publique en Nouvelle-Calédonie au motif que le critère géographique, qui permettait de favoriser les candidats d'origine kanak, constitue une différence de situation objective (C.C., décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, *Statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, *Rec.*, p. 69). V. aussi C.C., décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, *J.O.* du 21 mars 1999, cons. 17. Alors que l'art. 74 de la Constitution autorise, depuis la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, les collectivités d'outre-mer dotées d'un statut d'autonomie à instituer une certaine préférence en faveur de leur population pour l'accès aux emplois et pour les transferts de biens fonciers, le Conseil a fait une stricte interprétation de ces dispositions constitutionnelles en vérifiant que la préférence fondée sur la durée de résidence jouerait à mérites égaux pour l'accès aux emplois et en censurant un critère renvoyant indirectement à l'appartenance « ethnique » (Français « nés en Polynésie française » ou « dont l'un des parents est né en Polynésie française ») pour les transferts de propriété (C.C., décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Statut de la Polynésie française*, *Rec.*, p. 60, cons. 8 et 30 à 34).

cet égard, le recrutement séparé des étudiants organisé par l'Institut d'études politiques de Paris au travers d'une procédure particulière réservée aux élèves des établissements classés en «zone d'éducation prioritaire » (ZEP) est sans doute l'exemple le plus frappant<sup>1</sup>.

Ce type de mécanisme pourrait constituer une forme de « discrimination indirecte positive »<sup>2</sup> : par la mise en œuvre du critère territorial - critère neutre au regard du droit antidiscriminatoire, on cherche à augmenter la proportion de personnes issues de l'immigration<sup>3</sup>. La coïncidence des caractéristiques propres aux populations issues de l'immigration post-coloniale et des critères socio-économiques retenus permet en effet de ne pas les cibler explicitement. Ce contournement du critère de l'origine est juridiquement imposé et politiquement souhaitable. Au-delà de la diversité « raciale », l'usage du critère du territoire ou de critères sociaux plus traditionnels qui ne désignent pas de manière exclusive les personnes issues de l'immigration<sup>4</sup> favorise surtout la diversité sociale des bénéficiaires de biens rares.

D'autres démarches plus discrètes et ponctuelles sont fondées directement sur l'origine des personnes. Il en est ainsi des actions positives discrétionnaires qui, à l'ombre du droit, permettent de nommer des hauts fonctionnaires ou des journalistes issus de l'immigration. Pour ces recrutements particulièrement emblématiques, les obligations de transparence et d'objectivation des critères et processus de sélection s'avèrent peu applicables et sans doute peu efficaces pour lutter contre les discriminations « raciales » et la sous-représentation des

---

<sup>1</sup> Le Conseil constitutionnel a estimé qu'il « loisible au législateur (...) de permettre la diversification de l'accès des élèves du 2<sup>nd</sup> degré aux formations dispensées par l'IEP » et que surcroit, la mesure allait dans le sens de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction (treizième alinéa du Préambule de 1946). Mais il a exigé que la sélection opérée parmi les élèves issus des ZEP ne soit pas arbitraire : elle devra reposer « sur des critères objectifs » (décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, *Rec.* p. 82, cons. 31 à 33 ; *LPA* 2001, n° 144, p. 15, comm. J-E., Schoettl). Le juge administratif a été amené à préciser le cadre de l'expérimentation de SciencePo en annulant la première résolution : l'aménagement d'une filière spécifique de recrutement était admis alors même qu'il s'agissait de renoncer au principe du concours tant qu'il repose sur des critères objectifs, mais l'établissement devait préciser les critères de choix des établissements et les conditions d'évaluation (C.A.A. Paris, 6 novembre 2003, Union nationale inter-universitaire ; *DA* 2005, p. 198, comm. A. Legrand ; *Revue Droit administratif*, février 2004, p. 22, comm. M. Boumediene.).

<sup>2</sup> Les Américains soumis à un cadre juridique de plus en plus contraignant et à la contestation politique des dispositifs d'affirmative action ont eux aussi recours à ce même critère territorial. V. « SABBAGH D., « Une discrimination positive indirecte ? Les métamorphoses des politiques de promotion de la « diversité » dans l'accès aux établissements d'enseignement supérieurs publics à caractère sélectif de Californie », *Sociétés contemporaines*, n° 79, pp. 41-67.

<sup>3</sup> Ainsi, SciencesPo questionne ces étudiants sur l'origine nationale de leurs parents et se félicite que parmi les 130 étudiants admis par cette voie en 2010, 46 ont deux parents nés hors de France. La procédure de recrutement spécifique permet aussi une diversification des origines sociales car 2/3 de ces étudiants appartiennent à des catégories socioprofessionnelles défavorisées. In SciencesPo, *Objectif : Egalité des chances. Les conventions éducation prioritaire*, Dossier de presse, janvier 2011, 12 p.

<sup>4</sup> CALVES G., SABBAGH D., « Les politiques de discrimination positive : une renégociation du modèle républicain ? » Communication au 6<sup>ème</sup> Congrès de l'association française de sciences politiques, Rennes, septembre 1999, p. 7.

personnes issues de l'immigration. Néanmoins, force est de constater que les actions positives comme les discriminations positives indirectes autorisées par le législateur visent avant tout à briser le plafond de verre. La recherche de diversité rejoint ici celle de la parité. Il s'agit de faire émerger de façon accélérée une élite au sein des groupes victimes de discriminations systémiques afin que cette élite économique et intellectuelle constitue un modèle d'identification positive et qu'elle joue un rôle de locomotive pour le groupe tout entier. C'est en ce sens que le Haut conseil à l'intégration (HCI) proposait en 2004 de « commencer par le toit »<sup>1</sup> pour donner un signal fort, pour montrer que les efforts sont récompensés et provoquer un effet d'entraînement auprès des autres publics.

L'émergence d'une élite plus métissée peut encourager les vocations de personnes qui ont tendance à s'auto-dévaluer et à se détourner de ces fonctions - participant ainsi au caractère systémique des discriminations « raciales ». Mais peut-elle participer à un changement réel des représentations dans la société et réduire la fonctionnalité des stéréotypes liés aux origines ? Pour lutter contre les discriminations statistiques sur le marché de l'emploi et renverser les présomptions défavorables, il faut améliorer en amont les compétences que détiennent en moyenne les personnes discriminées. Autrement dit, il est nécessaire de réduire « les différences entre groupes imputables à la pré-discrimination »<sup>2</sup> pour renverser les présomptions défavorables. Or, les actions positives et les discriminations indirectes ne sont une solution que pour accélérer l'ascension sociale de ceux qui sont déjà en bonne posture<sup>3</sup> : comme le note le BIT, ceux qui sont proches du « plancher » « ne voient pas leur situation décoller »<sup>4</sup>. La diversité des élites pourrait ainsi venir masquer la nécessité d'une refonte des politiques d'éducation<sup>5</sup> et d'emploi en faveur des plus défavorisés, et plus globalement la relance de politiques publiques beaucoup plus coûteuses. La nécessité de s'attaquer aux inégalités sociales et aux facteurs de reproduction de ces inégalités sociales - le fonctionnement de l'école par exemple<sup>6</sup> - s'impose ne serait-ce que pour garantir le caractère

---

<sup>1</sup> Haut Conseil à l'Intégration, *Le contrat et l'intégration*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 2004, p. 27.

<sup>2</sup> BOUMAHDJI R., LATTES J-M, PLASSARD J-M, « Discrimination et marché du travail : une lecture pluridisciplinaire », *Les Notes du LIRHE* (Toulouse), note n°137, juillet 2000, p. 10.

<sup>3</sup> WILSON W. J., *Les oubliés de l'Amérique*, Paris, Desclée de Brouwer, 1994 [1987], p. 201.

<sup>4</sup> Bureau International du Travail (B.I.T.), *L'heure de l'égalité au travail*, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail I ( B ), Genève, 2003, p. 119

<sup>5</sup> VAN ZANTEN A., « L'ouverture sociale des grandes écoles : diversification des élites ou renouveau des politiques publiques d'éducation ? », *Sociétés contemporaines*, n° 79, 2010/3, pp. 69-95.

<sup>6</sup> DURU-BELLAT M., « Les inégalités sociales à l'école : des analyses sociologiques aux interrogations politiques », in J-P Fitoussi et P. Savidan (dir.), *Les inégalités*, Paris, PUF, 2003, pp. 53-63



temporaire des mesures préférentielles qui s'appuient précisément sur les inégalités socio-économiques existantes.

La focalisation sur les inégalités sociales a longtemps rendu invisible la dimension discriminatoire des inégalités mais la lutte contre les discriminations « raciales » ne doit pas venir à son tour occulter les problèmes sociaux qui sont des sources majeures des inégalités. Les immigrés appartiennent pour la plupart aux classes ouvrières<sup>1</sup> et c'est cette origine sociale qui pèse, avant leur origine immigrée, sur le niveau de diplôme auquel leurs enfants ont accès<sup>2</sup>. Ils sont en effet confrontés au mouvement général de fermeture des élites et au rétrécissement des bases sociales de recrutement, y compris dans la fonction publique<sup>3</sup>. Et comme d'autres, ils font les frais de la décomposition de l'univers populaire français sous les coups des mutations industrielles et urbaines et de l'éloignement de toute une partie de la population de France de la croissance et de la participation sociale<sup>4</sup>. Pour favoriser une réelle égalité des chances des personnes issues de l'immigration, il faut donc aussi s'attacher à décoller origines sociales et parcours.

De plus, discriminations et inégalités sociales se superposent et se nourrissent aussi les unes les autres. Les difficultés sociales auxquelles de nombreuses personnes issues de l'immigration sont confrontées participent ainsi à renforcer les préjugés et tendent même à renforcer une forme de « racialisation » de la pauvreté. Il importe aussi de relier la lutte contre les préjugés à la lutte contre les inégalités économiques et sociales « car une autre fonction sociale des préjugés est de justifier la supériorité économique et sociale des groupes dominants »<sup>5</sup>. La complémentarité des politiques de lutte contre les discriminations et des politiques de droit commun et redistributives s'impose donc.

---

<sup>1</sup> « 90% des immigrés aujourd'hui présents sur le territoire national sont entrés dans le monde du travail en qualité d'ouvriers, et d'ouvriers non qualifiés dans deux cas sur trois ». In GLAUDE M., BORREL C., *Les immigrés et leurs descendants sur le marché du travail : un regard statistique*, Commissariat général au Plan, 2002, pp. 105-119

<sup>2</sup> LAINE F., OKBA M., « L'insertion des jeunes issus de l'immigration : de l'école au métier », Net.Doc, CEREQ, n° 15, avril 2005. Néanmoins, « après contrôle des caractéristiques sociales des parents, de leur situation professionnelle et de la région d'études, il reste cependant des spécificités de scolarité associées aux origines géographiques des jeunes ». La variable « origine du père » conserve ainsi un impact fort quant à la probabilité d'accéder à un emploi non-qualifié une fois introduits la catégorie socio-professionnelle et le statut d'emploi et d'activité du père.

<sup>3</sup> CALVES G., *Renouvellement démographique de la Fonction publique de l'Etat : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, op. cit., p. 21.

<sup>4</sup> VIPREY M., *L'insertion des jeunes d'origine étrangère*, Conseil économique et social, Journaux officiels, 2002, p. 16

<sup>5</sup> GUIMOND S., « La fonction sociale des préjugés ethniques », *Cahiers de l'URMIS*, n° 10-11, décembre 2006, p. 11

Les inégalités sociales se sont durablement inscrites dans l'espace urbain français. La concentration du chômage de masse dans les zones ciblées par la politique de la ville a engendré une dynamique de divergence urbaine qui se perpétue à travers les inégalités d'accès à l'éducation et à la formation, au logement et aux équipements collectifs. Ces inégalités, faisant système, menacent les quartiers défavorisés de désintégration sociale<sup>1</sup>. Or les immigrés et leurs descendants sont surreprésentés dans ces quartiers notamment parce qu'ils sont proportionnellement plus nombreux dans les groupes sociaux les moins intégrés. Mais de nombreux organismes ont aussi « délibérément décidé de placer sur des zones dégradées ces personnes défavorisées et notamment les populations immigrées »<sup>2</sup> à l'écart des catégories plus aisées dont on ne voulait pas provoquer le départ. De fait, ce ne sont pas les populations immigrées qui dévalorisent un espace puisqu'elles sont dirigées vers des espaces déjà dépréciés<sup>3</sup>. Cette situation de ségrégation sociale et « raciale » est donc aussi le résultat d'une discrimination systémique dans le secteur du logement.

Si la situation des quartiers défavorisés de France ne peut être comparée aux ghettos noirs américains caractérisés par une très forte homogénéité des origines<sup>4</sup>, le terme de « ghetto » est utilisé par des chercheurs français pour caractériser la situation de certaines banlieues défavorisées. Il désigne « une population reléguée de manière plus ou moins forcée, pour des raisons qui sont indissociablement des raisons raciales et sociales » mais il est aussi « construit de l'intérieur » car la population finit par adopter un mode d'organisation collective propre pour se protéger<sup>5</sup>. La ségrégation résidentielle<sup>6</sup>, mais aussi la ségrégation scolaire qu'elle induit<sup>7</sup>, favorise la construction de préjugés : le racisme se développe « dans cette rencontre entre la discrimination des uns et la ségrégation des autres, comme en bloquant durablement le projet de promotion sociale des familles étrangères »<sup>8</sup>. La ségrégation pourrait favoriser l'émergence de discriminations indirectes en créant des

---

<sup>1</sup> FITOUSSI J-F., LAURENT E. et MAURICE J., *Ségrégation urbaine et intégration sociale, Rapport du Conseil d'analyse économique*, La Documentation française, 2004.

<sup>2</sup> DESCHAMPS E., *Le droit public et la ségrégation urbaine (1943-1997)*, préface de J-M Delarue, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1998, t. 203, p. 166.

<sup>3</sup> BLANC M., « Le logement des immigrés et la dévalorisation de l'espace », *Espaces et sociétés*, n° 46, 1985, pp. 71-82.

<sup>4</sup> WACQUANT L., « Banlieues française et ghetto noir américain. Eléments de comparaison sociologique », in *Racisme et Modernité*, Michel Wieviorka (dir.), La Découverte, 1993, p. 272.

<sup>5</sup> LAPEYRONIE D., *Ghetto urbain*, Demain la ville, dossier n°4, Secrétariat général du comité interministériel des villes, mai 2009, p. 6.

<sup>6</sup> PAN KE SHON J-L., « La ségrégation des immigrés en France : Etat des lieux », *Population et société*, n° 447, avril 2011, 4 p.

<sup>7</sup> VAN ZANTEN A., « Une discrimination banalisée ? L'évitement de la mixité sociale et raciale dans les établissements scolaires », in D. Fassin, E. Fassin (dir.), *De la question sociale à la question raciale, op. cit.*, pp. 195-210.

<sup>8</sup> BATAILLE P., « Racisme populaire et relais institutionnels, discrimination systémique et indirecte », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations, op. cit.*, p. 70.

caractéristiques sociales communes aux personnes issues de l'immigration postcoloniale. C'est ainsi précisément parce qu'il y a ségrégation que le critère territorial permet une discrimination indirecte positive.

La ségrégation suscite une culture d'opposition et le renforcement de l'ethnisation des rapports sociaux<sup>1</sup>. Et à son tour, cette réaction, parfois violente, vient nourrir les logiques de discrimination<sup>2</sup> et de ségrégation. Mais l'enjeu territorial et la question de la mixité sociale ne sont pas limités aux zones les plus précarisées. La hiérarchie spatiale recouvre en effet la hiérarchie sociale : « les riches entendent rester entre eux, les pauvres sont contraints de le faire »<sup>3</sup>. Le territoire est ainsi devenu l'objet d'une âpre compétition parce que « le lieu de résidence et les interactions sociales qu'il conditionne comptent parmi les ressources essentielles d'une concurrence généralisée pour les meilleurs destins, laquelle s'engage désormais dès l'enfance »<sup>4</sup>. La promptitude du gouvernement à annoncer de nouvelles mesures contre les discriminations « raciales » au lendemain des émeutes urbaines majeures qu'a connu la France en novembre 2005 marque l'association de la lutte contre les discriminations « raciales » à la « crise urbaine »<sup>5</sup>. Elle révèle aussi la capacité des autorités politiques à s'emparer du paradigme de la lutte contre les discriminations « raciales » pour mieux éviter la question sociale.

Faute d'une politique publique ambitieuse de réduction des inégalités sociales et spatiales, la lutte contre les discriminations « raciales » continue d'achopper sur l'angle mort des préjugés. Ceci explique sans doute pourquoi la discrimination « raciale » à l'embauche

---

<sup>1</sup> Haut Conseil à l'Intégration, *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité*, Rapport au Premier ministre, La Documentation Française, Coll. « Les Rapports officiels », 1998, p. 43.

<sup>2</sup> Selon la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, la ségrégation doit être considérée comme une forme de discrimination « raciale ». In ECRl, Recommandation de politique générale n°7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale adoptée le 13 décembre 2002, *op. cit.*, p. 6.

<sup>3</sup> SCHNAPPER D., « Idéal et limites de la mixité sociale. Les arguments du débat public », *Informations sociales*, juillet 2005, p. 10.

<sup>4</sup> MAURIN E., *Le ghetto français : enquête sur le séparatisme social*, Le Seuil, Coll. « La République des idées », 2004, pp. 7-8.

<sup>5</sup> Déclaration de M. Jacques Chirac, Président de la République, sur les violences urbaines, faite lors de la conférence de presse du 18<sup>ème</sup> Sommet franco-espagnol, Paris- 10 novembre 2005 ; Déclaration (télévisée) aux Français de Monsieur Jacques CHIRAC, Président de la République. Palais de l'Elysée - lundi 14 novembre 2005. ; Propos de M. Jacques Chirac, Président de la République, à l'issue de la réunion avec le bureau de l'Association des Maires de France et les représentants des commissions Ville et Logement, Palais de l'Elysée - lundi 21 novembre 2005 ; Propos du Président de la République à l'issue de la rencontre avec les partenaires sociaux sur la diversité et l'emploi des jeunes des quartiers en difficulté, Palais de l'Elysée, le 22 novembre 2005 ; Propos de M. Jacques CHIRAC, Président de la République, à l'issue de la rencontre avec des responsables des chaînes nationales de télévision sur la représentation à l'antenne de la diversité de la société française, Palais de l'Elysée - mardi 22 novembre 2005.

reste courante en Grande-Bretagne malgré une politique antidiscriminatoire longue et vigoureuse<sup>1</sup>. De même, en dépit d'une juridictionnalisation dissuasive et du développement de l'*affirmative action* depuis près de 50 ans, les auteurs soulignent la persistance très forte des discriminations « raciales » à l'encontre des Noirs américains<sup>2</sup> : les « Blancs » avec des antécédents criminels ont davantage de chances d'obtenir un emploi que les Noirs ayant mené une vie irréprochable<sup>3</sup>. La prégnance des préjugés, dont sont victimes les membres des minorités - y compris ceux qui sont socialement privilégiés - s'explique par le fait que les franges les plus démunies des minorités ont vu leur situation économique et sociale se dégrader à un rythme accéléré depuis 1970<sup>4</sup>. Au Canada, autre pays précurseur, les efforts entrepris et les programmes adoptés viennent buter sur le recul de l'Etat providence. Ainsi, comme le rappelait le président de la commission des droits de la personne du Québec, « plus que jamais, nous devons fonder notre action sur des politiques qui visent la redistribution des ressources et des richesses, la lutte contre la pauvreté et les inégalités. Il s'agit là, à n'en point douter, de la meilleure stratégie de lutte contre les discriminations »<sup>5</sup>.

Même si le droit est ambitieux, sa « force performative »<sup>6</sup> est limitée pour transformer les situations sociales. L'effectivité du droit à la non-discrimination « raciale » dépend donc de politiques de redistribution et de lutte contre la ségrégation urbaine. Ainsi, l'effectivité « n'est pas le produit d'une opération logique et immédiate mais résulte de la conjonction de multiples facteurs liés certes à la configuration du système juridique mais aussi à celle du système social »<sup>7</sup>. Or, placer la lutte contre les discriminations « raciales » dans le registre de la promotion de la diversité et non de l'égalité permet d'occulter le lien entre discrimination « raciale » et processus sociaux de production des inégalités d'une part, et variations et transformation de l'activité économique d'autre part<sup>8</sup>. Le paradigme de la diversité a, en outre, l'avantage de reporter au moins en partie la responsabilité sur des acteurs privés<sup>9</sup>. Mais

---

<sup>1</sup> WOOD M., HALES J., PURDON S., SEJERSEN T., HAYLLAR O., *A test for racial discrimination in recruitment practise in British cities*, Research Report n°607, Departement for Work and Pensions, 2009, 72 p.

<sup>2</sup> OPPENHEIMER D. B., « Evaluating the U.S. Policy of Using Private Lawsuits to Remedy Employment Discrimination », *Droits et Cultures*, n° 49, janvier 2005, p. 114.

<sup>3</sup> PAGER D., « The mark of a criminal record », *American Journal of Sociology*, n° 108, Chicago, 2003, pp. 937-975.

<sup>4</sup> WILSON W. J., *Les oubliés de l'Amérique*, *op. cit.*, p. 191

<sup>5</sup> MAROIS P., président de la Commission des droits de la personne au Québec, « L'action de la commission québécoise dans la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 177.

<sup>6</sup> LASCOUMES P., « L'effectivité, indicateur de la place du droit dans les rapports sociaux », in *A la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, D. Lochak, V. Champeil-Desplats (dir.), *op. cit.*, p. 264

<sup>7</sup> CHAMPEIL-DESPLATS V., « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 15.

<sup>8</sup> FASSIN D., « L'invention française de la discrimination », *op. cit.*, p. 417-418.

<sup>9</sup> GUIRAUDON V., « L'élaboration de la directive européenne Race », *op. cit.*, p. 19.

envisager le lien entre la lutte contre les discriminations « raciales » et des politiques d'égalité plus générales, implique qu'on ne se cantonne pas à un modèle de justice personnelle qui vise à garantir la réduction des discriminations en éliminant des décisions les considérations fondées sur des critères prohibés<sup>1</sup>.

La réalisation effective du droit à la non-discrimination « raciale » ne dépend pas seulement d'une solide politique publique antidiscriminatoire. De même, les leviers du droit antidiscriminatoire ne doivent pas être considérés isolément mais dans leur interaction. La juridictionnalisation, qui permet la sanction des discriminations « raciales », est tout autant vecteur de prévention. De même, des procédures de sélection objectivées et transparentes, comme la mesure plus fine des discriminations, favorisent la détection des violations. Malgré une émergence tardive, la lutte contre les discriminations « raciales » a considérablement progressé en France. Les avancées conceptuelles sont un premiers pas, l'action publique est encore au stade de la genèse. Aujourd'hui, les politiques antidiscriminatoires doivent être renforcées et s'étendre, au-delà de l'emploi, à tous les domaines de la vie sociale et notamment au logement, à l'éducation, aux services publics ou encore à la police, d'autant que les discriminations « raciales » interagissent et font système. Le droit antidiscriminatoire français, qui n'a émergé qu'au tournant des années 2000, est encore légitimement tâtonnant et reste à conforter.

Néanmoins, le souci d'effectivité du droit à la non-discrimination « raciale », qui marquait les discours politiques et l'action publique, semble, depuis quelques années, en recul. Tout d'abord, la crise économique constitue un terreau fertile pour le déploiement de la discrimination. Ainsi, la sur-sélectivité du marché de l'emploi créé un environnement ultra-concurrentiel qui favorise les discriminations et leur légitimation et un contexte dans lequel les moins diplômés, les moins bien dotés en réseaux et connaissances échouent. Dans ce contexte, on a pu avancer l'idée que le racisme joue un rôle particulier dans le système capitaliste, en permettant « d'étendre ou de contracter, selon les besoins et dans un espace temps particulier, le nombre de ceux qui sont disponibles pour les salaires les plus bas et les rôles économiques les moins gratifiants »<sup>2</sup>. La crise économique s'accompagne aussi de la recherche de boucs-émissaires. Les discours politiques récents des plus hautes autorités de l'État, stigmatisant les Roms ou les « personnes d'origine étrangère », semblent vouloir se

---

<sup>1</sup> Mc CRUDDEN C., « Réflexion sur les directives relatives à la discrimination », *Revue de la législation européenne relative à l'anti-discrimination*, n°1, avril 2005, pp. 20-21.

<sup>2</sup> BALIBAR Etienne, « universalisme, racisme, sexisme : les tensions idéologiques du capitalisme », in *Race, nation, classe. Les identités ambiguës*, Balibar E. et Wallerstein I., La découverte, 1988, p. 49.

faire l'écho de telles crispations<sup>1</sup>. La fenêtre politique paraît ainsi s'être - au moins provisoirement - refermée. Le choix d'incorporer la HALDE au sein du Défenseur des droits, qui fait perdre sa visibilité à la lutte contre les discriminations, en est peut-être un signe.

\*\*\*

---

<sup>1</sup> Pour un exemple édifiant, v. Discours de M. le Président de la République, *Prise de fonction du nouveau préfet*, Grenoble, 30 juillet 2010.

# BIBLIOGRAPHIE

---

## Ouvrages

- ALLAND D. et RIALS S.** (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, 1649 p.
- ALSTON P.**, *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 983 p.
- AMSELLE J.-L.**, *Vers le multiculturalisme français*, Flammarion, 2001, 179 p.
- ARISTOTE**, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, Sur la justice, Flammarion, 2008, 126 p.
- ARNAUD L.** (dir.), *Les minorités ethniques dans l'Union européenne*, La Découverte, 2005, 254 p.
- Association H. Capitant**, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Journée de Luxembourg (31 mai-4 juin 1961), Dalloz, 1965, 841 p.
- AUBERT J.-L.**, *Introduction au droit et thème fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. Sirey université, 2006, 356 p.
- AUDIER S.**, *Les théories de la République*, La Découverte, coll. Repères, 2004, 118 p.
- BALIBAR E. et WALLERSTEIN I.**, *Race, nation, classe. Les identités ambiguës*, La Découverte/poche, [1988], 1997, 310 p.
- BATAILLE P.**, *Le racisme au travail*, La Découverte, 1997, 266 p.
- de BECHILLON D.**, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, 302 p.
- BELL M.**, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 269 p.
- BERGER V.**, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 2009, 880 p.
- BERTEN A., DA SILVEIRA P. et POURTOIS H.** (ed.), *Libéraux et communautariens*, PUF, 1997, 411 P.
- BODY-GENTROT S. et WHITOL De WENDEN C.**, *Police et discriminations raciales : Le tabou français*, ed. de l'Atelier, 2003, 192 p.
- BORGETTO M., LAFORE R.**, *La République sociale. Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, coll. La politique éclatée, 2000, 367 p.
- BORILLO D.** (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, coll. Recherches, 2003, 206 p.
- BORILLO D.** (dir.), *Halde : actions, limites et enjeux*, La Documentation française, 2007, 104 p.
- BORGHI M. et MEYER-BISH P.** (ed.), *Ethique économique et droits de l'homme. La Responsabilité commune*, Actes du X<sup>e</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Université de Fribourg, 9-11 janvier 1997, Editions universitaires de Fribourg, 1998, 441 p.

- BOUCHER M.** (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, L'Harmattan, 2001, 582 p.
- BOUCHER M.** (dir.), *Discriminations et ethnicisation. Combattre le racisme en Europe*, L'Aube, 2006, 408 p.
- BOUGUERBA A.**, *Recrutements et discrimination positive*, édition Hermès Science, coll. « Finance, gestion, management », mars 2007, 278 p.
- BOURDIEU P. et PASSERON J.-C.**, *Les héritiers*, Ed. De minuit, coll. Le sens commun, 1964, 189 p.
- BOURETZ P.** (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Editions Esprit, 1991, 274 p.
- CADIET L.** (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, 1362 p.
- CALVES G.**, *Les politiques de discriminations positives*, La Documentation française, coll. Problèmes politiques et sociaux, n° 822, mai-juin 1999, 74 p.
- CALVES G.**, *La discrimination positive*, PUF, coll. Que-sais-je ?, septembre 2010 [2004], 128 p.
- CASTEL R.**, *La discrimination négative : citoyens ou indigènes ?*, Seuil, La République des idées, 2007, 136 p.
- CHAGNOLLAUD D., DRAGO G.** (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2006, 751 p.
- CHAPMAN H. and FRADER L.** (ed.), *Race in France: Interdisciplinary Perspectives on the Politics of Difference*, New York-Oxford, Berghahn Books, 2004, 266 p.
- CHAPUS R.**, *Droit administratif général*, vol. I, ed. Montchrestien, 2001, 1427 p.
- CHAPUS R.**, *Droit du contentieux administratif*, éd. Montchrestien, coll. Domat Droit Public, 13<sup>e</sup> édition, 2008, 1540 p.
- CHEVALLIER J.**, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, coll. Série politique, 2003, 225 p.
- CHEVALLIER J.**, *L'État de droit*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> édition, 2003, 160 p.
- CLAM J. et MARTIN G.** (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, Réseau européen Droit et société, LGDJ, coll. Droit et société, vol. 5, 1998, 454 p.
- COHEN-JONATHAN G.**, *La protection internationale des droits de l'homme*, La Documentation française, 2007, 80 p.
- CONNOLLY M.**, *Townsend-Smith on Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, Cavendish Publishing, Second Edition, 2004, 623 p.
- CONSEIL CONSTITUTIONNEL**, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, coll. Recherches politiques, PUF, Paris, 1989, 259 p.
- CORNU G.**, *Vocabulaire juridique*, Quadriga-PUF, 2003.



**COUTURIER G.**, *Droit du travail. 1/ Les relations individuelles de travail*, PUF, coll. Droit fondamental, 3<sup>e</sup> éd., 1996, 606 p.

**COUTURIER G.**, *Droit du travail. 2/ Relations collectives de travail*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001, 568 p.

**CREDOF**, *La lutte contre les discriminations, entre théorie et pratique, entre droit et politique*, Actes du séminaire du 21 juin 2000, Université de Paris X- Nanterre, 2002, 59 p. + annexes

**DE LA MORENA F.** (dir.), *Actualité de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1958 [Actes de la journée d'études organisée par l'institut Droit, espace, territoire et communication, 17 novembre 2003, Toulouse]*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2005, 460 p.

**DE RUDDER V., POIRET C., VOUREC'H F.**, *L'inégalité raciste. L'universalité républicaine à l'épreuve*, PUF, coll. Pratiques théoriques, 2000. 213 p.

**DE SCHUTTER O.**, *Discriminations et marché du travail -Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, P. Lang, 2001, 234 p.

**DEBOVE F. et FALETTI F.**, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, PUF, coll. Major, 2010 [2001], 818 p.

**DECAUX E.** (dir.), *Le droit face au racisme*, Editions A. Pedone, 1999, 173 p.

**DELMAS-MARTY M.**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Thémis, PUF, 1992, 448 p.

**DELMAS-MARTY M.**, *Le relatif et l'universel : les forces imaginantes du droit*, éd. Seuil, 2004, 439 p.

**DELMAS-MARTY M.**, *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, 2004 [1986], 388 p.

**DHUME F.**, *Liberté, égalité, communauté. L'État français contre le communautarisme*, Homnisphères, 2007, 175 p.

**DOCKES E., PESKINE E., WOLMARK C.**, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Hypercours, 2010, 685 p.

**DONZELOT J., MEVEL C. et WYVEKENS A.**, *Faire société. La politique de la ville aux États-Unis et en France*, éd. du Seuil, 2003, 362 p.

**DOYTCHEVA M.**, *Une discrimination positive à la française ? Ethnicité et territoire dans les politiques de la ville*, La Découverte, 2007, 220 p.

**DWORKIN R.**, *Prendre les droits au sérieux*, trad., PUF, 1995, 515 p.

**ELLIS E.**, *EU Antidiscrimination Law*, Oxford, NY, Oxford University Press, 2005, 401 p.

**ELLIS E.**, *European Community sex Equality Law*, UK, Oxford, Clarendon Press, 1991, 239 p.

**EYMARD-DUVERNAY F. et MARCHAL E.**, *Façons de recruter. Le jugement des compétences sur le marché du travail*, Métailié, Paris, 1997, 239 p.

**FASSIN E., FASSIN D.** (dir.), *De la question sociale à la question raciale- Représenter la société française*, La Découverte, 2006, 264 p.

**FAVOREU L et PHILIP L.**, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2007 [2003], 863 p. [1058 p.]

**FAVOREU L.** et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2009 [2002], 685 p. [530 p.]

**RENNES J.**, *Le mérite et la nature. Une controverse républicaine : l'accès des femmes aux professions de prestige 1880-1940*, Fayard, coll. L'espace du politique, 2007, 594 p.

**FELOUZIS G., LIOT F., et PERROTON J.**, *L'apartheid scolaire. Enquête sur la ségrégation ethnique dans les collèges*, Seuil, 2005, 240 p.

**FENET A., KOUBI G. et SCHULTE-TENCKHOFF I.**, *Le droit et les minorités*, Analyses et textes, 2<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2000, 661 p.

**FERRY V. et GALLORO P.-D.**, *De la discrimination dite « ethnique » et « raciale ». Discours, actes et politiques publiques - entre incantations et humiliations*, L'Harmattan, 2009, 424 p.

**FITOUSSI J.-P. et SAVIDAN P.** (dir.), *Les inégalités*, PUF, 2003, 366 p.

**FORD R. T.**, *The Race Card. How Bluffing about Bias Makes Race Relations Worse*, USA, NY, Farrar, Straus and Giroux, 2008, 388 p.

**FOYER J.**, *L'égalité*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, 2008, 501 p.

**FRAYSSINET J.**, *Informatique, fichiers et libertés. Les règles, les sanctions, la doctrine de la CNIL*, Litec, 1992, 229 p.

**GIUDICCELLI-DELAGE G.**, *Les transformations de la preuve pénale, Perspectives comparées. Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, États-Unis*, vol. n° 12, Société de législation comparée, coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris 1, 2006, 374 p.

**GROSS A. J.**, *What Blood Won't Tell: A History of Race on Trial in America*, USA, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2008, 368 p.

**GUILLARME B.**, *Rawls et l'égalité démocratique*, PUF, coll. Questions, 1999, 314 p.

**GUILLERMIN G. et OBERDOFF H.** (dir.), *La cohésion économique et sociale : une finalité de l'Union européenne*, vol. I, Paris, La Documentation française, 2000, 2 volumes, 440 p et 358 p.

**GUIOMARD F., ROBIN-OLIVIER S.** (dir.), *Diversité et discrimination raciales - une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, Thèmes et Commentaires - Actes, 2009, 119 p.

**HARBERMAS J.**, *L'intégration républicaine. Essai de théorie politique*, Fayard, 1998 [1996], 386 p.

**HERAN F.** (ed.), *Immigration, marché du travail, intégration*, Commissariat général au plan, La Documentation française, 2002, 410 p.

**HEYMANN-DOAT A. et CALVES G.**, *Libertés publiques et droits de l'homme*, LGDJ., 9<sup>e</sup> éd., 2008, 288 p.

**KANTOLA J.**, *Gender and the European Union*, USA, NY, Palgrave MacMillan, 2010, 270 p.

**KESLASSY E.**, *De la discrimination positive*, Bréal, 2004, 95 p.

- KOLACINSKI D.**, *Analyse économique des droits de l'homme*, coll. « Des sociétés », Presses universitaires de Rennes, 2003, 348 p.
- KOUBI G. et GUGLIELMI G.J.** (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, La Découverte, 2000, 267 p.
- KOUBI G.** (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, 296 p.
- KOUSSER M.**, *Color-Blind Injustice : Minority Voting Rights and the Undoing of the Second Reconstruction*, USA, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1999, 590 p.
- KYMLICKA W.**, *Les théories de la justice : une introduction*, La Découverte, 2003, 363 p.
- KYMLICKA W.**, *La citoyenneté multiculturelle – Une théorie libérale du droit des minorités*, La Découverte, 2001, 358 p.
- LASSALE D.**, *Les minorités ethniques en Grande-Bretagne*, Ellipses, 1998, 160 p.
- LACORNE D.**, *La crise de l'identité américaine. Du melting pot au multiculturalisme*, Gallimard, coll. « Tel », 2003 [1997], 448 p.
- LAGRANGE H.**, *Le déni des cultures*, Seuil, 2010, 350 p.
- LAJOIE A.**, *Quand les minorités font la loi*, PUF, coll. Les voies du droit, 2002, 217 p.
- LAMBERT T.** (dir.), *Egalité et équité- Antagonisme ou complémentarité*, Paris, Economica, 1999, 146 p.
- LANQUETIN M.-T. Lanquetin, PETTITI C. et SUTTER C.**, *L'égalité juridique entre femmes et hommes dans la Communauté européenne*, Bruylant, OPOCE, 1994, 258 p.
- LASSALLE D.**, *Les relations interethniques et l'intégration des minorités au Royaume-Uni. Théories et pratiques*, L'Harmattan, 2002, 287 p.
- LE TREHONDAT P. et SILBERSTEIN P.**, *Vive la discrimination positive ! Plaidoyer pour une république des égaux*, Sillepse, 2004, 131 p.
- Les discriminations positives*, XIX<sup>e</sup> Table ronde internationale d'Aix en Provence, 12-13 sept. 1997, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XIII, Economica, PUAM, 1998.
- LEVY R.**, *Du suspect au coupable : le travail de police judiciaire*, Masson et médecine et hygiène, 1987, 183 p.
- LOCHAK. D.**, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, coll. Les voies du droit, 2010, 254 p.
- LONG M. et alii**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, éd. Dalloz-Sirey, coll. Grands arrêts, 17<sup>e</sup> éd., 2009, 980 p.
- LYON-CAEN A. et LOKIEC P.** (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, 228 p.

- Mc EWEN M.**, *Takling Racism in Europe: An Examination of Anti-Discrimination Law in Practice*, Oxford, Berg Publishers Limited, 1995, 223 p.
- MAILLE M.** (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, 271 p.
- MARTINIELLO M. et REA A.** (dir.), *Affirmative Action : des discours, des politiques et des pratiques en débat*, Louvain, Bruylant-Academia, coll. « Carrefours », 2004, 329 p.
- MATHIEU B., VERPEAUX M.**, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, 791 p.
- MAURIN E.**, *Le ghetto français : enquête sur le séparatisme social*, Le Seuil, Coll. « La République des idées », 2004, 95 p.
- MEENAN H.** (dir.), *Equality law in an enlarged European Union*, UK, Cambridge U.P., 2009, 370 p.
- Mélanges R. Cassin**, *Protection des droits de l'Homme entre personnes privées*, tome 3, A. Pédone, Paris, 1971, 325 p.
- Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan**, *Libertés, justice, tolérance-*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I et II, 1784 p.
- MELLERAY F.**, *Droit de la fonction publique*, Economica, Coll. Corpus, 2005, 365 p.
- MENY Y., THOENIG J.-C.**, *Politiques publiques*, P.U.F., Thémis, 1989, 391 p.
- MERCAT-BRUNS M.**, *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Actes du colloque tenu le 14 décembre 2005 au Conservatoire national des arts et métiers, Dalloz, 2006, 264 p.
- MULLER P.**, *Les politiques publiques*, PUF., coll. Que Sais-je ?, 1990 (5<sup>e</sup> édition), 2003, 127 p.
- MULLER P., SUREL Y.**, *L'analyse des politiques publiques*, Ed. Montchrestien, coll. Clefs, 1998, 153 p.
- MUNOZ-DARDE V.**, *La justice sociale- le libéralisme égalitaire de J. Rawls*, Paris, Nathan, 2000, 127 p.
- NOIRIEL G.**, *Population, immigration et identité nationale en France –XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Hachette supérieur, coll. Carré histoire, 1992, 190 p.
- OST F. et VAN de KERCHOVE M.**, *De la pyramide au réseau ? Pour une dialectique du droit*, F.U.S.L., Bruxelles, 2002, 596 p.
- PACTET P., MELIN-SOUCRAMANIEN F.**, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Sirey université, 26<sup>e</sup> édition, 2007, 632 p.
- PAVIA M-L, REVET T.** (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, 181 p.
- PELISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A.**, *Droit du travail*, 22<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2006, 1387 p.
- PERELMAN C.**, *Justice et raison*, Editions de l'université de Bruxelles, 1972, 255 p.

**PERLMANN J., WATERS M.** (dir.), *The New Race Question: How the Census Counts Multiracial Individuals*, New York, Russell Sage Foundation, 2002, 398 p.

**PETTITI L.-E., DECAUX E., IMBERT P.-H.** (dir.) *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1999, 1230 p.

**POTVIN-SOLIS L.** (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 700 p.

**PRADEL J., VARINARD A.**, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 2010 [2003], 458 p. [406 p]

*Les autorités administratives indépendantes*, La Documentation française, Regards sur l'actualité, n° 330, avril 2007, 89 p.

**RENARD D., CAILLOSSE J., De BECHILLON D.** (dir.), *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, LGDJ, collection droit et société, 2000, 303 p.

**RENUCCI J.-F.**, *Droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 2007, 1135 p.

**RIPERT G.**, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, 431 p.

**RAWLS J.**, *Théorie de la justice*, Paris, Le Seuil, Coll. Points essais, 1997, 665 p.

**RODIERE P.**, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, 698 p.

**ROSENFELD M.**, *Affirmative Action and Justice: a philosophical and constitutionnal Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1999, 373 p.

**ROULAND N.** (dir.), *Le droit à la différence*, Laboratoire de théorie juridique, Faculté de droit et de sc. politiques d'Aix-Marseille, PU d'Aix-Marseille, 2002, 310 p.

**ROUSSEAU D.**, *Droit du contentieux constitutionnel*, Ed. Montchrestien, Coll. Domat Droit Public, 7<sup>e</sup> édition, 2006, 536 p.

**ROUSSEAU D.** (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, éd. Gazette du palais, Lextenso, coll. Guide pratique, 2010, 207 p.

**De RUDDER V., POIRET C. et VOURET F.**, *L'inégalité raciste : l'universalité républicaine à l'épreuve*, Paris, PUF, 2000, 244 p.

**SABEG Y. et Y.**, *Discrimination positive – Pourquoi la France ne peut y échapper*, Paris, Calmann-Lévy, 2004, 247 p.

*Sans distinctions de ...race*, ouvrage collectif, *Revue « Mots », les langages du politique*, n° 33, décembre 1992, 399 p.

**SAVIDAN P.**, *Repenser l'égalité des chances*, Paris, Grasset et Fasquelle, 2007, 326 p.

**SCHIECK D., WADDINGTON L. and BELL M.** (eds.), *Non-Discrimination Law, Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International*, UK, Oxford, Hart Publishing, 2007, 998 p.

- SCHNAPPER D.**, *La démocratie providentielle- Essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, Gallimard, 2002, 325 p.
- SCHNAPPER D.**, *La France de l'intégration. Sociologie de la nation en 1990*, Paris, Gallimard, 1991, 374 p.
- SCHNAPPER D.**, *La relation à l'autre*, Paris, Gallimard, 562 p.
- SCHOR P.**, *Compter et classer: histoire des recensements américains*, Paris, Presses de l'EHESS, 2009, 383 p.
- SEN A.**, *Repenser l'inégalité*, Paris, Seuil, 1999 [1992], 286 p.
- SERVERIN E., LASCOUMES P. et LAMBERT T.**, *Transactions et pratiques transactionnelles. Sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, Paris, Economica, 1987, 256 p.
- SKRENTNY J.** (ed.), *Color lines: Affirmative Action, Immigration and Civil Rights Options for America*, USA, Chicago, The University of Chicago Press, 2001, 363 p.
- SUPIOT A.**, *Critique du droit du travail*, Quadrige, PUF, Paris, 2002, 280 p.
- SUDRE F.** et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2009, 854 p.
- SUDRE F., SURREL H.** (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007, Némésis/Bruylant, coll. Droit et justice, 2009, 480 p.
- SUDRE F.**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 9<sup>e</sup> édition, 2008, 843 p.
- TAYLOR C.**, *Multiculturalisme –Différence et Démocratie*, trad., Flammarion, 1994 [1992], 139 p.
- THIBIERGE C.** et alii., *La force normative*, LGDJ-Bruylant, 2009, 891 p.
- TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y.**, *Droit civil - les obligations*, Précis Dalloz, 10<sup>ème</sup> édition, n° 369, 2009, 1542 p.
- TODD E.**, *Le destin des immigrés. Assimilation et ségrégation dans les démocraties occidentales*, Points Essai, 1994, 338 p.
- TOURAINÉ A.**, *Pourrons-nous vivre ensemble ? Egaux et différents*, Paris, Fayard, 1997, 350 p.
- Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles, L'égalité**, vol. I, IV, V, Bruxelles, Bruylant, 1971, 1977.
- TUSSEAU G.** (dir.), *Les notions juridiques*, Journée d'étude de la promotion d'agrégation de droit public 2005-2006, le 20 septembre 2007, à Rouen organisée par le Centre d'étude des systèmes juridiques (CESJ) de l'Université de Rouen, éd. Economica, coll. Etudes juridiques, 2009, 166 p.

- WALZER M.**, *Sphères de justice- Une défense du pluralisme et de l'égalité*, trad., Seuil, 1997, 476 p.
- WACHSMANN P.**, *Libertés publiques*, Dalloz, 2009, 730 p.
- WEIL P.**, *La République et sa diversité*, Seuil, 2005, 111 p.
- WEIL P., DUFOIX S.** (dir.), *L'Esclavage, la colonisation, et après : France, États-Unis, Grande-Bretagne*, PUF, 2005, 627 p.
- WEIL P.**, *Liberté, égalité, discrimination : l'identité nationale au regard de l'histoire*, Grasset, janvier 2008, 234 p.
- WIEVIORKA M.**, *La France raciste*, Seuil, 1992, 389 p.
- WIEVIORKA M.** (dir.), *Racisme et Modernité*, La Découverte, 1993, 436 p.
- WIEVIORKA M.** et al., *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, La Découverte/poche, 1997, 318 p.
- WILSON W. J.**, *Les oubliés de l'Amérique*, trad., Desclée de Brouwer, 1994 [1987], 326 p.
- WUHL S.**, *L'égalité. Nouveaux débats –Rawls et Walzer : les principes face aux pratiques*, PUF, 2002, 360 p.

## **Thèses et mémoires**

- ATTAL-GALY Y.**, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDJ, 2003, 632 p.
- BARLES S.**, *Les mesures positives (action et discrimination positives) en droit français ou l'insertion de politiques différenciées et différentialistes au sein de l'universalisme républicain*, Thèse de droit public, Université Paris VIII, 2002, 734 p.
- BERNAUD V. et FAVOREU L.**, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, thèse de droit, université Aix-Marseille 3, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 427 p.
- BOSSUYT M.**, *L'interdiction des discriminations dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 262 p.
- BOURGEOIS N.**, *La sauvegarde de la dignité de la personne humaine en droit public français*, Thèse de droit public, université de Reims, 2001, 444 p.
- BUI-XUAN O.**, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Université de Paris II, Paris, Economica, 2004, 533 p.
- CALS S.**, *La discrimination à rebours en droit communautaire*, Thèse de droit, université de Toulouse I, 2001, 568 p.
- CALVES G.**, *L'« affirmative action » dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, t. 86, 1998, 300 p.
- CANOT R.**, *La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : entre universalisme et différencialisme*, mémoire de master 2, Droit public fondamental, Université Bordeaux 4, 2008, 165 p.
- CAFARELLI F.**, *Recherche sur le fondement juridique des discriminations compensatoire en droit public français*, thèse de droit public, Université Montpellier 1, 2007, 589 p.
- CHAPPE V.-A.**, *La construction publique du problème des discriminations à travers la genèse de la HALDE : la création d'un consensus a minima*, Mémoire présenté pour le Master recherche, Mention « Politique et sociétés en Europe », IEP de Paris, 2008, 196 p.
- COLLET M.**, *Le contrôle juridictionnel des actes des AAI*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 233, 2003, 408 p.
- BOSSUYT M.**, *L'interdiction des discriminations dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 262 p.
- DANTI-JUAN M.** *L'égalité en droit pénal*, Cujas, Paris, 1987, 401 p.
- DAVID F.**, *La notion de discrimination positive en droit français*, Thèse pour le doctorat en droit public, Université de Poitiers, 2001. 611 p.
- DE SCHUTTER O.**, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel des ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 1164 p.



**DEBBASCH R.**, *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République : essai d'histoire politique*, Economica, Paris, 1988, 481 p.

**DECHENEAU D.**, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, Paris, 2008, 606 p.

**DESCHAMPS E.**, *Le droit public et la ségrégation urbaine (1943-1997)*, préface de J-M Delarue, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1998, t. 203, 539 p.

**DUBUJADOUX B.**, *Le droit à la différence en droit public français*, thèse de droit public, Université Paris V, 2003, 344 p.

**DUBOUT E.**, *L'article 13 TCE -La Clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse de droit public, Université de Rouen, 2004, 739 p.

**EBHERHARD M.**, *L'idée républicaine de la discrimination raciste en France*, Thèse de doctorat en sciences sociales, Université de Paris VII-Denis Diderot, 2006, 425 p.

**EZHARAOUI-AIT EL BACHA A.**, *Le juge européen des droits de l'homme et le principe de non-discrimination*, thèse de droit public, Université de Dijon, 2004, 618 p.

**FERRE N.**, *Les contrôle d'identité au miroir des étrangers*, Thèse de droit pénal, Université Paris X-Nanterre, 1993.

**FOULETIER M.**, *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, 2003, 291 p.

**GHIRARDELLO A.**, *La discrimination sur le marché du travail : du problème de coordination à l'égalité dans l'emploi*, thèse de science économique, Université Paris X Nanterre, 2003, 444 p.

**GOULET I.**, *Vers un principe de non-discrimination en droit du travail ?*, Thèse de droit privé, Université Paris 2, 2001, 396 p.

**HERNU R.**, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2003, 550 p.

**ILIOPOULOU A.**, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, thèse de droit public, Bruxelles, Bruylant, 2007, 795 p.

**JACQUOT S.**, *L'action publique communautaire et ses instruments : la politique d'égalité entre les femmes et les hommes à l'épreuve du gender mainstreaming*, Thèse de science politique, Paris, Institut d'études politiques, 2006, 672 p.

**JOUANJAN O.**, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, coll. Droit public positif, 1992, 449 p.

**MAILLARD S.**, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Presse de l'université d'Aix-Marseille, 2008, 472 p.

**MARTENET V.**, *Géométrie de l'égalité*, Bruxelles/Paris/Zurich, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2003, 658 p.

**MARTIN D.**, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire - Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 669 p.

**MELIN-SOUCRAMANIEN F.**, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Aix-en-Provence, PUAM, Economica, coll. « Droit public positif », 1997, 397 p.

**PELISSIER G.**, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, 143 p.

**PERU-PIROTTE L.**, *La lutte contre les discriminations en droit du travail. Une approche critique*, ed. ANRT, coll. Thèse à la carte, mars 2004, 544 p.

**PESQUER A.**, *Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique*, thèse de droit public, Université de Reims, 2005, 535 p.

**RAVIGNEAUX C.**, *Le mouvement de criminalisation et le droit à la non-discrimination. Etude comparée France/États-Unis*, Thèse de droit privé, Université de Paris I, 1999, 688 p.

**RICHOMME O.**, *L'égalité par l'identité: les enjeux de la classification "ethno-raciale" aux États-Unis*, thèse de doctorat : civilisation américaine, Université Paris Sorbonne, 2006, 802 p.

**ROBIN-OLIVIER S.**, *Le principe d'égalité en droit communautaire, Etudes à partir des libertés économiques*, Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix en Provence, 1999, 544 p.

**ROTKOPF P.**, *Le principe de non-discrimination en raison du sexe*, Thèse de droit public, Université Paris sud, 2004, 6787 p.

**SABBAGH D.**, *L'égalité par le droit – Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003, 452 p.

**SCHMID B.**, *L'individualisation des relations de travail en droit français et allemand*, Thèse de doctorat Droit privé Université Paris Ouest Nanterre La défense, 2008, 455 p.

**SWEENEY M.**, *L'égalité en droit social. Au prisme de la diversité et du dialogue des juges*. Thèse de droit privé, Université Paris Ouest-Nanterre-La Défense, 2010, 783 p.

**THARAUD D.**, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Thèse pour le doctorat de droit privé, Université de Limoges, 2006, 622 p.

**ZARCA A.**, *L'égalité dans le droit français de la fonction publique*, Thèse de droit public, Université Paris 1, 2004, 859 p.

## **Articles de revues et d'ouvrages collectifs**

- ABDALLAH M. H.**, « Grande-Bretagne : le racisme institutionnel sur la sellette », *Hommes et Migrations*, n°1219, mai-juin 1999. Mis à jour le 5 mars 2008, [www.hommes-et-migrations.fr/index.php?id=2253](http://www.hommes-et-migrations.fr/index.php?id=2253).
- ACCOMANDO G. et GUERY C.**, « La sonorisation : un mode légal de preuve ? », *Rec. Dalloz*, 27 juin 2002, n°25, pp. 2001-2003.
- ADAM P.**, « Harcèlement moral : une affaire remarquable (ou l'occasion de mettre en lumière et en discussion l'art. L. 422-11 du Code du travail) », *Dr. ouvrier*, n° 696, juillet 2006, pp. 321-330.
- ALBOUY V. et VANECQ T.**, « Les inégalités sociales d'accès aux grandes écoles », *Economie et statistique*, n°361, 2003, pp. 27-52
- ALLIX D.**, « La preuve en matière pénale à l'épreuve du procès pénal équitable », *Justices*, 1998-10, pp. 35- 51.
- AMEGADJIE F.**, « La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux », *AJ Pénal*, n° 7/8, juillet-août 2008, pp. 307-309.
- ARDANT P.**, « L'égalité des personnes en droit public ou la poursuite de l'insaisissable égalité réelle », in IV<sup>e</sup> Journées SAVATIER, *La personne humaine, sujet de droit*, Paris, PUF, 1994, pp. 134-144.
- AST F.**, « De l'(in)application de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », in F. Sudre et H. Surrél, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007, Némésis/Bruylant, 2008, coll. « Droit et justice », n° 81, pp. 375-428.
- AUBERT-MONPEYSSSEN T.**, « Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ? », *JCP E.* 2006, p. 1909.
- AUBERT-MONPEYSSSEN T.**, « Egalité professionnelle et ancienneté : à propos de l'arrêt *Cadman* » *C.J.C.E.* 3 octobre 2006, aff. C-17-05, *Revue de droit du travail*, 2006, p. 393
- AUBERT-MONPEYSSSEN T.**, « Principe « à travail égal, salaire égal ». - Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? », *JCP E.* 2007, p. 1960.
- AUBERT-MONPEYSSSEN T.**, « L'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier, de façon objective et pertinente, une différence de rémunération », *cass. soc.* 30 avril 2009, n° 07-40527, *RDT* 2009, p. 516.
- AUBIN C., JOLY B.**, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », *Droit social*, n° 12, décembre 2007, pp. 1295-1301.

- AUBY J.-B.**, « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, n° 3, 1988, pp. 673-686
- AUTIN J.-L.**, « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », in M. Maille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, pp. 43-55.
- BACQUE M.-H. et FOL S.**, « Ségrégation et politiques de mixité sociale aux États-Unis », *Informations sociales*, juillet 2005, n° 125, pp. 82-93.
- BAILLY P.**, Conseiller à la cour de cassation, « L'égalité des salariés en droit du travail », in Cour de cassation, *Rapport 2003, L'égalité*, La Documentation française, 2004, pp. 67-80.
- BALIBAR E.**, « Le mot race n'est pas 'de trop' dans la constitution française », in *Sans distinctions de ...race*, ouvrage collectif, *Revue « Mots », les langages du politique*, n° 33, décembre 1992, pp. 241-256.
- BARBE V.**, « A la recherche de l'égalité en droit britannique : *L'Equality Act 2006* », *RTDH*, n° 68, 2006, pp. 1033-1056.
- BARNARD C.**, « The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marshall », *CLJ*, 1998, vol. 57, pp. 352-373.
- BARNARD C.**, « Indirect Discrimination : Interpreting Seymour-Smith », *CLJ*, 1999, vol. 58, pp. 399-412.
- BARNARD C. et HEPLER B.**, « Substantive Equality », *Cambridge Law journal*, vol. 59, novembre 2000, pp. 562-585.
- BARNARD C.**, « The Economic Objectives of Article 119 », in T. Hervey and D. O'Keefe (eds.), *Sex Equality Law in the European Union*, Chancery Law Publishing, 1996, pp. 101-141.
- BATAILLE P.**, « Racisme populaire et relais institutionnels, discrimination systémique et indirecte », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, 2003, pp. 69-85.
- BATAILLE P.**, « Discriminations raciales, un problème de société », *La Revue de la CFDT*, mai-juin 2003, pp. 4-14.
- BATIFFOL H.**, « Problèmes de frontière : Droit et politique », *APD*, tome 16, 1971, pp. 1-14.
- BEAUD O.**, « L'Affirmative Action aux États-Unis : une discrimination à rebours ? », *Revue internationale de droit comparé*, 1984, pp. 503-521.
- BEHAR D.**, « Entre intégration des populations d'origine étrangère et politique de la ville : existe-t-il une discrimination politique à la française ? », *Hommes et Migrations*, n° 1213, mai-juin 1998, pp. 79-88.
- BEHAR D, ESTEBE P. et EPSTEIN R.**, « Les détours de l'égalité. Remarques sur la territorialisation des politiques sociales en France », *RFAS*, n° 4, oct-déc. 1998, pp. 81-84.
- BELL M.**, « Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Directive », *European Law Journal*, 2002, vol. 8, pp. 384-399.

- BELL C.**, « Données relatives à la race, à l'ethnie et au sexe : mises en garde à l'intention de l'usager », *Revue internationale du travail*, vol. 135, 1996, p. 585.
- BELLOUBET-FRIER N.**, « Le principe d'égalité », *AJDA*, juillet-août 1998, n° spéc. Les droits fondamentaux, p. 152.
- BELORGEY J.-M.**, « Les inégalités devant la loi et leur traitement en droit social », *Les Petites Affiches*, 28 novembre 2002, n° 239, p. 39.
- BELORGEY J.-M.**, « Discrimination. Les faits, les normes et les régulateurs », *Revue administrative*, n° 353, 1<sup>er</sup> septembre 2006, pp. 529-532.
- BELORGEY J.-M.**, « D'ici et d'ailleurs, entre aide et haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », *Migrations Société*, septembre-octobre 2010, n° 131, pp. 105-116.
- BENDER A.-F.**, « Egalité professionnelle ou gestion de la diversité. Quels enjeux pour l'égalité des chances ? », *Revue française de gestion*, vol. 4, n° 151, 2004, pp. 205-217.
- BENDICK. M. Jr.**, « Situation Testing for Employment Discrimination in the United States », *Horizons stratégiques*, n° 5, juillet 2007, pp. 17-39.
- BERENI L., JAUNAIT A.**, « Usages de la diversité », *Raisons politiques*, n° 35, août 2009, pp. 5-10.
- BERENI L.**, « 'Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise'. La transformation d'une contrainte juridique en catégorie managériale », *Raisons politiques*, n°35, août 2009, pp. 87-106.
- BERNARD N.**, « Le secteur du logement à l'épreuve des réglementations antidiscrimination », *Les échos du logement* n° 5, 2006, p. 2.
- BERRA D.**, « La portée juridique des chartes éthiques en droit du travail », in M. Borghi, P. Meyer-Bish (eds.), *Ethique économique et droits de l'homme. La Responsabilité commune*, Actes du X<sup>e</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Université de Fribourg, 9-11 janvier 1997, Editions universitaires de Fribourg, 1998, pp. 287-297.
- BERTHOU K.**, « Sur les discriminations positives. (C.J.C.E. 28 mars 2000, Badeck) », *Droit social*, 2000 p. 901.
- BERTHOU K.**, « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010 », *Revue de droit du travail*, n° 11, novembre 2010, pp. 635-641.
- BIDET J.**, « Egalité des chances et principe de différence - Une réinterprétation », in G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances*, La Découverte, 2000, pp 51-67.
- BLACKETT A., SHEPPARD C.**, « Négociation collective et égalité au travail », *Revue internationale du travail*, 2003, p. 453.

- BLANC M.**, « Le logement des immigrés et la dévalorisation de l'espace », *Espaces et sociétés*, n° 46, 1985, pp. 71-82.
- BLANC M.**, « Attribution des logements sociaux et discrimination raciale : une comparaison franco-britannique », Communication au colloque « Penser/Agir, Dynamiques interculturelles au cœur de la ville », Nancy, mai 2001.
- BLEICH E.**, « Histoire des politiques françaises antidiscrimination : du déni à la lutte », *Hommes et migrations*, n° 1245, sept-oct 2003, pp. 6-17.
- BLUM A., GUERIN-PLACE F.**, « From measuring integration to fighting discrimination: the illusion of 'ethnic statistics' », *French politics, Culture and society*, n° 25-1, 2008, pp. 45-61.
- BOBBIO M.**, « Égalité et inégalités, le clivage décisif », *Esprit*, avril 1996, p. 19 et s.
- BODY-GENDROT S.**, « L'universalisme française à l'épreuve des discriminations », *Hommes et migrations*, n° 1245, sept-oct 2003, pp. 19- 28.
- BOËLDIEU J. et THAVE S.**, « Le logement des immigrés en 1996 », *INSEE Première*, n° 270, août 2000, 4 p.
- BONNAFOUS S., FIALA P.**, « Est-ce que dire la race en présuppose l'existence ? », in *Sans distinctions de ...race*, ouvrage collectif, *Revue « Mots », les langages du politique*, n°33, décembre 1992, pp. 11- 22.
- BONNARD-PLANCKE L. et VERKINDT P.-Y.**, « Égalité et diversité : quelles solutions ? », *Droit social*. 2006, p. 968.
- BORGETTO M.**, « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », *Informations sociales*, n°148, « Politiques de lutte contre les discriminations », juil-août 2008, pp. 8-17.
- BORRILO D.**, « La politique antidiscriminatoire de l'Union européenne », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, 2003, pp. 139-152.
- BOSSET P.**, « Les mesures législatives de lutte contre les discriminations raciales au Québec. Un bilan institutionnel », *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 17, n° 2, 2003, pp. 15-30.
- BOUCHER M.**, « L' 'antiracisme' instrument de la dépolitisation ? L'intrusion des logiques néolibérales et sécuritaires dans la lutte contre les discriminations », in M. Boucher (dir.), *Discriminations et ethnicisation. Combattre le racisme en Europe*, L'aube Essai, 2006, pp. 119-140.
- BOUGRAB J.**, « L'égalité entre les femmes et les hommes dans les jurisprudences des cours suprêmes européennes et nationales », *AJDA*, 22 septembre 2003, pp. 1640-1647.
- BOUMAHDHI R., LATTES J.-M., PLASSARD J.-M.**, « Discrimination et marché du travail : une lecture pluridisciplinaire », Les Notes du LIRHE (Toulouse), note n°137, juillet 2000, 21 p.
- BOUMEDIENE M.**, « Egal accès à l'instruction et discriminations positives », Commentaire de CAA Paris du 6 novembre 2003, *UNI, Revue Droit administratif*, février 2004, p. 22.

- BOURETZ P.**, « L'Affirmative action ou les infortunes de l'égalité », *Pouvoirs*, 1991, n°59, pp. 115-128.
- BOUZAT P.**, « La loyauté dans la recherche des preuves », In *Mélanges Hugueney*, Sirey, 1964, p. 172.
- BOYER A.**, « Les autochtones français : populations, peuples ? Les données constitutionnelles », *Droits et cultures*, n°37, 1999, pp. 11-14.
- BRILL J.-P.**, « La lutte contre la discrimination raciale dans le cadre de l'art. 416 du code pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, 1977, pp. 35-57.
- BROUSSY E., DONNAT F. et LAMBERT C.**, « Discrimination, L'actualité juridique », *DA*, 2006. p. 1153.
- BROUANT J.-P.**, Observations sous l'arrêt CE 27 juillet 2001 *Association Droit au logement*, req. n° 214768, *AJDA*, janvier 2002, pp. 56-58.
- BROUANT J.-P.**, « Mixité sociale, droit au logement et communautarisme », *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, n° 6, 2002, p. 159.
- BURNIER F., PESQUIE B.**, « Test de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques*, n° 5, juillet 2007, pp. 60-67.
- BURRI S.**, « Comment appréhender le concept d'exigences professionnelles essentielles ? », Académie de droit européen, Trèves, séminaire du 31 octobre 2006, 6 p. (disponible sur [www.era.int/web/fr/resources/5\\_1095\\_3349\\_file\\_fr.4906.pdf](http://www.era.int/web/fr/resources/5_1095_3349_file_fr.4906.pdf)).
- CADET L.**, « Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit », in M. Maille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, pp. 255-266.
- CADRE E., FASSIN D., FERRE N., MUSSO-DIMITRIJEVIC S.**, « Un traitement inégal. Les discriminations dans l'accès aux soins », *Migrations Etudes*, n° 106, mars-avril 2002, 12 p.
- CAHN C.**, « Un problème de taille : la non-gestion de la discrimination raciale systémique à la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, édition n°4, novembre 2006, pp. 13-21.
- CAILLOSSE J.**, « Politique de la ville et territoires, la ville sans droit », *Pouvoirs locaux*, n°25, juin 1995, p. 110.
- CALVES G.**, « La société sous l'emprise du droit. France-États-Unis : deux cultures juridiques », *Cahiers français*, n° 288, 1998, pp. 28-34.
- CALVES G.**, « « Il n'y a pas de race ici ». Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, octobre 2002, n° 17, pp. 170-186.
- CALVES G.**, « La discrimination positive entre rhétorique et réalité », in M. Martiniello et A. Rea (dir.), *Affirmative Action : des discours, des politiques et des pratiques en débat*, Louvain : Bruylant-Academia, coll. « Carrefours », 2004, pp. 93-106.

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

**CALVES G.**, « Refléter la diversité de la population française : naissance et développement d'un objectif flou », *Revue internationale de science sociale*, n° 183, 2005, pp. 177-186.

**CALVES G.**, « Au service de la connaissance et du droit : le testing », *Horizons stratégiques* n° 5, juillet 2006, pp. 8-16.

**CALVES G.**, « Répression des discriminations : l'adieu aux armes », in *Droits et libertés en question. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, pp. 36-40.

**CALVES G.**, « Sanctionner ou réguler. L'hésitation des politiques de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, n°148, 2008, pp. 34-45.

**CALVES G.**, « Le contrôle juridictionnel des questions posées lors de l'épreuve d'entretien », *A.J.D.A.* 2009, p. 1386.

**CALVES G.**, « L'égalité. Le cas du droit de la non-discrimination », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, pp. 485-500.

**CALVES G.**, « Les discriminations fondées sur la religion : quelques remarques sceptiques », in E. Lambert Abdelgawad, T. Rambaud (dir.), *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Société de législation comparée, coll. Colloques, vol. 15, 2011, pp. 9-23.

**CALVES G.**, **SABBAGH D.**, « Les politiques de discrimination positive : une renégociation du modèle républicain ? » Communication au 6<sup>e</sup> Congrès de l'association française de sciences politiques, Rennes, septembre 1999.

**CANIVET G.**, « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », *LPA*, 23 janvier 2003, n°17, p. 52.

**CARBONNIER J.**, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'Année sociologique*, vol. 7, 1958, pp. 3-17.

**CASSIA P.**, « Les quotas par sexe dans la composition de certains jurys de concours et la portée des décisions du Conseil constitutionnel », *J.C.P.-A*, 2007, n° 41, p. 35.

**CEDIEY E.**, « Comment l'affirmative action vint à l'Afrique du Sud », *Critique internationale*, octobre 2002, n° 17, pp. 145- 156.

**CEDIEY E.**, « Questions sur la mesure : que mesure-t-on ? Pour quoi ? Comment ? », Intervention d'ouverture du colloque *La mesure des discriminations liées à l'origine*, ISM-Corum, Lyon, 22 octobre 2007, 5 p.

**CEDRAS J.**, « L'hypothèse de l'américanisation du droit pénal français », in *L'américanisation du droit*, *Archives de philosophie du droit*, tome 45, Dalloz, 2001, pp. 149-157.

**CEREXHE E.**, « L'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire », in *Etudes de droit des communautés européennes*, Mélanges offerts à P. Teitgen, Paris, Pedonne, 1984, p.33



**CERF-HOALANDER A.**, « L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations », *in Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 367.

**CESARO J.-F.**, « Discrimination syndicale : charge de la preuve », *Semaine juridique social*, n° 26, 26 juin 2007, pp. 23-25.

**CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Les droits et libertés fondamentaux en France, Genèse d'une qualification », *in P. Lockiec et A. Lyon-Caen (dir.), Droits fondamentaux et droit social*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p. 11.

**CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *in D. Lochak, V. Champeil-Desplats (dir.), A la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008, pp. 11-26.

**CHAPON S.**, « L'Europe sociale : quelle réalité aujourd'hui ? », *RMCUE*, avril 2004, n°477, pp. 253-263.

**CARTON J.-P.**, « Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires », *L'Actualité juridique-Fonctions publiques*, mars-avril 2002, pp. 4-11.

**CHAPPE V.-A.**, « Le cadrage juridique, une ressource politique ? La création de la HALDE comme solution au problème de l'effectivité des normes anti-discrimination (1998-2005) », *Politix*, 2011/2, pp. 107-130

**CHARPENTIER L.**, « L'arrêt *Kalanke*, expression du discours dualiste de l'égalité », *RTDE*, avril-juin 1996, pp. 281-303

**CHEVALLIER J.**, « Réflexion sur l'institution des Autorités administratives indépendantes », *JCP*, 1986, I-3254.

**CHEVALLIER J.**, « Science du droit et science du politique, de l'opposition à la complémentarité », *in Droit et politique*, C.U.R.A.P.P, P.U.F., 1993, pp. 251-261.

**CHEVALLIER J.**, « De quelques usages du concept de régulation », *in M. Maille (dir.), La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, pp. 71-93.

**CHEVALLIER J.**, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, n° 3, pp 659-690.

**CHEVALLIER J.**, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001, n° 49, pp. 827-846.

**CHEVALLIER J.**, « Lutte contre les discriminations et État-providence », *in D. Borillo (dir.), Lutter contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 38-54.

**CHEVALLIER J.**, « Réflexions sur la notion de discrimination positive » ? *in Libertés, justice, tolérance- Mélanges en hommage au doyen G. Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I 2004, p. 415.

**CHIGNIER-RIBOULON F.**, « Les discriminations à l'encontre des catégories moyennes étrangères ou perçues comme étrangères sur le marché du locatif privé », *Migrations Etudes*, n° 125, août 2004, 8 p.

**CHRISTOPHE TCHAKALOFF M.-F.**, « Le principe d'égalité », *AJDA*, n° spécial Droit administratif et droit communautaire, juin 1996, pp. 156-177.

**CHRISTOPHE TCHAKALOFF M.-F.**, « Égalité et action positive en droit européen », *Pouvoirs*, 1997, n°82, pp. 91-103.

**CHRISTOPHE TCHAKALOFF M.-F.**, « Le principe de non-discrimination », in F. Sudre et H. Labayle (dir.), *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 188-198.

**CLERC F.**, « Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT », *Semaine sociale Lamy*, n° 1190, 15 novembre 2004, pp. 6-13.

**CLERC F.** « Agir contre la discrimination syndicale : le droit en pratique », *SSL* 2006., n° 1265, p. 4.

**CLUZEL-METAYER L.**, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309.

**COEURET A.**, « Entrave et discrimination », *Droit ouvrier*, 1987, pp 407-463.

**COEURET A.**, « Discriminations sur le lieu de travail », in *Le risque pénal de l'entreprise*, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janv.-fév. 2006, p. 65.

**COHEN-JONATHAN G.**, « L'intolérance raciale », in *Les droits de l'homme. Droits individuels ou collectifs*, Actes du colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, tome XXXII, Paris, LGDJ, 1980, pp. 170-185.

**COHEN-JONATHAN G.**, « Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale », *RTDH*, avril 2001, vol. 46, pp. 665-688.

**COLLET-ASTRI L.**, « Testing or not testing ?, la chambre criminelle de la Cour de cassation valide le mode de preuve, serait-il déloyal... », *Rec. Dalloz*, 2003, p. 1309- 1314.

**COLLINS S. M.**, « La ségrégation par la fonction, paradoxe de l'« Affirmative action' » *Hommes et migrations*, n° 1245, sept-oct 2003, pp. 65 et s.

**COLONNA J.**, « La rupture de la période d'essai pour un critère discriminatoire est nulle », *J.C.P. G.* 2005, II.10098.

**COMMARET D.**, « Les métamorphoses de la preuve », *Revue pénitentiaire et de dr. pénal*, décembre 2003, pp. 735-744.

**CONSTANT F.**, « Les ‘Noirs’ de France sont-ils solubles dans la République. Notes provisoires sur ‘l’invisibilité’ d’une minorité visible », Conférence-débat organisé par le CAPDIV sous le haut patronage du Sénat, EHESS, Parsi, 19 février 2005, 15 p.

**CORMACK J. et NIESSEN J.**, « L’indépendance des organismes de promotion de l’égalité de traitement », *Revue de la législation européenne relative à l’anti-discrimination*, n° 1, avril 2005, p. pp. 25-31.

**CORNIL J.**, « L’expérience du Centre belge pour l’égalité des chances et la lutte contre le racisme », *RTDH*, n° spécial, mars 2001, pp. 633-647.

**COSTA J.-P.**, « La perception par le Conseil d’Etat du concept de race », in *Sans distinctions de ...race*, ouvrage collectif, *Revue « Mots », Les langages du politique*, n° 33, décembre 1992, pp. 339-342.

**COSTA-LASCOUX J.**, « La relativité des mots et la prégnance des faits », *Sans distinctions de ...race*, ouvrage collectif, *Revue « Mots », les langages du politique*, n° 33, décembre 1992, pp. 317-329.

**CRENSHAW K.**, « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », *Stanford Law Review*, vol. 43, n° 6., pp. 1241–1299.

**DANDRIDGE N.**, « The mission of Trade Unions in the fight against discrimination », Documentation pour le séminaire « Lutte contre les discriminations dans la pratique », E.R.A. (Académie du droit européen), Trêves, 8-9 mai 2006, 6 p.

**DANTI-JUAN M.**, « Espoir et déboires de la répression des discriminations », in *Communautés, discriminations et identités*, Actes des VIII<sup>è</sup> Journées René Savatier (26-27 octobre 2007), Poitiers, LGDJ, 2009, p. 227.

**DARITY Jr W.A., MASON P. L.**, « Evidence on discrimination in employment : Codes of color, codes of gender », *The Journal of Economic Perspectives* (Nashville, American Economic Association), vol.12, 1998, pp. 63-90.

**DAUGAREILH I.**, « La lutte contre les discriminations raciales : un nouveau combat...nouvelles perspectives ? », *Revue de droit sanitaire et social*, 1999, n°4, pp. 697-712.

**DE GOUTTE R.**, « Le rôle du Comité des droits de l’homme des Nations Unies de 1965 pour l’élimination de la discrimination raciale », *RTDH*, n° 46, n° spécial, mars 2001, pp. 567-584.

**DE RUDDER V., VOURC’H F.**, « Les discriminations racistes dans le monde du travail », in D. Fassin, E. Fassin (dir.), *De la question sociale à la question raciale*, La Découverte, 2006, pp. 175-194.

**DE SCHUTTER O.**, « Les progrès de l’égalité de traitement dans l’Union européenne : la lutte contre les discriminations au service du marché », *Année sociale*, 2000, pp. 121-133.

**DE SCHUTTER O.**, « Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination », in *Prouver la discrimination, la mise en œuvre dynamique de la législation de l'UE sur l'anti-discrimination : le rôle des organismes spécialisés* Bruxelles, secrétariat Equinet/Migration Policy Group, 2003, pp. 22-37.

**DE SCHUTTER O.**, « L'action affirmative comme instrument de la lutte contre les discriminations en Europe : un outil de transformation sociale au service des objectifs du droit européen », in M. Martiniello et A. Rea (dir.), *Affirmative Action : des discours, des politiques et des pratiques en débat*, Louvain : Bruylant-Academia, coll. « Carrefours », 2004, pp. 127-160.

**DE SCHUTTER O.**, « Three models of equality and European anti-discrimination law », *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 57, n° 1, 2006, pp. 1-56

**DE SCHUTTER O.**, « La responsabilité des personnes morales dans la loi d'antidiscrimination », in Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, n° 6-7, octobre 2008, pp. 37-46.

**DE ZWART F.**, « Top-Down Multiculturalism : Institutionalized Ethno-Statistics in the Netherlands », *Comparative European Politics*, à paraître en 2012.

**DEBRULLE A.**, « Le modèle social européen en balance », *Semaine sociale Lamy*, suppl. n° 1266, 19 juin 2006, pp. 5-10

**DECAUX E.**, « Les jurisprudences internationales européennes en matière de non-discrimination raciale », in E. DECAUX (dir.), *Le droit face au racisme*, Pedone, Paris, 1999, pp. 101-118.

**DECAUX E.**, « Droits de l'homme et société civile », in P. Alston (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 937-954.

**DECOOPMAN N.**, « À propos autorités administratives indépendantes et de la déréglementation », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, vol. 5, 1998, pp. 249-257.

**DEDIEU J.-P.**, « L'impérialisme de la voix : théâtre français en Afrique et comédiens africains en France », in Patrick Weil et Stéphane Dufoix (dir.), *L'Esclavage, la colonisation, et après...*, Paris, PUF, 2005, pp. 323-353.

**DEKEUWER-DEFOSSEZ F.**, « Le harcèlement sexuel en droit interne : discrimination ou atteinte à la liberté ? », *Semaine juridique-édition générale (JCP G)*, 1993, I-3662, pp. 137-141.

**DELAPLACE E.**, « La notion de groupe dans la jurisprudence du TPIR », in L. Burgorgue-Larsen (dir.), *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 269-279.

**DELMAS-MARTY M.**, « Le mou, le doux et le flou sont-ils des garde-fous ? », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Maison des Sciences de

l'Homme, Réseau européen Droit et société, LGDJ, coll. Droit et société, vol. 5, 1998, pp. 209-219.

**DENYS C.**, « Les notions de discrimination et de discrimination à rebours suite à l'arrêt *Kraus* », *CDE*, 1994, n° 5/6, pp. 638-662.

**DEREPAS L.**, « Le régime contentieux des décisions prises par la HALDE », *AJDA*, 2007, p. 2145.

**DESCHAMPS E.**, « L'obligation pour les communes de créer des logements sociaux (loi SRU, art. 55) », in GRIDAUH, *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, n°5, Dalloz, 2001, pp. 141-161.

**DESCHAMPS E.**, « La politique urbaine du logement : l'objectif de mixité sociale », *RFAS*, 2001, n°3, pp. 81-97.

**DESCHAMPS E.**, « Approche critique et juridique des normes relatives à la mixité sociale », *Informations sociales*, juillet 2005, n°125, pp. 48-61.

**DETRAZ S.**, « La discrimination 'par ricochet' : un aspect latent du délit de discrimination », *Droit pénal*, juin 2008, pp. 10-18.

**DEWITTE P.**, « Un Centre d'histoire de l'immigration Pourquoi et comment ? », *Hommes et Migrations*, n° 1247, janv-fév 2004, pp. 6-15.

**DHUME F.**, « De la discrimination du marché au marché de la discrimination », *Mouvements*, n° 49, janvier-février 2007, p. 128-136.

**DOBBIN F.**, « Do the Social Sciences Shape Corporate Anti-Discrimination Practice ?; The United States and France », *Comparative Labor Law and Policy Journal*, n° 23, spring 2002, p. 829.

**DONZELOT J., JAILLET M.-C.**, « Fragmentation urbaines et zones défavorisées : le risque de désolidarisation », *Hommes et Migrations*, n°1217, janv-fév 1999, pp. 5-29.

**DONZELOT J.**, « Les politiques de la ville : la France en miroir des États-Unis », in M. Péliissier, et A. Paecht, (dir.), *Les modèles d'intégration en questions*, Paris, PUF/IRIS, 2004, pp. 179- 184.

**DOYTCHEVA M.**, « Réinterprétation et usages sélectifs de la diversité dans les politiques des entreprises, Raisons politiques, n°35, août 2009, pp. 107-124.

**DRICA M ;-A.**, « Le juge prud'homal des référés face aux discriminations », *Droit ouvrier*, 1998, p. 431.

**DUBOUT E.**, « Vers une protection de l'égalité 'collective' par la Cour européenne des droits de l'Homme ? », *RTDH*, n°68, 2006, pp. 851-883.

**DURU-BELLAT M.**, « Les inégalités sociales à l'école : des analyses sociologiques aux interrogations politiques », in J-P Fitoussi et P. Savidan (dir.), *Les inégalités*, Paris, PUF, 2003, pp. 53-63.

**ESTEBE P.**, « Instruments et fondements de la géographie prioritaire de la ville (1985-1996) », *RFAS*, n°3, juil-sept. 2001, pp. 25-35.

**FABRE-ALIBERT V.**, « Le principe d'égal accès aux emplois publics dans la jurisprudence constitutionnelle », *R.D.P.* 1992, p. 425.

**FARJAT G.**, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, Réseau européen Droit et société, LGDJ, coll. Droit et société, vol. 5, 1998, pp. 151-164.

**FASSIN D.**, « L'invention française de la discrimination », *RFSP*, août 2002, vol. 52, pp 403-422.

**FASSIN D.**, « Penser la discrimination positive », in D. Borrillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, coll. Recherches, 2003, pp. 55-68.

**FASSIN D.**, « Du déni à la dénégation. Psychologie politique de la représentations des discriminations », in D. Fassin, E. Fassin (dir.), *De la question sociale à la question raciale*, La Découverte, 2006, pp. 133-157

**FAURE M.**, « Catégorisation de la population pénale et discrimination », *VEI Enjeux*, n°121, juin 2000, pp. 53-68.

**FAVENNEC-HERY F.**, « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *Droit social*, janvier 2007, pp. 3-7.

**FAVOREU L.**, « L'inconstitutionnalité des quotas par sexe (sauf pour les élections politiques) », *AJDA*, 24 février 2003, pp. 313-314.

**FEHER M.**, « Identité en révolution : individu, famille, communauté aux États-Unis », *Esprit*, n° 212, juin 1995, pp. 114-126.

**FELOUZIS G.**, « De l'école à la ville : comment se forment les « collèges ghettos » ? », *Informations sociales*, juillet 2005, n°125, pp. 38-47.

**FELOUZIS G.**, « La ségrégation ethnique au collège et ses conséquences », *Revue française de sociologie*, n°44-3, pp. 413-447.

**FERRAND L.**, directeur juridique, « La loi a doté la HALDE d'une procédure efficace et équilibrée », *Petites affiches*, 27 juillet 2006, n°149, pp. 3-5.

**FERRE N. et Aoustin H.**, « Discriminations, libertés individuelles et harcèlements », *Liaisons sociales*, suppl. au n°13696, juillet 2002, p. 105.

**FERRE N.**, « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », *Sociétés contemporaines*, n°53, 2004, pp. 33-55.

- FIERENS J.**, « La dignité humaine comme concept juridique », *Journal des Tribunaux*, 21 septembre 2002, pp. 577-582.
- FINES F.**, « De l'influence de la « crise autrichienne » sur l'avenir de l'Union européenne », in *50 ans de droit communautaire – mélanges en hommage à G. Isaac*, vol. II, Toulouse, presses de l'université de Sciences sociales, 2004, pp. 105-120
- FITTE-DUVAL A.**, « Le fonctionnaire et la discrimination : approche administrative et pénale, *L'Actualité juridique-Fonctions publiques*, janvier-février 2003, pp. 6-16
- FLAUSS J.-F.**, « L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie », *RTDH*, n° spécial, n°46, mars 2001, pp. 487-515.
- FORT F.X.**, « De l'égalité à la parité dans l'accès à la fonction publique », *AJDA*, 22 juin 2009, pp. 1181-1187.
- FORTIS E.**, « Lutte contre la discrimination : la voie pénale », *AJ Pénal*, n°7/8, juillet-août 2008, pp. 303-307.
- FOURNALES R.**, « La prévention de la discrimination entre hommes et femmes n'est pas une composante nouvelle de l'ordre public », *A.J.D.A.*, 2006. p. 439.
- FOURNEL J.-L. et ZANCARINI J.-C.**, « Ethnie/ethnique ou 'l'ethnique c'est les autres' », *Cités*, n° 2, 2000, pp. 189-195.
- FREDERICKSON G. M.**, « Mulattoes and Metis. Attitudes toward Miscegenation in the United States and France since the Seventeenth Century », *International Social Science Journal*, vol. 57, n° 183, mars 2005, pp. 103-112.
- FRICKEY A., PRIMON J.-L., MARCHAL N.**, « Jeunes issus de l'immigration : les diplômés de l'enseignement supérieur ne garantissent pas un égal accès au marché du travail », *Formation Emploi*, n° 79, juil-sept. 2002, pp. 31-49.
- FUGAZZA M.**, « La discrimination raciale : théories, faits, stratégies », *Revue internationale du travail*, vol. 142, n° 4, 2003, pp. 547-588.
- GAÏTI B., ISRAËL L.**, « Sur l'engagement du droit dans la construction des causes », *Politix*, vol. 16, 2003/62, pp. 17-30.
- GAJA G.**, « Les discriminations à rebours : un revirement souhaitable », in *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 993-1000.
- GARAGNON J.**, « L'origine du principe de l'égalité d'admissibilité aux fonctions publiques », *Sirey*, 1956, p. 66.
- GARDIN A. et ZABEL A. L.**, « Les discriminations raciales au travail », *RJS*, 2003, chron. p. 87.
- GARRONE P.**, « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTDE*, 1994, n° 3, pp. 425-449

**GASSIN R.**, « L'obligation de dénonciation des crimes et délits par les autorités constituées, les officiers publics et les fonctionnaires », *Cahier. jur. de l'électricité et du gaz*, janvier 1998, p. 1.

**GAUDEMET Y.**, « Les actions administratives informelles », *RIDC*, n° 2, 1994, pp. 645-654

**GAURIAU B.**, « Les accords collectifs relatifs à la diversité », *Droit social*, novembre 2008, pp. 1060-1064.

**GEISSER V.**, « La mise en scène républicaine de l'ethnicité maghrébine, Discours d'Etat, discours d'acteurs ? », *VEI Enjeux*, n° 121, juin 2000, pp. 39-52.

**GENEVOIS B.**, « les conflits de compétences concernant les Autorités administratives indépendantes », in *Mélanges Sabourin*, Bruylant, 2001, pp. 124-146.

**GHIRARDELLO A.**, « Pour une analyse économique positive de la discrimination », *Economies et Sociétés*, série « Socio-économie du travail », AB, n° 24, novembre 2004, pp. 1877-1902.

**GHIRARDELLO A.**, « Inégalités de « classes » et inégalités de « races ». Quels enjeux pour les politiques sociales ? », Colloque international « Etat et régulation sociale », CNRS-Matisse, Paris, 11-13 septembre 2006, 19 p.

**GHIRARDELLO A., VAN DER PLANCKE V.**, « Analyse de la discrimination à l'embauche. Pluraliser les actions positives pour réviser les conventions », in F. Eymard-Duvernay, *L'économie des conventions, méthodes et résultats*, t. 2, La Découverte, coll. « Recherches », 2006, pp. 145-158.

**GOESEL-LE BIHAN V.**, « La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *AFDI*, 1998, p. 301.

**GOHIN O.**, « Quand la République marche sur la tête », *AJDA*, 2007, p. 807.

**GOLDSTON J.**, « Race and ethnic data: a missing resource in the fight against discrimination », in A. Krizsan (ed.), *Ethnic monitoring and data protection: the European context*, CEU-Indok, Budapest, 2001, pp. 19-41.

**GONZALES G.**, « Le protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'Homme portant interdiction générale de discriminer », *RFDA*, janv-fév. 2002, pp. 113-123.

**GOYARD P.**, « Les diverses prérogatives juridiques et les notions d'égalité et de discrimination », in *Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles, L'égalité*, vol. V, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 151-162.

**GRABARCZYK K.**, « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, un magistère d'influence ? », *RTDH*, janvier 2010, pp. 67-96.

**GRAËFFLY R.**, « Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations », *AJDA*, 2005, pp. 934-941.

**GRAFMEYER Y.**, « La ségrégation spatiale », in S. Paugam (dir.), *L'exclusion, l'état des savoirs*, éd. La Découverte, 1996, pp. 209-217.



- GRUMBACH T.**, « La HALDE monte en puissance », *Semaine sociale Lamy*, n° 131, 23 juil. 2007, p. 13.
- GUIMOND S.**, « La fonction sociale des préjugés ethniques », *Cahiers de l'URMIS*, n° 10-11, décembre 2006, pp. 17-30.
- GUIOMARD F.**, « Syndicats : évolutions et limites des stratégies collectives d'action juridique », *Mouvements*, 4/2003, n°29, pp. 47-54.
- GUIRAUDON V., PHALET K., WAL J. T.**, « Le suivi des minorités ethniques aux Pays-Bas », *Revue internationale des sciences sociales*, n°183, 2005/1, pp. 83-96.
- GUIRAUDON V.**, « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive 'race' », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004, pp. 11-32.
- GUIRAUDON V.**, « La diversité en Europe : une évidence ? », *Raisons politiques*, n°35, août 2009, pp.67-86.
- HAARSCHER G.**, « Pour les minorités. L'identité ou la justice ? », in T. Berns (dir.), *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droits Territoires Cultures, 2004, pp. 45-57.
- HAARSCHER G.**, « Les droits collectifs contre les droits de l'Homme », *RTDH*, n° 3, 1990, pp. 231-234.
- HAGUENEAU-MOIZARD C.**, « La lutte contre le racisme par le droit en France et au Royaume-Uni », *RIDC*, n° 2, 1999, pp. 347-366.
- HAQUET A.**, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTDE*, 37(2), avril-juin 2001, pp. 306-333.
- HAROCHE C.**, « Les paradoxes de l'égalité : le cas du droit à la reconnaissance », in G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances*, Paris, La Découverte, 2000, pp. 25-35.
- HAUTEFORT M.**, « Quand la HALDE recommande, elle ne saurait commettre d'excès de pouvoir », *Jurisprudence sociale Lamy*, n° 219, 4 octobre 2007, pp. 8-10.
- HECKMAN J. J.**, « Detecting discrimination », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 12, n°2, printemps 1998, pp. 101-116.
- HENNEBEL L.**, « Les droits intangibles », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 195-218.
- HENRY M.**, « Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations », *Droit ouvrier*, mai 2001, pP. 194-200.
- HERAN F.**, « Enquêtes et origine », *Lettre d'information de Pénombre*, janvier 2002, numéro spécial, 5 p.
- HERAN F.**, « Les immigrés et leurs descendants dans le système statistique français : réflexions sur les pratiques et les principes », in Commissariat général au plan, *Immigration, marché du travail, intégration*, La Documentation française, 2002, pp.121-133.

- HERSZBERG B.**, « Quescexa, les 'origines raciales' ? Propos sur la législation antiraciste : le ver est dans le fruit », in *Sans distinctions de ...race*, ouvrage collectif, *Revue « Mots », les langages du politique*, n°33, décembre 1992, p. 261-284.
- HOUSEAUX F.**, « La famille pilier des identités », *INSEE Première*, décembre 2003, n° 937, pp. 1-4.
- HOUSER M.**, « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », *RFDA*, 2010, p. 323.
- IACUB M.**, « La parité entre égalité et indifférenciation : dialogue avec François Gaspard », *RFAS*, n°4, oct-déc 1998, pp. 33-34.
- ICELAND J., DOUZET F.**, « Mesurer la ségrégation raciale et ethnique dans les milieux », *Hérodote*, 2006/3, pp. 25-43.
- ISRAËL L.**, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : la cause lawyering », *Droit et société*, n°49, 2001, pp. 793- 824.
- JACOBS D., REA A.**, « Construction et importation des classements ethniques. Allochtones et immigrés aux Pays-Bas et en Belgique », *Revue européenne des Migrations internationales*, vol. 21, n° 2, pp. 35-89.
- JAFFRELOT C.**, « L'Etat face aux communautés », *Cultures et Conflits*, janvier 1995, pp. 3-6.
- JAFFRELOT C.**, « Inde : l'avènement politique de la caste », *Critique internationale*, octobre 2002, n° 17, pp. 131- 144.
- JAILLET M.-C.**, « La politique de la ville en France : histoire et bilan », in « Dossier Politique de la ville », *Regards sur l'actualité*, La Documentation française, n° 296, décembre 2003, pp. 5-23.
- JAUFFRET-SPINOSI C.**, « Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », *LPA*, 20 novembre 2002, n° 232, pp. 8-17.
- JEAMMAUD A.**, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, Réseau européen Droit et société, LGDJ, coll. Droit et société, vol. 5, 1998, pp. 47-72.
- JEAMMAUD A.**, « L'échec des « syndicats Front national » devant la Cour de cassation », *D.* 1998, p. 389.
- JEAMMAUD A.**, « Normes juridiques et action », in M. Maille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 95.
- JEAMMAUD A.**, « Du principe d'égalité de traitement entre salariés », *Dr. Soc.*, 2004, n° 7/8, pp. 694-702.

- JORION B.**, « Egalité et non-discrimination en droit public français », in G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, La Découverte, 2000, pp. 141- 156.
- JOBARD F., NEVANEN S.**, « La couleur du jugement. Discriminations dans les décisions judiciaires en matière d'infractions à agents de la force publique (1965-2005) », *Revue française de sociologie*, n° 48-2, avril-juin 2007, pp. 243-272
- JOBARD F.**, « Polce, justice et discriminations raciales », in D. Fassin, E. Fassin (dir.), *De la question sociale à la question raciale*, La Découverte, 2006, pp. 211-229
- JOUANJAN O.** « La prohibition des discriminations raciales en droit français », *Revue européenne de droit public*, vol. 11, n° 2, 1999, p. 679 et s.
- JUNTER A., SENAC-SLAWINSKI R.**, « La diversité : sans doit ni obligation », *La revue de l'OFCE*, juillet 2010, pp. 167-195.
- KALEV A., DOBBIN F., KELLY E.**, « Best practises or Best Guesses ? Assessing the Efficacy of Corporate Affirmative Action and Diversity Policies », *American Sociological Review*, vol. 71, août 2006, pp. 589-617.
- KATEB K.**, « La statistique coloniale en Algérie (1830-1962) », *Courrier des statistiques*, n°112, décembre 2004, pp. 3-17.
- KELLER M.**, « La loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations », *Rec. Dalloz*, 2002, chron. p. 1355.
- KELLY E., DOBBIN F.**, « How Affirmative Action Became Diversity Management: Employer Response to Antidiscrimination Law, 1961 to 1996 », *American Behavioral Scientist*, 41, 7, 1998, pp. 960-984.
- KIRSZBAUM T.**, « Un Janus aux deux visages : la diversité dans l'habitat. Réflexions sur les politiques de déségrégation résidentielle aux États-Unis et en France », *Raisons politiques*, n°35, août 2009, pp. 49-66.
- KIRSZBAUM T.**, « Discrimination positive et quartiers pauvres : le malentendu franco-américain », *Esprit*, Mars 2004, n° 3-4, pp. 96-117.
- KORMAN C.**, « L'ange, la bête et les hommes. La situation française en matière de législation antiraciste », *Gazette du Palais*, 10 novembre 1998, Pp. 1480-1486.
- KOUBI G.**, « Brèves réflexions sur les paradoxes et les ambiguïtés des stratégies socio-juridiques des minorités », *RTDH*, 1997, vol. 31, pp. 407-422.
- KOUBI G.**, « Le droit à la différence, un droit à l'indifférence », *Revue de la recherche juridique-droit prospective (RRJ)*, 1993, p. 451-463
- KOUBI G.**, « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit », in G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances*, Paris, La Découverte, 2000, pp. 69-89.

**KOUBI G.**, « La notion de ‘charte’ : fragilisation de la règle de droit ? », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Maison des Sciences de l’Homme, Réseau européen Droit et société, LGDJ, coll. Droit et société, vol. 5, 1998, pp. 165-181.

**KOUBI G.**, « Droit et colonisation(s). Un essai d’introduction », in S. Kodjo-Grandvaux et G. Koubi (dir.), *Droit et colonisation*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 7-28.

**KOUBI G.**, « Réflexions sur les distinctions entre droits individuels, droits collectifs et ‘droits de groupe’ », in *Mélanges en l’honneur de Raymond Goy*, publication de l’université de Rouen, 1998, pp. 105-117.

**KYMLICKA W.**, « Les droits des minorités et le multiculturalisme : l’évolution des débats anglo-américains », *Comprendre*, n° 1, PUF, 2000, pp. 141-171.

**L’HEUREUX-DUBE C.**, « Une question d’égalité (Canada) », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 153-166.

**LAGARDE X.**, « Variations sur l’actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales », *SSL*, 18 juin 2007, p. 7.

**LAINE F., OKBA M.**, « L’insertion des jeunes issus de l’immigration : de l’école au métier », Net.Doc, CEREQ, n°15, avril 2005.

**LAMARCHE L.**, « Les droits économiques et sociaux de la personne sous le contrôle de la société civile : de la substitution à la complémentarité », in M. Borghi, P. Meyer-Bish (eds.), *Ethique économique et droits de l’homme. La Responsabilité commune*, Actes du Xè Colloque interdisciplinaire sur les droits de l’homme, Université de Fribourg, 9-11 janvier 1997, Editions universitaires de Fribourg, 1998, pp. 299-330.

**LAMBERT P.**, « Vers une évolution de l’interprétation de l’art 14 de la CEDH », *RTDH.*, 1998, pp. 497-505.

**LANDAIS C., LENICA F.**, « Le régime de la transaction pénale », Commentaire de l’arrêt CE Ass. 7 juillet 2006 *Association France Nature environnement*, *AJDA*, n° 37/2006, 6 novembre 2006, pp. 2053-2055.

**LANQUETIN M.-T.**, « Le principe de non-discrimination », *Droit ouvrier*, mai 2001, pp. 186-193.

**LANQUETIN M.-T.**, « De l’égalité des chances –A propos de l’arrêt *Kalanke* », *Dr. Soc.*, mai 1996, n° 5, pp. 494-501.

**LANQUETIN M.-T.**, « Un tournant en matière de preuve de discrimination », *Droit social*, n° 6, 2000, p. 589

**LANQUETIN M.-T.**, « Discriminations : la loi d’adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 », *Droit social*, n° 7/8, juillet-août 2008, pp. 778-788.

**LANQUETIN M.-T.**, « La comparaison entre des fonctions différentes, une démarche préalable à la reconnaissance de la « valeur égale du travail » », *Droit ouvrier*, 2009, p. 135.

**LAPEROU-SCHNEIDER B.**, « Les mesures de lutte contre le harcèlement moral », *Droit social*, 2002, n° 3, pp. 313-320.

**LAPEYRONIE D.**, « De l'intégration à la ségrégation », *Cultures et conflits*, n° 6, été 1992, pp. 73-89.

**LAPEYRONIE D.**, « Peut-il exister une politique antiraciste ? », in *Racisme et Modernité*, Michel Wieviorka (dir.), éditions la Découverte, 1993, pp. 345-356.

**LAPEYRONIE D.**, « Les deux figures de l'immigré », in Michel Wieviorka (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, La Découverte/poche, 1997, pp. 251- 266.

**LAPEYRONIE D.**, « Révolte primitive dans les banlieues françaises. Essai sur les émeutes de l'automne 2005 », *Déviance et société*, n° 30, 2006, pp. 431-448.

**LAPLANCHE-SERVIGNE S.**, « L'antiracisme face aux statistiques dites 'ethniques' : l'enjeu de la mesure dans la lutte contre le racisme et les demandes de reconnaissance des 'minorisés' en France et en Allemagne », Actes de la conférence internationale « Statistiques sociales et diversité ethnique. Doit-on compter, comment et à quelles fins ? », CIQSS/INED, Montréal, 6, 7 et 8 décembre 2007, 18 p. ([www.ciqss.umontreal.ca/fr/SSDE/](http://www.ciqss.umontreal.ca/fr/SSDE/) )

**LASCOUMES P., SERVERIN E.**, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, 1986, n° 2, pp. 127-150.

**LASCOUMES P.**, « Normes juridiques et politiques publiques », *L'Année sociologique*, 1990, pp. 43-71.

**LATRAVERSE S.**, « L'ouverture de la jurisprudence en matière d'accès à la preuve : le défi de la mise en œuvre du droit de la discrimination en France », Documentation pour le séminaire « Lutte contre les discriminations dans la pratique », E.R.A. (Académie du droit européen), Trêves, 8-9 mai 2006, 7

p. [www.era.int/web/fr/html/nodes\\_main/4\\_2127\\_474/By%20Topic/conferences\\_PrivateLaw/5\\_1796\\_1138/5\\_2332\\_1384.htm](http://www.era.int/web/fr/html/nodes_main/4_2127_474/By%20Topic/conferences_PrivateLaw/5_1796_1138/5_2332_1384.htm)).

**LAUFER J., SILVERA R.**, « Les accords d'entreprise sur l'égalité professionnelle », In *Regards sur l'actualité*, n°317, La documentation française, mars 2006, pp. 151-178.

**LAUFER J., SILVERA R.**, « L'égalité des femmes et des hommes en entreprises. De nouvelles avancées dans la négociation ? », *Revue de l'OFCE*, n° 97, 2006/2, pp. 245-271.

**LAULOM S.**, « Une opposition largement infondée au droit communautaire des discriminations », *Revue de droit du travail*, janvier 2009, pp. 12-13.

**LAW I., SILVERMAN M.**, « L'évaluation des programmes politiques d'action positive en Grande-Bretagne », in M. Martiniello et A. Rea (dir.), *Affirmative Action : des discours, des*

*politiques et des pratiques en débat*, Louvain, Bruylant-Academia, coll. « Carrefours », 2004, pp. 57-91.

**LE GALS P.**, Politique de la ville en France et en Grande-Bretagne : volontarisme et ambiguïtés de l'Etat, *Sociologie du travail*, n° 2, 1995, pp. 249-275.

**LE GOFF J.**, « Lutter contre les discriminations à l'embauche », *Esprit*, février 2006, pp. 218-221.

**LE PICHON P.**, « Droits de l'homme, race et racisme, entre sciences et politiques », in Y. Legal, D. Gaurier, et P-Y Legall (dir.), *Du droit du travail aux droits de l'humanité- Etudes offertes à P-J Hesse*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003, pp. 361-383.

**LE POURHIET A.-M.**, « Discriminations positives ou injustice ? », *RFDA*, n°3, mai-juin 1998, pp. 519-525.

**LE POURHIET A.-M.**, « Pour une analyse critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n°114, mars-avril 2001, pp. 166-177.

**LEGEAIS R.**, « Le droit de la preuve à la cour européenne des droits de l'homme », in *La sanction du droit, Mélanges offerts à P. Couvrat*, PUF, 2001, p. 255.

**LEGER N.**, « Preuve du harcèlement moral et de la discrimination : précisions jurisprudentielles », *JCP S.*, 2009, p. 602.

**LEGRAND A.**, « Discrimination positive et accès à Science-Po », Note sous CAA Paris, 6 nov. 2003, *Union nationale interuniversitaire, AJDA*, 16 février 2004, pp. 343-347.

**LEMOINE P.**, « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », in Cour de cassation, *La vérité- Rapport annuel 2004*, Paris, La Documentation française, 2005, pp. 165-180.

**LELEVRIER C., BELMESSOUS H., MAURIN E.** et al., « Dossier mixité », *Urbanisme*, janvier-février 2005, n° 340, pp. 37-72.

**LETTERON R.**, « L'action positive en faveur des femmes », in T. Lambert (dir.), *Egalité et équité- Antagonisme ou complémentarité*, Paris, Economica, 1999, p. 65-82.

**LEVY R.**, « De la différenciation à la discrimination : le racisme dans les pratiques policières », *Migration et sociétés*, CIEMI, oct 1995, pp. 35-52.

**LEVY P. et SIMON P.**, « Questions sociologiques et politiques de 'mixité sociale' », *Contretemps*, n° 13, 2005, pp. 83-92.

**LHERNOULD J.-P.**, « Peut-on réserver une prime aux salariés étrangers », *Semaine sociale Lamy*, 7 janvier 2006, n° 1243, p. 12.

**LHERNOULD J.-P.**, « L'illicéité d'une clause sociale dans un appel d'offre de marchés publics : le pot de terre contre le pot de fer ? », *RJS*, 6/08, p. 601.

- LOCHAK D.**, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. social.*, novembre 1987, n° 11, pp. 778-790.
- LOCHAK D.**, « Egalité et différences. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit », in D. Borillo, *Homosexualité et droit*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1988, pp. 39-63
- LOCHAK D.**, « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », in A. Fenet et G. Soulier (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, pp. 111-194.
- LOCHAK D.**, « La race, une catégorie juridique ? », in *Sans distinctions de... race*, ouvrage collectif, *Revue « Mots », les langages du politique*, n° 33, décembre 1992, pp. 291-303.
- LOCHAK D.**, « L'autre saisi par le droit », in B. Badie et M. Saddoun (dir.), *L'autre : études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, PFNSP, 1996, pp. 179-199.
- LOCHAK D.**, « La référence à la race dans le droit français », in E. Decaux (Dir.), *Le droit face au racisme*, Editions A.Pedone, Paris, 1999, pp. 27-40.
- LOCHAK D.**, « Loi du marché et discrimination », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, 2003, pp. 11-37.
- LOCHAK D.**, « Lutte contre les discriminations, le piège des mots, les termes du débat », Ligue des droits de l'homme, groupe de travail « discriminations », mai 2005, p. I-II.
- LOCHAK D.**, « Le droit contre les discriminations », *Hommes et Libertés*, Revue de la Ligue des droits de l'homme, n° 134, avril-juin 2006, pp. 36-39
- LOISEAU G.**, « La Halde : quelle autorité ? », *Droit social*, n° 2, février 2009, pp. 142-418.
- LOMBARD M.**, « La régulation dans un État de droit », in Marie-Anne Frison-Roche (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, pp. 27-33.
- LONG M.**, « Discrimination positive et accès à Sciences-po Paris », *AJDA*, 2004, p. 688.
- LONG M.**, « La fonction publique républicaine », *Pouvoirs*, n° 100, 2001, pp. 67-85.
- LONG M.**, « Le principe d'égalité et les étrangers », in Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité, Extraits du rapport public 1996*, La Documentation française, 1998, pp. 113-130.
- LORCERIE F.**, « La lutte contre les discriminations ou l'intégration requalifiée », *VEI Enjeux*, n° 121, juin 2000, p. 69-81.
- LORCERIE F.**, « La non-lutte contre les discriminations dans l'Ecole française », *Hommes et Migrations*, n° 1246, Dossier « France-USA, Agir contre la discrimination, Méthodes et pratiques », novembre-décembre 2003, pp. 6-16.
- LUCHAIRE F.**, « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1986, pp. 1229-1274.

**LYON-CAEN A.**, « Nul ne peut faire l'objet de mesures discriminatoires en raison de son origine : ordre des licenciements déterminé selon le critère de la charge d'une famille nombreuse différemment appréciée selon l'origine du salarié », *D.* 1992, p. 293.

**LYON-CAEN P.**, « La lutte contre les discriminations syndicales », in B. Lardy-Pélissier et J. Pélissier (dir.), *Le syndicalisme salarié*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2002, p. 31.

**Mc CRUDDEN C.**, « Le nouveau concept de l'égalité », in *Lutte contre la discrimination : les nouvelles directives de 2000 sur l'égalité de traitement*, documentation pour le séminaire organisé par l'Académie de droit européen et la Commission européenne, Trèves, 31 mars-1<sup>er</sup> avril 2003 ; [www.era.int/web/fr/html/nodes\\_main/4\\_2127\\_474/Archives/conferences\\_2003/5\\_1796\\_671/5\\_2332\\_672.htm](http://www.era.int/web/fr/html/nodes_main/4_2127_474/Archives/conferences_2003/5_1796_671/5_2332_672.htm))

**Mc CRUDDEN C.**, « Réflexion sur les directives relatives à la discrimination », *Revue de la législation européenne relative à l'anti-discrimination*, n° 1, avril 2005, pp. 19-23.

**Mc CRUDDEN C.**, « Codes in a Cold Climate: Administrative Rule-Making by the Commission for Racial Equality », *Modern Law Review*, n° 51, 1988, p. 409-413.

**Mc COLGAN A.**, « La directive relative aux biens et aux services : œuf de vicaire ou quasi-bénédiction? », *Revue du droit européen de l'égalité des genres*, 2009, n° 1, pp. 17-26.

**Mc EWEN M.**, « Antidiscrimination Law in Great Britain », *New Community*, 1994, pp. 353-370.

**MADIOT Y.**, « Vers une territorialisation du droit », *RFDA*, sept-oct.1995, vol. 11, n° 5, pp. 946-960.

**MAILLARD S.**, « Discrimination et harcèlement : précisions de la Cour de cassation », *D.* 2009, p. 2857.

**MAISONNEUVE M.**, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française », *AFDA*, mai-juin 2002, n° 3, p. 561

**MAISTRE du CHAMBON P.**, « La régularité des provocations policières. L'évolution de la JP », *JCP*, 1989-I, n° 3422.

**MAITROT A.**, « La réforme de la loi informatique et libertés et le droit au respect de la vie privée », *AJDA*, 2004, p. 2269.

**MARIE C.-V.**, « Enjeux actuels de la lutte contre les discriminations en France », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 125-138.

**MAROIS P.**, président de la Commission des droits de la personne au Québec, « L'action de la commission québécoise dans la lutte contre les discriminations », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, 2003, pp. 167-177.

**MARTIN D.**, « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudence sous influence ? », *RTDH*, 2007, p. 113.



- MARTIN D. et MERCAT-BRUNS M.**, « Approche comparative du droit de la non-discrimination » deuxième partie, *RDT*, 2009, p. 58.
- MARTINIELLO M. et SIMON P.**, « Les enjeux de la catégorisation : rapports de domination et luttes autour de la représentation dans les sociétés post-migratoires », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 21, n° 2, 2005, pp. 7-18.
- MASLOW-ARNAYD L.**, « Ecoles noires, bulletins blancs. La déségrégation scolaire et la participation politique des noirs aux États-Unis », *RFSP*, 1982, vol. 32, n° 6, pp. 1000-1023.
- MASSE-DESSEN H.**, « La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail- Une approche civile », *Dr. social*, 1995, n° 5, pp. 442-446.
- MASSIAS F.**, « Faut-il pénaliser le racisme ? », *RTDH*, n° spécial, mars 2001, vol. 46, pp. 601-623.
- MATH A.**, « Protection sociale et inégalités : les débats européens », in *Réduire les inégalités. Quel rôle pour la protection sociale ?*, Paris, Drees-Mire, 2000, pp. 59-79.
- MAYAUD Y.**, « Un délit en quête d'auteur, la discrimination sur délibération municipale », *Revue de science criminelle*, janv-mars 2000, p. 197.
- MAYAUD Y.**, « La HALDE, une trop 'Haute' autorité ? Propos hétérodoxes sur un transfert de répression », *Droit social*, n° 9/10, septembre-octobre 2007, pp. 930-935
- MAYER D.**, « L'appréhension du racisme par le code pénal », in *Sans distinctions de ...race*, ouvrage collectif, *Revue « Mots », les langages du politique*, n° 33, décembre 1992, pp. 331-338.
- MAZEAUD A.**, « Harcèlement entre salariés : apport de la loi de modernisation sociale », *Dr. social*, mars 2002, pp. 321-324
- MEIER K. J., HAWES D. P.**, « Le lien entre représentativité passive et active de l'administration », *Revue française d'administration publique*, 2006/2, n° 118.
- MELIN-SOUCRAMANIEN F.**, « La République contre Babel. À propos de la décision n° 99-412 DC, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », *RDP*, 1999, n° 4, pp. 985-1003.
- MELIN-SOUCRAMANIEN F.**, « Le Conseil constitutionnel défendeur de l'égalité républicaine contre 'les classifications suspectes' », *Rec. Dalloz*, 2007-43, pp. 3017-3018.
- MERCAT-BRUNS M.**, « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », *RDT*, n° 6, juin 2007, pp. 360-368.
- MEURS D., PAILHE A., SIMON P.**, « Immigrés et enfants d'immigrés sur le marché du travail », in C. Lefevre et A. Filhon (dir.), *Histoires de familles, histoires familiales*, Paris, coll. Les Cahiers de l'INED, 2005, vol. XXXVIII, n° 156, pp. 461-482.
- MIGNOT J.-F.**, « Le racial redistricting aux États-Unis : une introduction à la jurisprudence de la Cour suprême », *Revue internationale des sciences sociales*, n°183, 2005-1, pp. 153-162.

**MINCKE C.**, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ*, 1998, n° 40, pp. 115-151.

**MINE M.**, « Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France-Royaume-Uni », *Travail et emploi*, n° 80, septembre 1999, pp. 91-107.

**MINE M.**, « Aperçu de la jurisprudence communautaire et française » et « Les apports de la nouvelle loi à la lumière du droit communautaire », *Semaine sociale Lamy*, 17 décembre 2001, supp. n° 1055, pp. 6-12 et pp. 13-21.

**MINE M.**, « Les concepts de discrimination directe et indirecte », in *La lutte contre les discriminations dans la pratique*, séminaire organisé par l'Académie de droit européen et la Commission européenne, Trèves, 12 mai 2003, 12 p. (disponible sur [www.era.int/web/fr/html/nodes\\_main/4\\_2127\\_474/Archives/conferences\\_2003/5\\_1796\\_616/5\\_2332\\_618.htm](http://www.era.int/web/fr/html/nodes_main/4_2127_474/Archives/conferences_2003/5_1796_616/5_2332_618.htm)).

**MINE M.**, « Les nouveaux apports du droit pour l'égalité de traitements entre les femmes et les hommes dans l'emploi et le travail », *Droit ouvrier*, août 2004, pp. 352-367.

**MINE M.**, « Le régime probatoire de la discrimination », in *Lutte contre la discrimination : les nouvelles directives de 2000 sur l'égalité de traitement*, Documentation pour le séminaire organisé par l'Académie de droit européen et la Commission européenne, Trèves, 1<sup>er</sup>-2 octobre 2004, 11 p. (disponible sur [www.era.int/web/fr/html/nodes\\_main/4\\_2127\\_474/Archives/conferences\\_2004/5\\_1796\\_884/5\\_2332\\_885.htm](http://www.era.int/web/fr/html/nodes_main/4_2127_474/Archives/conferences_2004/5_1796_884/5_2332_885.htm)).

**MINE M.**, « La discrimination raciale à l'embauche devant le juge pénal. À propos de la décision Moulin rouge », *Droit ouvrier*, juil. 2003, pp. 270-275.

**MINE M.**, « Discriminations : une transposition laborieuse », *Revue de droit du travail*, 2008, p. 532.

**MINET C.**, « Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail », *JCP E*, 2003, pp. 894-897.

**MOHAMMED M., MUCCHIELLI L.**, « La police dans les "quartiers sensibles" : un profond malaise », in L. Mucchielli, V. Le Goaziou, *Quand les banlieues brûlent. Retour sur les émeutes de novembre 2005*, La Découverte, coll. « Sur le vif », Paris, 2006 p. 98-119.

**MOLINA E.**, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *Revue de sc. crim.*, avril-juin 2002, pp. 263-282.

**MONSO O., de SAINT POL T.**, « L'origine géographique des individus dans les recensements de la population », *Courrier des statistiques*, n° 117-118, 2006, pp. 33-42.

- MORE G.**, « The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Rights? », in P. Craig and G. De Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, pp. 517-543.
- MOREAU M.-A.**, « Les justifications des discriminations », *Dr. social*, n° 12, décembre 2002, pp. 1112-1124.
- MOREAU J.**, « Le Maire qui fait pression est déjà complice de discrimination », *JCP A*, n° 27, 2 juil. 2007, pp. 20-22.
- MORNING A., SABBAGH D.**, « De l'épée au bouclier : des usages discriminatoires et antidiscriminatoires de la race aux États-Unis », *Revue internationale des sciences sociales*, n° 183, 2005-1, pp. 63-81.
- MORNING A., GOLDSTEIN J.**, « Back in the Box: The Dilimme of Using Multiple-Race Data for Single-Race-Laws », in J. Perlmann, M. Waters, *The New Race Question*, NY, Russel Sage Foundation, 2002, pp. 119-136.
- MOSSUZ-LAVAU J.**, « Les discriminations à l'encontre des femmes », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, 2003, pp. 86-99.
- MOULY J.**, « Commentaire », sous Cass. Crim. 14 juin 2000, *Droit social*, 2000, n° 11, p. 10.
- MOURALIS B.**, « Logique coloniale et logique d'empire : le cas de la France », in S. Kodjo-Grandvaux et G. Koubi (dir.), *Droit et colonisation*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 29-52.
- MOUSSY P.**, « Le référé prud'homal face aux discriminations », *Droit ouvrier*, octobre 1992, pp. 366-374.
- MOUTOUH H.**, « Le bon grain de l'ivraie. Brève histoire de la préférence nationale en droit français », *D.* 1999, n° 39, chron., p. 419.
- NGUYEN THE KIM F.**, « L'ethnie, une catégorie juridique du droit français ? », *La Tribune du droit public*, 1998-2, vol. II, n° 4, pp. 303-333
- NIORE**, « La HALDE : ni partie ni témoin. La recherche de son statut dans le procès pénal », *Gaz. Pal.*, 29 septembre 2007, n° 272, pp. 2-9.
- NOBLES M.**, « Racial Categorization and Censuses », in *Census and Identity : The Politics of Race, Ethnicity and Language in National Censuses*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 67.
- NOBLET P.**, « Affirmative action » aux États-Unis et discrimination positive en France », in M. Boucher (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, L'Harmattan, 2001, pp. 461- 473.
- NOËL O.**, « Lorsque la discrimination se cachait derrière l'intégration : la lente émergence dans l'espace public des discriminations à l'embauche des jeunes issus des familles immigrées », in M.

Boucher (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, L'Harmattan, 2001, pp. 395- 408.

**NOËL O.**, « Comment prévenir les discriminations raciales à l'emploi en France ? », *Hommes et Migrations*, n° 1246, Dossier « France-USA, Agir contre la discrimination, Méthodes et pratiques », novembre-décembre 2003, pp. 44-52.

**NOËL O.**, « Subjectivation des vécus, objectivation juridique des faits », *Informations sociales*, n° 148, juil-août 2008, pp. 124-133.

**O' CINNEIDE C.**, « Les biens et les services : description de la situation », In *La lutte contre les discriminations dans les biens et services* (Rapport de la cinquième réunion d'experts accueillie par la CRE britannique, les 29 et 30 janvier 2004 à Londres), Bruxelles, Migration Policy Group, 2004, pp. 4-9.

**OBOLER S.**, « Après le 11 septembre : les nouvelles « cibles raciales » du patriotisme américain », *Hommes et migrations*, n° 1245, sept-oct 2003, pp. 54-64.

**OMARJEE I.**, « Qu'attendre de la promotion de la Charte des droits fondamentaux par le traité de Lisbonne ? Des droits sociaux mieux reconnus mais une protection incertaine », *Revue de droit du travail*, février 2008, p. 77.

**OPPENHEIMER D. B.**, « Evaluating the US policy of using private lawsuits to remedy employment discrimination », *Droit et Culture*, n° 49, 2005, pp. 109-128.

**ORAISON A.**, « Le nouveau statut d'autonomie renforcée de la Polynésie française (exégèse de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'une collectivité d'outre-mer conformément à l'article 74 de la Constitution) », *RFDA*, 2004-3, pp. 530-548.

**OSLER A., STARKEY H.**, « Le racisme institutionnel : de l'invention politique à la recherche d'outils », *Migrations Sociétés*, septembre-octobre 2010, n° 131, pp. 133-151.

**OST F.**, « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », in G. Timsit, A. Claisse, N. Belloubet-Frier, *Les administrations qui changent*, PUF, 1996, pp. 73-84

**OUUGHIRI R. et SABBAGH D.**, « Des usages de la 'diversité'. Eléments pour une généalogie du multiculturalisme américain », *RFSP*, vol. 49, n° 3, juin 1999, pp. 443-468.

**PAGER D.**, « The mark of a criminal record », *American Journal of Sociology*, n° 108, Chicago, 2003, pp. 937-975.

**PALIERO C. E.**, « les codes éthiques et la responsabilité pénale des personnes morales : aperçu de droit comparé », in M. Borghi, P. Meyer-Bish (eds.), *Ethique économique et droits de l'homme. La Responsabilité commune*, Actes du Xè Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Université de Fribourg, 9-11 janvier 1997, Editions universitaires de Fribourg, 1998, pp. 275-286.

**PALMER F.**, « Le rétablissement de l'équilibre des forces dans les cas de discrimination : le transfert de la charge de la preuve », *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, édition n°4, novembre 2006, pp. 23-30.

**PAPAPOLICHRONIOU S. et SEVERINO C.**, « existe-t-il une obligation constitutionnelle de créer des discriminations positives ? (France, Allemagne, Italie, Grèce) », *AJJC*, 1997, vol. XIII, pp. 169-172.

**PAN KE SHON J.-L.**, « La ségrégation des immigrés en France : Etat des lieux », *Population et société*, n° 447, avril 2011, 4 p.

**PARENT A.**, « Les approches économiques de la discrimination et leur renouvellement », *La lettre de la MiRe*, n° 7, octobre 2005, pp. 10-14.

**PARODI M.**, « De la discrimination statistique à la discrimination positive. Remarques sur l'inférence probabiliste », *Revue de l'OFCE*, n° 112, janvier 2010, pp. 63-85.

**PAUWELS M.-C.**, « Le diversity management, nouveau paradigme d'intégration des minorités dans l'entreprise ? », *Revue française d'études américaines*, 2004/4, n°101, pp. 107-122

**PAYET J.-P.**, « Mixité et ségrégation dans l'école urbaine », *Hommes et Migrations*, janv-fév 1999, n° 1217, pp. 30-42.

**PERALDI-LENEUF F.**, « L'interprétation des principes fondamentaux de l'égalité de traitement et de non-discrimination par la Cour de justice des Communautés européennes », in G. Guillermin et H. Oberdorff (dir.), *La cohésion économique et sociale : une finalité de l'Union européenne*, vol. I, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 103-126.

**PERELMAN C.**, « Egalité et justice », In Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles, *L'égalité*, vol. V, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 324-330.

**PERROCHAU V.**, « la fluctuation du principe de loyauté dans la recherche des preuves », *LPA*, n° 99, 17 mai 2002, pp. 6-17.

**PERU-PIROTTE L.**, « La lutte contre les discriminations : loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 », *La semaine juridique, éd. sociale*, n° 23, 3 juin 2008, pp. 12-17.

**PETIT S., COHEN C.**, « La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ? », *Recueil Dalloz*, n° 22, 2008, pp. 1519-1523.

**PRETECEILLE E.**, « La ségrégation urbaine a-t-elle augmenté ? », *Sociétés contemporaines*, n° 62, 2006-2, pp. 69-93.

**PICHERAL C.**, « Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l'homme (L'apport de la jurisprudence) », *RTDH*, avril 2001, vol. 46, pp. 517-539.

**PIETRANTONIO L.**, « Action positive. Quelle égalité ? », in M. Martiniello et A. Rea (dir.), *Affirmative Action : des discours, des politiques et des pratiques en débat*, Louvain : Bruylant-Academia, coll. « Carrefours », 2004, pp. 39-55

- PINTO J.**, « Droit au logement et discriminations », *Migrations société*, mai-août 2001, pp. 125-130.
- PITTI L.**, « Catégorisations ethniques au travail. Un instrument de gestion différenciée de la main d'œuvre », *Histoires et mesures*, 2005, vol. XX, n° 3/4, pp. 69-101.
- POLI A.** (CADIS), « Pourquoi il faut dissocier la lutte contre les discriminations et la diversité », Colloque « Faire des Egaux, pour un nouveau dialogue sur la diversité », Evry, 12 décembre 2009 (disponible sur [www.lecran.org](http://www.lecran.org) )
- PONTIER J.-M.**, « Territorialisation et déterritorialisation de l'action publique », *AJDA*, oct. 1997, pp. 723-730.
- PORTA J.**, « Égalité, discrimination et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination » (1<sup>ère</sup> partie), *Revue du droit du travail*, mai 2011, pp. 290-297.
- PORTA J.**, « Égalité, discrimination et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit à l'égalisation » (2<sup>ème</sup> partie), *Revue du droit du travail*, juin 2011, pp. 354-362.
- POTVIN M.**, « Le rôle des statistiques sur l'origine ethnique et la 'race' dans le dispositif de lutte contre les discriminations au Canada », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 57, n° 183, 2005-1, pp. 31-48.
- POUZOULET C.**, « Représenter les minorités par le découpage électoral. L'exemple de la nouvelle charte de New York », *RFSP*, 1993, vol. 43, n° 4, pp. 613-634.
- PRECHAL S.**, « Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes », *CMLR*, 2004, vol. 41, pp. 533-551.
- PURKISS B.**, « From formal equality to equality indeed: institutionnal features », in M. Boucher (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, L'Harmattan, 2001, pp. 433-444.
- QUETANT G.-P.**, « La Halde, 'bonne amie' du salarié demandeur devant le conseil de prud'hommes », *Jurisprudence sociale Lamy*, n° 223, 11 décembre 2007, pp. 4-8.
- RACINE J.-B.**, « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche, 2003, pp. 419-449.
- RANGEON F.**, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, pp. 126-149.
- RASKIN J. B.**, « Common Sense, Common Census ; Should America Follow France and Abolish Race Questions on the Census? », *Droits et Cultures*, n° 49, 2005, pp. 21-40.
- RENAULD B.**, « Les discriminations positives –Plus ou moins d'égalité ? », *RTDH*, 1997, pp. 425-460.
- RENAUT A.**, « Le multiculturalisme et la question du lien social : un dépassement du modèle républicain ? », in J-M Lecomte et J-P Sylvestre (coord.), *Culture républicaine, citoyenneté et lien*

- social*, Actes du colloque de Dijon des 8-9 oct. 1996 et 28-29 mai 1997, CNDP, CRDP de Bourgogne, 1997, pp. 227-240.
- REX. J.**, « Stratégies antiracistes en Europe », in Michel Wiewiorka (dir.), *Racisme et Modernité*, la Découverte, 1993, pp. 327- 344.
- RICHARD J.-L.**, « Une approche de la discrimination sur le marché du travail- Les jeunes adultes issus de l’immigration étrangère en France », *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 2000, vol.16, n° 3, pp. 53-83.
- RICHARD J.-L.**, « Qu’est-ce qu’être Français ? », *Pour la science*, n° 24, juillet 1999, pp. 22-27.
- ALBA R.**, « Bright vs. blurred boundaries: Second-generation assimilation and exclusion in France, Germany, and the United States », *Ethnic and Racial Studies*, vol. 28, n° 1, 2005, pp. 20-49.
- RIGAUX F.**, « Mission impossible : la définition de la minorité », *RTDH*, 1997, vol. 30, pp. 155-175.
- RINGEL F.**, « Le ‘testing’, mode de preuve valable des discriminations raciales », Note sous Cass. Crim. 11 juin 2002, *LPA*, 6 janvier 2003, p. 15
- RINGELHEIM J.**, « Protéger les droits de la personne dans une Europe multiculturelle. Les fluctuations de la Cour de Strasbourg », in T. Berns (dir.), *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droits Territoires Cultures, 2004, pp. 95-131.
- RIVERO J.**, « Sanction juridictionnelles et règle de droit », in *Etudes juridiques offertes à Léon de La Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, pp.457-469.
- RIVERO J.**, « Les notions d’égalité et de non-discrimination en droit public français » in Association H. Capitant, *Les notions d’égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Journée de Luxembourg (31 mai-4 juin 1961), tome XIV, Dalloz, 1965, pp. 343-360.
- RIVERO J.**, « Les droits de l’Homme : droits individuels ou droits collectifs ? », Rapport introductif, in *Les droits de l’homme : droits individuels ou collectifs*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, t. XXXII, LGDJ, 1980, pp. 17-25.
- RIVERO J.**, « Sur l’effet dissuasif de la sanction juridique », In *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 675-685.
- ROOTH D.-O.**, *Implicit discrimination in hiring: real world of evidence*, Discussion Paper n°2764, IZA (Allemagne: Bonn), avril 2007, 32 p.
- RORIVE I.**, « Le test de situation, mythes et réalités », *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, édition n° 3, avril 2006, pp. 33-39.
- ROSENBLOOM D. H., DOLAN J.**, « La bureaucratie représentative », *Revue française d’administration publique*, n° 118, 2006, pp. 251-264.

- ROSENFELD M.**, « Justice, égalité et action positive : justifications et limites », *Revue de l'université de Sherbrooke*, 1986, vol. 17, pp. 243-346.
- ROULAND N.**, « L'inscription juridique des identités », *RTDC*, n° 2, av-juin 1994, pp. 287-320.
- ROULAND N.**, « Le spectre du multiculturalisme américain » (dossier), *Esprit*, juin 1995, pp. 83-160
- ROUSSEL G.**, « L'avis de la HALDE en matière de discrimination : une règle de procédure directement applicable », *Actualité juridique –Pénal*, n° 3/2007, pp. 130-131.
- SABBAGH D.**, « L'Affirmative action et les aléas de la catégorisation raciale aux États-Unis », *Raisons politiques*, n° 2, 1999, pp. 7-26.
- SABBAGH D.**, « Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls », *Droits*, n° 29, 1<sup>er</sup> juillet 1999, pp. 177-194.
- SABBAGH D.**, « L'affirmative action : effets symboliques et stratégies de présentation », In G. Koubi et G.J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, La Découverte, 2000, pp. 157- 172.
- SABBAGH D.**, « Universités américaines : la fin des préférences raciales ? », *Critique internationale*, octobre 2002, n° 17, pp. 128-186.
- SABBAGH D.**, « Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 29, 1999 (2), pp. 177-194.
- SABBAGH D.**, « Affirmative Action at Sciences Po », *French Politics, Culture, and Society*, 20 (3), automne 2002, pp. 52-64.
- SABBAGH D.**, « Discrimination positive et déségrégation : les catégories opératoires des politiques d'intégration aux États-Unis », *Sociétés contemporaines*, n° 12, 2003, pp. 85-99.
- SABBAGH D.**, « Facteur racial et facteur territorial dans les politiques d'intégration », in Riva Kastoryano (dir.), *Codes de la différence : religion, couleur et origines en France, en Allemagne et aux États-Unis*, Paris, Presses de Sciences Po, 2005, pp. 147-173.
- SABBAGH D.**, « L'itinéraire contemporain de la 'diversité' aux États-Unis : de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, pp. 31-47.
- SABBAGH D.**, « Éléments de réflexion sur la mesure de la « diversité » et des discriminations », octobre 2009, La vie des idées. [www.laviedesidees.fr/Elements-de-reflexion-sur-la.html](http://www.laviedesidees.fr/Elements-de-reflexion-sur-la.html).
- SABBAGH D.**, « Une discrimination positive indirecte ? Les métamorphoses des politiques de promotion de la « diversité » dans l'accès aux établissements d'enseignement supérieurs publics à caractère sélectifs de Californie », *Sociétés contemporaines*, n°79, 2010, pp. 41-67.
- SAGARDOYTHO T.**, « Le droit pénal de la discrimination, un droit à construire », *AJP*, 2008, p. 313.



**SALA PALA V., KULBERG J., TOMLINS R. et HENRY G.**, « Politiques du logement et minorités ethniques dans l'Union européenne », in L. Arnaud (dir.), *Les minorités ethniques dans l'Union européenne*, La Découverte, 2005, pp. 87-111.

**SANTELLI E.**, « Les trajectoires socioprofessionnelles d'une cohorte de jeunes adultes français d'origine maghrébine issus d'un quartier prioritaire de la politique de la ville », Etude pour la DPM, CNRS- Université Lumière Lyon 2, 2003. Synthèse In *Migrations Etudes*, n° 121, mars 2004, pp. 1-11.

**SAUVEZ M.**, « Pour une approche normative de la mixité sociale », *Etudes foncières*, n° 51, juin 1991, pp. 21-28.

**SAVARY N.**, « Les conventions éducation prioritaire (CEP) de Science-Po : de la polémique aux premiers effets », *Esprit*, novembre 2004, p. 44.

**SAVIDAN P.**, « La justification des mixités : un problème politique ou moral ? », *Informations sociales*, juillet 2005, pp. 16-27.

**SCHMID L.**, « Discrimination et action publique : bilan et perspectives (1999-2006) », *Esprit*, février 2006, pp. 104-114.

**SCHMITT M.**, « Une nouvelle approche du principe d'égalité professionnelle : les actions positives selon la CJCE », *Droit ouvrier*, fév. 2001, n° 630, pp. 56-64.

**SCHNAPPER D.**, « Idéal et limites de la mixité sociale. Les arguments du débat public », *Informations sociales*, juillet 2005, pp. 6-15.

**SCHOETTL J-E.**, « La loi pour l'égalité des chances devant le conseil constitutionnel (suite et fin) », *Les Petites affiches*, n° 69, 6 avril 2006, pp 3-15.

**SCHOKKENBROEK J.**, « Renforcement de la protection européenne contre la discrimination : le nouveau protocole n°12 à la Convention européenne des droits de l'Homme », *Actualité et droit international*, octobre 2001, 8 p. (disponible sur [www.ridi.org/adi](http://www.ridi.org/adi)).

**SCHRAMECK O.**, « Droit public et lutte contre le racisme », *LPA*, n° 126, 18 octobre 1993, p. 4

**SCHWEITZER L.**, « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité- Entretien », *En Temps Réel*, Cahier n° 30, décembre 2007, 36 p.

**SEIDEL F.**, « La référence aux droits de l'homme dans les codes d'éthique des entreprises », in M. Borghi, P. Meyer-Bish (eds.), *Ethique économique et droits de l'homme. La Responsabilité commune*, Actes du Xè Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Université de Fribourg, 9-11 janvier 1997, Editions universitaires de Fribourg, 1998, pp. 83-92.

**SELMI M.**, « The value of the EEOC: Reexamining The Agency's Role in Employment Discrimination Law », *Ohio St. Law Journal*, vol. 57, n° 1, 1996, pp. 1-64.

**SELOD H.**, « La mixité sociale : le point de vue des sciences économiques », *Informations sociales*, juillet 2005, pp. 28-35.

**SELOD H.**, « La mixité économique et sociale », in F. Maurel, A. Perrot, J-F. Thisse (dir.), *Ville et économie*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 129-156.

**SEN A.**, « L'idée de l'identité sociale et la justice globale », in J-P Fitoussi et P. Savidan (dir.), *Les inégalités*, Paris, PUF, 2003, pp. 287-306.

**SENGHOR R.**, « Le surgissement d'une 'question noire' en France », *Esprit*, janvier 2006, p. 5.

**SILBERMAN R, FOURNIER I.**, « Jeunes issus de l'immigration, une pénalité à l'embauche qui perdure », *Bref* (lettre mensuelle d'information sur les travaux et les publications du Céreq), n° 226, janvier 2006, 4 p.

**SILHOL B.**, « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », *Dr. social*, novembre 2000, n° 11, pp. 959-963.

**SIMON P.**, « La statistique des origines : « race » et ethnicité dans les recensements aux États-Unis, Canada et Grande-Bretagne », *Sociétés contemporaines*, 1997, n° 26, pp. 11-44.

**SIMON P.**, « Nationalité et origine dans la statistique française : les catégories ambiguës », *Population*, n° 3, 1998, pp. 541-568.

**SIMON P.**, « Les jeunes issus de l'immigration se cachent pour vieillir : représentations sociales et catégories de l'action publique », *Ville-Ecole-Intégration*, 2000 n° 121, pp. 23-38.

**SIMON P.**, « L'impasse de l'analyse statistique dans une France sans 'races' », *Hommes et migrations*, n° 1245, sept-oct 2003, pp. 42- 53.

**SIMON P.**, « Le logement social en France et la gestion des 'populations à risques' », *Hommes et migrations*, n° 1246, nov-déc 2003, pp. 76-91.

**SIMON P.**, « Qu'est-ce qu'une politique de lutte contre les discriminations ? », *Recherches sociales*, n°171, 2004, pp. 6-14.

**SIMON P.**, « La mesure des discriminations raciales: l'usage des statistiques dans les politiques publiques », *Revue internationale des sciences sociales*, n° 183, 2005/1, pp. 13-30.

**SIMON P.**, « La mesure de l'égalité : mixité sociale et discriminations », *Informations sociales*, juillet 2005, n°125, pp. 104-111.

**SIMON P.**, « Statistiques 'ethniques' et lutte contre les discriminations », Actes de la conférence internationale « Statistiques sociales et diversité ethnique. Doit-on compter, comment et à quelles fins ? », CIQSS/INED, Montréal, 6, 7 et 8 décembre 2007, 18 p. ([www.ciqss.umontreal.ca/fr/SSDE/](http://www.ciqss.umontreal.ca/fr/SSDE/))

**SIMON P.**, « L'évaluation des discriminations par la statistique en France », in M. Boucher (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, L'Harmattan, 2001, pp. 491-508.

**SIMON P., CLEMENT M.**, « Rapport de l'enquête « mesure de la diversité ». Une enquête expérimentale pour caractériser l'origine », *Documents de travail de l'INED*, n° 139, 2006, 68 p. + annexes

**SIMON P. et CLEMENT M.**, Comment décrire la diversité des origines en France ? Une enquête exploratoire sur les perceptions des salariés et des étudiants », *Population et Sociétés*, n° 425, juillet-août 2006, 4 p.

**SIMON P et STAVO-DEBAUGE J.**, « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004-1, pp. 57-81.

**SKRENTNY J. D.**, « Egalité devant l'emploi aux USA : une politique frileuse et incohérente », *Hommes et Migrations*, n° 1246, Dossier « France-USA, Agir contre la discrimination, Méthodes et pratiques », novembre-décembre 2003, pp. 28-43.

**SLAMA S.**, « La discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *Actualité juridique de la FP(AJFP)*, n°2003-4, pp. 4-9.

**SLAMA S.**, « toute discrimination entre ressortissants CEE, même indirecte, est interdite », *AJFP*, 2003-2, p. 12.

**SLAMA S.**, « Premier rapport spécial de la HALDE : une mise au pilori bien inoffensive », [www.blogdroitadministratif.net](http://www.blogdroitadministratif.net) , 15 novembre 2006.

**SOULARD C.**, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence de la chambre criminelle », in Cour de cassation, *Rapport 2003, L'égalité*, La documentation française, 2004, pp. 159-171.

**SOUSSE M.**, « Le principe de non-discrimination - Les rapports entre le système européen de protection et le système français », *AJDA*, décembre 1999, pp. 985-991.

**SPIRE A.**, « De l'étranger à l'immigré, la magie sociale d'une catégorie statistique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 129, Seuil, septembre 1999 pp. 50-56.

**SPIRE A.**, « Ambiguïté d'une mesure des origines », *Plein Droit*, n°41-42, avril 1999, pp. 36-39.

**SPIRE A., MERLLIE D.**, « La question des origines dans les statistiques en France. Les enjeux des controverses », *Le Mouvement social*, n° 188, juil-sept. 1999, pp. 119-130.

**STASSE F.**, « Egalité et équité : point de vue des hautes juridictions », in T. Lambert (dir.), *Egalité et équité- Antagonisme ou complémentarité*, Paris, Economica, 1999, p. 29.

**STAVO-DEBAUGE J.**, « Les vices d'une inconséquence conduisant à l'impuissance de la politique française de lutte contre les discriminations, I- Tu ne catégoriseras point ! », *Carnets de Bord* (Genève), n° 6, décembre 2003, pp. 19-36.

**STAVO-DEBAUGE J.**, « Les vices d'une inconséquence conduisant à l'impuissance de la politique française de lutte contre les discriminations, II- Apprêter un chemin au droit afin qu'il puisse exercer son autorité et confectionner des 'catégories' qui autorisent l'action publique », *Carnets de bord*, n° 7, septembre 2004, pp. 32-54.

- STAVO-DEBAUGE J.**, « L'invisibilité du tort et le tort de l'invisibilité », [www.espacestems.net](http://www.espacestems.net), 19 avril 2007, 27 p.
- STAVO-DEBAUGE J.**, « Mobilising Statistical powers for Action against Discrimination: The case of the United Kingdom », *International Social Science Journal*, vol. 57, n° 183, mars 2005, pp 43-53.
- STAVO-DEBAUGE J.**, « Prendre position contre les catégories ethniques. Le sens commun constructiviste, une manière de se figurer un danger », in P. Laborier et D. Trom (dir.), *Historicités de l'action publique*, PUF, 2003, pp. 293-327.
- STAVO-DEBAUGE J.**, « Mobiliser les pouvoirs de la statistique pour l'action anti-discriminatoire : le cas du Royaume-Uni », *Revue internationale des sciences sociales*, 2005/1, n°183, pp. 49-62.
- STEINBERG S.**, « L'essor et le déclin de l'affirmative action aux États-Unis », in M. Martiniello et A. Rea (dir.), *Affirmative Action : des discours, des politiques et des pratiques en débat*, Louvain : Bruylant-Academia, coll. « Carrefours », 2004, pp. 22-37.
- STERNLIGHT J.**, « In search of the best procedure for enforcing employment discrimination laws: a comparative analysis », *Tulane Law Review*, vol. 78, mai 2004, pp. 1401-1499.
- STULZ V.**, « La discrimination à l'embauche », *Semaine sociale Lamy*, n° 1255, 3 avril 2006, pp. 5-9.
- SUBRA P.**, « Heurts et malheurs d'une loi antiségrégation : les enjeux géopolitiques de la loi Solidarité renouvellement urbain (SRU) », *Hérodote*, 2006/3, pp. 138-171.
- SUDRE F.**, « La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen des droits fondamentaux ? », *JCP G*, 1998, Doc. I-100.
- SUDRE F.**, « La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis de l'assemblée du Conseil d'Etat du 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, à l'arrêt de la CEDH du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche* », *RFDA*, 1997, n°5, pp. 966-976.
- SUDRE F.** (dir.), « L'Union européenne et les droits de l'homme », *RAE* 2006-1, pp. 7-109.
- SUDRE F., SURREL H.**, « Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Némésis/Bruylant, 2008, coll. « Droit et justice », n° 81, pp. 25-28.
- SUK J. C.-H.**, « Equal by Comparison: Unsettling Assumptions of Antidiscrimination Law », *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, n° 2, 2007, pp. 295-346.
- SUK J. C.-H.**, « Antidiscrimination Law in the Administrative State », *University of Illinois Law Review*, 2006-2, pp. 405-473.

- SUK J. C.-H.**, « Equal By Comparison ; Unsettling Assumptions of Antidiscrimination Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 55, 2007, pp. 295-345.
- SUK J. C.-H.**, « Procedural Path Dependence: Discrimination and the Civil-Criminal Divide », *Washington University Law Review*, vol. 85, 2008, pp. 1315-1371.
- TAGUIEFF P.-A.**, « Du racisme au mot 'race' : comment les éliminer ? », in *Sans distinctions de ...race*, ouvrage collectif, *Revue « Mots », les langages du politique*, n° 33, décembre 1992, pp. 215-240.
- TANDE A.**, « La notion de discrimination dans les discours de l'action publique en France (1992-2005) », *Informations sociales*, n°148, « Politiques de lutte contre les discriminations », juil-août 2008, pp. 20-31.
- TANTER A., TOUBON J.-C.**, « Mixité sociale et politiques de peuplement : genèse de l'ethnisation des opérations de réhabilitation », *Sociétés Contemporaines*, n° 33-34, 1999, pp. 59-86.
- TAQUET F.**, « Les nouveaux moyens de lutte contre la discrimination », *Gaz. Pal.*, Doct., mars-avril 2002, pp. 345-349.
- TELES S.**, « Positive Action or Affirmative Action ? The Persistence of Britain's Antidiscrimination Regime », in J. Skrentny. (ed.), *Color lines : Affirmative Action, Immigration and Civil Rights Options for America*, Chicago, The University of Chicago Press, 2001, pp. 241-269.
- THELOT C., EURIAT M.**, « Le recrutement social de l'élite scolaire en France. Evolution des inégalités de 1950 à 1990 », *Revue française de sociologie*, 1995, Volume 36, n°3, pp. 403-438.
- THISSE J.-F., WASMER E. et ZENOU Y.**, « Ségrégation urbaine, logement et marchés du travail », *Working paper*, Dijon, Centre d'économie et de sociologie appliquées à l'agriculture et aux espaces ruraux (CASAER), 2003/1, 26 p.
- TISSOT S.**, « Une 'discrimination informelle'. Usages du concept de mixité sociale dans la gestion des attributions de logements HLM », *Actes de la recherche en sciences sociales*, « Politique des espaces urbains », n°159, p. 54-69.
- TOBLER C.** « Positive Action under the Revised Second Equal Treatment Directive », in *L'égalité entre les hommes et les femmes et la vie professionnelle - le point sur les développements actuels en Europe*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 59-92.
- TODOROV T.**, « Du culte de la différence à la sacralisation de la victime », *Esprit*, n° 212, juin 1995, pp. 90-102.
- TOUBON J.-C.**, « Le logement des minorités : accès au logement social et recherche de la diversité », in J.L. Rallu, Y. Courbage et V. Piché, *Anciennes et nouvelles minorités*, John Libbè-INED, 1997, pp. 269-284.

- TOUBON J.-C.**, « Du droit au logement à la recherche de la diversité », *Hommes et Migrations*, n° 1151-1152, février-mars 1992, p. 79.
- TOUBON J.-C.**, « L'attribution des logements sociaux », *Migrations-Sociétés*, 1998, vol. 10, n°60, pp. 65-82-
- TOURREIL J.-E.**, « La demande d'indemnisation d'un salarié victime de discrimination à l'embauche relève des prud'hommes », *Jurisprudence sociale Lamy*, n° 205, 13 février 2007, pp. 16-18.
- TRIBALAT M.**, « A propos des catégories ethniques, réponse à Maryse Tripier », *Hommes et Migrations*, n°1221, sept-oct 1999, pp. 85-91.
- TRIBALAT M.**, « Une estimation des populations d'origine étrangère en France en 1999 », *Population*, 2004, n° 1, pp. 51-82.
- TRIBALAT M.**, « La lutte contre les discriminations en France, l'apport de l'expérience américaine en matière d'emploi », *Futuribles*, n° 304, 2005, pp. 17-37.
- TRIBALAT M.**, « Le fiasco des politiques volontaristes de mixité ethnique : l'exemple de la réhabilitation des Chamards à Dreux », *Populations et défis urbains*, chaire Quételet, 26-29 oct. 1999, Institut de démographie, UCL, Louvain-la-neuve.
- TRIPIER M.**, « De l'usage de statistiques 'ethniques' », *Hommes et Migrations*, n° 1219, 1999, p. 27.
- TROPER M.**, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales Histories, Sciences sociales*, 54 (6), nov-déc 1999.
- TURNER M., WOLMAN H.**, « Processus et politique de ségrégation raciale aux Etats-Unis », *Hérodote*, 2006/3, n° 122, pp. 44-65.
- TYSON A.**, « The Negotiation of the European Directive on Racial Discrimination », *European Journal of Migration and Law*, 2001, n° 3, pp. 199-211.
- VALENTIN-MARIE C.**, « Enjeux actuels de la lutte contre les discriminations en France », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, 2003, pp. 125-139.
- VAN DER PLANCKE V.**, « Les tribulations du testing en Belgique : quels enseignements ? », *Horizons stratégiques*, n°5, juillet 2007, pp. 40-59.
- VAN PARIJS P.**, « Quand les inégalités sont-elles justes ? », in Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur le principe d'égalité*, EDCE n° 48, La Documentation française, 1997, pp. 465-476.
- VAN ZANTEN A.**, « L'ouverture sociale des grandes écoles : diversification des élites ou renouveau des politiques publiques d'éducation ? », *Sociétés contemporaines*, n° 79, 2010/3, pp. 69-95.
- VERKINDT P.-Y.**, « Regards sur la discrimination syndicale », *JSL*, 2005, n° 173, p. 1.

- VERKINDT P.-Y.**, « Les discriminations dans les politiques de l'emploi », *Informations sociales*, n°148, juil-août 2008, pp. 96-105.
- VERPEAUX M.**, « Des jurisprudences classiques au service de la prudence du juge. A propos de la décision n°2007-557 DC du 15 novembre 2007 », *JCP G*, pp. 20-24.
- VEILLARD-BARON H.**, « 'Ghettos' dans les banlieues », *Etudes*, septembre 1991, pp. 179-190.
- VEILLARD-BARON H.**, « Le risque du ghetto », *Esprit*, février 1991, pp. 14-22.
- VEILLARD-BARON H.**, « Des banlieues françaises aux périphéries américaines : du mythe à l'impossible confrontation », *Hérodote*, 2006/3, n° 122, pp. 10-24.
- VIZKELETY B.**, « La législation relative à la discrimination : une perspective canadienne », in Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, n° 6-7, octobre 2008, pp. 25-35.
- VOURC'H F., DE RUDDER V.**, « Positions libérales, positions radicales dans la lutte contre les inégalités racistes », *Cahiers de l'Urmis*, n° 10-11, décembre 2006, 14 p.
- VROOM C.**, « Principe d'égalité et « affirmative action » aux Etats-Unis, À propos de l'arrêt de la Cour suprême *Adarand Construction v. Pena Secretary of Transportation* », *RFDC*, 1995, vol. 24, pp. 805-822.
- VUILLET-TAVERNIER S.**, « Après la loi du 6 août 2004 : nouvelle loi « informatique et libertés », nouvelle CNIL ? », *Droit social*, décembre 2004, n° 12, pp. 1055-1065.
- WACQUANT L.**, « Pour en finir avec le mythe des 'cités-ghettos', les différences entre la France et les Etats-Unis », *Les annales de la recherche urbaines*, n° 54, novembre 1992, pp. 21-30
- WACQUANT L.**, « Banlieues françaises et ghetto noir américain : de l'amalgame à la comparaison », *French Politics and Society*, vol. 10, 4, 1992/09. - pp. 81-103.
- WACQUANT L.**, « Quand ghetto et prison se ressemblent et s'assemblent », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°139, 2001, pp. 31-52
- WACQUANT L.**, « les deux visages du ghetto », *Actes de la recherche en sciences sociales*, « *Figures du ghetto* », n° 160, 2005/5, pp.4-21.
- WACQUANT L.**, « Une ville noire dans la blanche », *Actes de la recherche en sciences sociales*, « *Figures du ghetto* », n°160, 2005/5, pp. 22-31.
- WACQUET P.**, « Retour sur l'arrêt *Ponsolle* », *RDT*, 2008, p. 22.
- WALZER M.**, « Individus et communautés », *Esprit*, n°212, juin 1995, pp 103-113
- WEIR M.**, « Ségrégation géographique et création de l'exclusion sociale aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne », in J. Affichard et J.-B. de Foucauld, *Pluralisme et équité*, 1995, Ed. Esprit, pp. 207-231.
- WESTEN P.**, « The Empty Idea of Equality », *Harvard Law Review*, 1998, vol. 1-3, p. 563.

- WIEVIORKA M.**, « Faut-il en finir avec l'intégration ? », *Cahiers de la sécurité intérieure*, vol. 45, 2001, pp. 9-20.
- WIHTOL DE WENDEN C.**, « La police française face aux discriminations », *Hommes et Migrations*, n° 1246, Dossier « France-USA, Agir contre la discrimination, Méthodes et pratiques », novembre-décembre 2003, pp. 64-70.
- WIHTOL DE WENDEN C.**, « Etude sur la part des discriminations dans les manquements à la déontologie », in Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2004*, Paris, La Documentation française, 2005, pp. 491-523.
- WILLMANN C.**, « Définir la 'race' et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise », *Droit social*, n° 9-10, sept-oct. 2007, pp. 936-950.
- WOEHLING José, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *Revue de droit de Mc Gill (Canada)*, vol. 43, n°2, 1998, pp. 325-401.
- WOEHLING J.-M.**, « Le droit français de la lutte contre les discriminations à la lumière du droit comparé », *Informations sociales*, n° 148, juil-août 2008, pp. 58-71.
- WUHL S.**, « La 'discrimination positive' à la française », *Informations sociales*, n° 148, juil-août 2008, pp. 84-93.
- ZAKINE I.**, « La preuve de la discrimination », Colloque de l'ENM et de l'AFDT du 18 novembre 1994, La Discrimination en droit du travail, *Liaisons sociales*, n°7167, 19 décembre 1994, p. 7.
- ZARCA A.**, « L'inapplicabilité du principe d'égalité entre fonctionnaires de corps différents : une pétition de principe discutable », *AJFP*, 2005, p. 10.
- ZARCA A.**, « Force normative, force normatrice ? A propos des interprétations impératives contenues dans les recommandations de la HALDE », in C. Thibierge et alii., *La force normative*, LGDJ-Bruylant, 2009, pp. 459-476.



## **Rapports et études**

**ADIDA C., LAITIN D., VALFORT M.-A.**, *Les Français musulmans sont-ils discriminés dans leur propre pays ? Une étude expérimentale sur le marché du travail*, French-American Foundation, Sciences-Po, 2010, 20 p.

**ACADIE**, *La mise en œuvre locale du 114- Etude qualitative*, Paris, Ministère de l'emploi et de la solidarité (DPM), février 2001, tome 1 : études de cas, 82 p

**ACADIE**, *La mise en œuvre locale du 114- Etude qualitative*, Paris, Ministère de l'emploi et de la solidarité (DPM), février 2001, tome 2 : Modes d'organisation locaux des CODAC, 56 p.

**Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne**, *Contrôle de police et minorités*, 2010, 17 p.

**Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne**, *Pour des pratiques de police plus efficaces. Guide pour comprendre et prévenir le profilage ethnique discriminatoire*, Luxembourg, OPUE, 2010, 80 p.

**AMADIEU J.-F.**, *Enquête testing sur CV*, Université de Paris I, Adia/Observatoire des discriminations, avril-mai 2004, 11 p.

**AMADIEU J.-F.**, *Les élus issus de l'immigration dans les conseils municipaux (20001-2008)*, Haut conseil à l'intégration, Premier ministre, 2009, 37 p

**BADINTER et alii**, Rapport de la Commission alternative de réflexion sur les « Statistiques ethniques » et les discriminations (CARSED), *Rapport : Le retour de la race. Contre les statistiques ethniques*, Paris, Ed. L'aube, 2009, 233 p.

**BAIETTO-BESSON S., BOUTIN J., MILOS**, *Rapport public 2005 de la Mission interministérielle d'inspection du logement social*, Paris, La documentation française, 2006, 63 p.

**BEAUCHEMIN C., HAMEL C., SIMON P.** (eds.), *Enquête « Trajectoires et origines : la diversité des populations en France »*, Premiers résultats, Documents de travail de l'INED, n°168, 2010, 154 p.

**BEBEAR C.**, *Des entreprises aux couleurs de la France. Minorités visibles : relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration dans l'entreprise*, Rapport pour le Premier ministre, La Documentation française, 2005, 42 p. + annexes (soit 144 p.)

**BEGAG A.**, *La République à ciel ouvert*, Rapport pour le ministre de l'Intérieur, de la sécurité et des libertés locales, Paris, La Documentation française, 2004, 59 p.

**BEHAGHEL L., CREPON B., LE BARBANCHON T.**, *Evaluation de l'impact du CV anonyme*, Rapport final, mars 2011, 93 p.

**BELORGEY J.-M.**, *Lutter contre les discriminations : stratégies normatives et institutionnelles*, Rapport à Mme la ministre de l'Emploi et de la solidarité, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, 2001 [mars 1999], 75 p.

**BELL M.**, *La politique de l'Union européenne contre la discrimination : de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes à la lutte contre le racisme*, Document de travail, Parlement européen, PE 167.154, 1997, 14 p.

**BENABOU R., KRAMARZ F. et PROST C.** « Zones d'éducation prioritaire : quels moyens pour quels résultats ? », *Économie et statistiques*, n° 380, 2004, pp. 3-34.

**BERTOSSI C.**, « Les modèles d'intégration en France et en Grande-Bretagne. Philosophies, politiques et institutions publiques », Working Paper n° 07-46, University of Oxford, Centre on Migration Policy and Society (COMPAS), 15 mars 2007, 44 p.

**B.I.T.**, *L'heure de l'égalité au travail*, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail I (B), Genève, 2003, 149 p.

**BLIVET L.**, *L'entreprise et l'égalité positive*, Institut Montaigne, octobre 2004, 149 p.

**BONDAZ M., DE COUSTIN H., PREVOT M.**, *Rapport d'évaluation sur le dispositif d'enregistrement départemental unique des demandes de logements sociaux*, Ministère de l'Intérieur (Inspection générale de l'administration), Ministère des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer (Conseil général des ponts et chaussées), Paris, La Documentation française, juin 2006, 191 p.

**BOSSUYT B.**, Rapporteur spécial, en application de la résolution 1998/5 de la Sous-Commission, *Prévention de la discrimination. La notion d'action positive et son application pratique*, ONU, Conseil économique et social, Commission de la promotion et de la protection des Droits de l'Homme, 2 juin 2002, 41 p.

**BROUILLET J.**, *Comment prévenir la discrimination à l'emploi ? Guide pratique pour réussir la diversité culturelle en entreprise*, Vernouillet : Maghreb Ressources Humaines, 1999, 93 p.

**Cabinet ARGOS-Direction départementale de l'équipement 34 (Hérault)**, *Rapport final : Promotion de l'égalité de traitement dans l'accès au logement social*, 6 juillet 2007, 78 p.

**CALVES G.**, *Renouvellement démographique de la Fonction publique de l'Etat : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, Direction générale de l'administration et de la fonction publique, La Documentation française, Coll. « Perspectives », février 2005, 76 p.

**CAVALIER G.**, *Rapport du groupe de travail : Discriminations dans l'accès au logement*, Conseil National de l'Habitat, mars 2005, 44 p.

**Centre d'analyse stratégique (CAS)**, *Actes du Colloque « Statistiques 'ethniques' »* (19 octobre 2006 à Paris), 2 novembre 2006, 65 p.

**CEDIEY E., FORONI F. (ISM-Corum)**, *Un diagnostic partagé sur les discriminations liées à l'origine et au sexe, Résultats d'une recherche-action au sein du groupe Casino*, juin 2005, 100 p.

**CEDIEY E., FORONI F. (ISM-Corum)**, *Les travaux du projet Averroes au Club méditerranée. Un diagnostic partagé contre les risques discriminatoires*, 2009, 89 p.

**CHIGNIER RIBOULON F. (dir.)**, *Les discriminations quant à l'accès au logement locatif privé des catégories sociales moyennes étrangères ou perçues comme étrangères- Etude à partir des quartiers lyonnais et parisiens*, Etude pour le FASILD, juillet 2003, 155 p.

**CHRIQUI V.**, *La promotion de la diversité dans les entreprises : les meilleures expériences en France et à l'étranger*, Rapport remis à M. E. Besson, ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire le 13 juillet 2010, 125 p.

**Commission européenne**, Direction générale de l'emploi et des affaires sociales, édités au Luxembourg :

- *Rapport annuel sur l'égalité et l'anti-discrimination 2003- Vers la diversité*, Luxembourg, OPOCE, juillet 2003, 32 p.
- *Égalité, diversité, élargissement*, OPOCE, 2003, 121 p.
- *Coûts et avantages de la diversité*, Rapport de synthèse de l'étude des méthodes et indicateurs de mesure du rapport coût-efficacité des politiques de promotion de la diversité dans les entreprises, OPOCE, octobre 2003, 21 p.
- *Égalité et non-discrimination. Rapport annuel 2004*, OPOCE, 2004, 36 p.
- « Livre vert » sur l'égalité et la non-discrimination dans l'Union européenne élargie, Luxembourg, mai 2004, COM (2004)379 final.
- - *L'égalité des droits dans la pratique. Les acteurs clés en 2005 - Accès à la justice*, OPOCE, 2005, 27 p.
- *Égalité et non-discrimination*, Rapport annuel 2005, OPOCE, mai 2005, 40 p.
- *Le cas commercial en faveur de la diversité. Bonnes pratiques en milieu de travail*, OPOCE, septembre 2005, 62 p.
- *La diversité au travail. Huit étapes pour les petites et moyennes entreprises*, OPOCE, 2006, 20 p.
- *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne*, OPOCE, 2006, 49 p.
- *Le programme de l'UE pour l'emploi et la solidarité sociale (2007-2013). Permettre à la Communauté de soutenir les États membres dans leur engagement à créer des emplois plus nombreux et de meilleure qualité, ainsi qu'à garantir l'égalité des chances pour tous*, 2007, 16 p.

- *La lutte contre la discrimination et la promotion de l'égalité. Comment mesurer les avancées réalisées ?*, Rapport final, Groupe BPI, janvier 2008, 122 p. (Dahan J., Stavo-Debauge J., Thomas-Hislaire D.)

- *Continuer dans la voie de la diversité. Les pratiques, les perspectives et les avantages pour l'entreprise*, OPOCE, 2009, 61 p.

**Commission européenne/PLS Ramboll Management**, *Promouvoir la diversité : 21 organismes pour promouvoir l'égalité et combattre la discrimination dans l'Union européenne*, Luxembourg, OPOCE, mai 2002, 22 p.

**Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI)**, *Approche pays par pays de l'ECRI : Rapport sur la France*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 15 juin 1998, 16 p.

**Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI)**, *Second rapport sur la France*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 27 juin 2000, 28 p.

**Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI)**, *3è rapport sur la France*, adopté le 25 juin 2004, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 15 février 2005, 52 p.

**Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) :**

- *La lutte contre le racisme et la xénophobie –Rapport au Premier ministre pour 1989*, Paris, La Documentation française, 1990.

- *La lutte contre le racisme et la xénophobie –Rapport d'activité pour 1990*, Paris, La Documentation française, 1991.

- *La lutte contre le racisme et la xénophobie –Rapport d'activité pour 1997*, Paris, La Documentation française, 1998, 378 p. (Dossier « les discriminations sur les lieux de travail et à l'embauche »)

- *La lutte contre le racisme et la xénophobie –Rapport d'activité pour 1999*, La Documentation française, 2000, 415 p.

- *La lutte contre le racisme et la xénophobie –Rapport d'activité pour 2001*, La Documentation française, 2002, 511 p.

- *La lutte contre le racisme et la xénophobie –Rapport d'activité pour 2002*, La Documentation française, 2003, 617 p.

- *La lutte contre le racisme et la xénophobie –Rapport d'activité pour 2004*, La Documentation française, 2005, 856 p.

- *La lutte contre le racisme et la xénophobie –Rapport d'activité pour 2005*, La Documentation française, 2006, 371 p.

- *La lutte contre le racisme et la xénophobie –Rapport d'activité pour 2006*, La Documentation française, 2007, 300 p.

- *Étude et propositions sur la situation des Roms et des gens du voyage*, texte adopté en assemblée plénière le 7 février 2008, 66 p. -

- *Rapport d'activité 2010*, La Documentation française, 2011, 201 p.

**Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS)**, *Rapport 2004*, Paris, La Documentation française, 2005, la Documentation française, 2005, 535 p.

**Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS)**, *Rapport 2005*, Paris, La Documentation française, 2006, 505 p.

**Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS)**, *Rapport 2006*, Paris, La Documentation française, 2007, 627 p.

**Commission nationale Informatique et Libertés (CNIL)**, *Auditions réalisées par le groupe de travail sur la mesure de la diversité du 2 novembre 2006 au 1<sup>er</sup> février 2007*, *Compte-rendu*, Mai 2007, 146 p.

**Conseil d'Analyse de la société (CAS)**, *Pour une société de la nouvelle chance. Une approche républicaine de la discrimination positive*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 2005, 328 p.

**Conseil d'État**, *Rapport public 2000 sur les autorités administratives indépendantes*, E.D.C.E., n°52, Paris, La Documentation française, 2001, 470p.

**Conseil d'État**, *Sur le principe d'égalité, Extraits du rapport public 1996*, La Documentation française, Paris, 1998, 245 p.

**Conseil de l'Europe**, Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes, cadre conceptuel, méthodologie et bonnes pratiques*, 25 février 1998, Strasbourg, éditions du Conseil de l'Europe, 1999, 92 p.

**Conseil national du Barreau (CNB)**, *Etat des lieux de la discrimination*, Actes du Colloque organisé en partenariat avec la HALDE, Paris, 12 décembre 2005, 47 p.

**Conseil national du Barreau (CNB)**, *Les nouveaux pouvoirs de la HALDE et l'exercice des droits de la défense*, Actes du Colloque organisé en partenariat avec la HALDE, Paris, 12 octobre 2006, 46 p.

**Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)**, *Représentation de la diversité de la société française à la télévision*, Rapport au Parlement, avril 2010, 33 p.

**Cour de cassation**, *Rapport annuel 2008*, (troisième partie : Etude : Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation), La Documentation française, 2009, 482 p.

**Cour des comptes**, *La politique de la ville*, Rapport au président de la République suivi des réponses des administrations et organisations intéressées, février 2002, 334 p.

**Cour des comptes**, *L'accueil des immigrants et l'intégration des populations issues de l'immigration*, Rapport public particulier, La documentation française, 2004, 389 p. + annexes

**CUSSET P.-Y.**, « Les statistiques ethniques en France : où en sommes nous ? », Centre d'Analyse stratégiques, *La note de Veille*, n°22, 31 juillet 2006, pp. 1-4

**CUSSET P.-Y.**, « Les statistiques 'ethniques' : premiers éléments de cadrage », centre d'analyse stratégique, juin 2006, 28 p.

**DARES**, *La lutte contre les discriminations : initiatives publiques et pratiques d'entreprises*, Actes du colloque organisé par la DARES le 9 décembre 2004 à Paris, 51 p.

**DEBET A.** (CNIL), Mesure de la diversité et protection des origines, Rapport présenté en séance plénière de la CNIL le 15 mai 2007, 41 p.

**DELEVOYE J.-P.**, *Cohésion sociale et territoires*, Rapport du commissariat général du plan, La Documentation française, janvier 1997, 220 p.

**DELOITTE Secteur public**, *La promotion de la diversité dans les entreprises. Les meilleures expériences en France et à l'étranger*, Rapport commandé par le Centre d'analyse stratégique, juin 2010, 125 p.

**DE RUDDER V., TRIPIER M., VOUR'CH F., SIMON V.**, *La Prévention du racisme dans l'entreprise en France*, Rapport d'Etude pour la Fondation européenne pour l'amélioration de vie et du travail, URMIS, juin 1994, 75 p.

**DE RUDDER V., POIRET C., VOUR'CH F.**, *La prévention de la discrimination raciale, de la xénophobie, et la promotion de l'égalité de traitement dans l'entreprise : une étude de cas en France*, Rapport d'étude pour Fondation européenne pour l'amélioration de vie et du travail, mars 1997, 65 p.

**DE SCHUTTER O.** (pour la Commission européenne), *L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'Homme*, Luxembourg, OPOCE, 2005, 58 p.

**DE SCHUTTER O.**, *Thematic EU/International Legal Study on impact of the Race Equality Directive*, Fundamental Rights Agency, 30 avril 2009, 55 p.

**DESFORGES C., de CHALVRON J.-G.**, *Rapport de la mission préparatoire au réexamen général du contenu des concours d'accès à la fonction publique*, ministère du Budget, des comptes publics et de la fonction publique et secrétariat d'Etat à la Fonction publique, janvier 2008, 49 p.

**DHUME F., DUKIC S., CHAUVEL S., PERROT P.**, *Orientation scolaire et discrimination. De l'(in)égalité de traitement selon l'origine*, HALDE, La Documentation française, coll. Etudes et recherches, 2011, 288 p.

**DIV/ DPM/ DGEFP/ FAS**, *Guide pratique : Lutter contre les discriminations raciales sur le marché du travail, Contrats de ville du XII<sup>e</sup> Plan*, volume 1, Paris, Editions de la DIV, juillet 2000, 73 p.

**DIV/ DPM/ DGEFP/ FAS**, *Guide pratique : Lutter contre les discriminations raciales sur le marché du travail, Contrats de ville du XIII<sup>e</sup> Plan*, volume 2, Paris, Editions de la DIV, septembre 2000, 90 p.

**DIV, FASILD**, *Agir contre les discriminations dans les zones urbaines sensibles. L'apport des plans territoriaux de prévention et de lutte contre la discrimination sur le marché du travail 2001-2006*, juillet 2006, 168 p.

**DREES MIRE, HALDE**, *Mieux connaître pour mieux combattre. Les discriminations à l'épreuve des savoirs et des pratiques*, Colloque du 2 décembre 2009, Bibliothèque Nationale de France, Paris, 2010, 72 p.

**DUGUET E., LEANDRI N., L'HORTY Y., PETIT P.**, *Discriminations à l'embauche. Un testing sur les jeunes des banlieues d'Ile-de-France*, enquête pour le Centre d'analyse stratégique (CAS), Rapports et documents, 2007, 29 p.

**DUPREZ D. et PINET M.**, *Du genre et des origines. Le recrutement des policiers et des médiateurs*, Laboratoire européen associé (LEA), La Documentation française, janvier 2003, 256 p.

**EBERHARD M., MEURS D., SIMON P.**, *Construction d'une méthodologie d'observation de l'accès et du déroulement de carrière des générations issues de l'immigration dans la fonction publique*, Note de synthèse, INED, 24 décembre 2008, 15 p.

**ELYAZAMI D., SCHWARTZ R., ZEGGAR H.**, *Rapport pour la création d'un centre national de l'histoire et des cultures de l'immigration*, Paris, Premier ministre, La documentation française, 2001, 62 p.

**Égalité des droits et des chances, participation et citoyenneté des personnes handicapées**, *Aux sources de la loi n°1960*, Direction des journaux officiels, La Documentation française, 2006, 798 p.

**EUMC :**

- *Diversité et égalité pour l'Europe, Rapport annuel 2000*, Luxembourg, OPOCE, novembre 2001, 146 p.

- *Diversité et égalité pour l'Europe, Rapport annuel 2001*, Luxembourg, OPOCE, 2002, 127 p.

- *Activités de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes –Rapport annuel 2002*, Luxembourg, OPOCE, 2003, 51 p.

- *Racisme et diversité culturelle dans les médias*, Etat des lieux de la recherche et exemple de bonnes pratiques dans les Etats membres 1995-2000, Luxembourg, OPOCE, 2002, 220 p.

- *Migrants, Minorities and Employment: Exclusion, Discrimination and Anti-discrimination in the 15 Member States of the European Union*, Luxembourg, OPOCE, 2003, 123 p.

**FASILD**, « les discriminations des jeunes d'origine étrangère dans l'accès à l'emploi et l'accès au logement », La Documentation française, 2003, 248 p.

**FAUROUX R.**, *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, Paris, ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, 2005, 50 p.

**FITOUSSI J-F., LAURENT E. et MAURICE J.**, *Ségrégation urbaine et intégration sociale - Rapport du Conseil d'Analyse Economique*, La Documentation Française, 2004, 328 p.

**FOUGERE D., POUGET J.**, *L'emploi public s'est-il diversifié ? Sexe, niveau d'étude, origine sociale et origine nationale des salariés de la fonction publique et des collectivités territoriales* », Ministère de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, décembre 2004, 60 p.

**FRISON-ROCHE M.-A.**, « Etude dressant un bilan des Autorités administratives indépendantes », in Office parlementaire d'évaluation de la législation, Patrice Gélard, *Rapport sur les Autorités administratives indépendantes*, Sénat n°404 et A.N. n°3166, 15 juin 2006, tome 2, pp. 2-160.

**GELARD P.** (sénateur), *Rapport sur les Autorités administratives indépendantes*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Sénat n° 404 et A.N. n° 3166, 15 juin 2006, tome 1, 138 p.

**GELD**, *Une forme méconnue de discrimination : les emplois fermés aux étrangers*, Note n°1, Mars 2000, 34 p.

**GELD**, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, Note n°2, La Documentation française octobre 2000, 80 p.

**GELD**, *Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social*, Note n°3, mai 2001, 83 p.

**GEISS R. et KESSLASSY E.**, *Ouvrir les grandes écoles à la diversité*, Institut Montaigne, janvier 2006, 86 p.

**GISTI**, *Le contrôle d'identité des étrangers*, Note pratique, mai 2003, 32 p.

**GORGEON C., AMAOUCHE M-D., AUDEBRAND E. et BARILERO B.** (Acadie), « La mise en œuvre locale du 114 », *Migrations Etudes*, n° 99, mai-juin 2001, 16 p.

**GORIS I., JOBARD F., LEVY R.**, *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, NY, Open Society Institute, 2009, 80 p.

#### **HALDE :**

- *Rapport annuel 2005*, La Documentation française, avril 2006, 100 p.

- *Rapport annuel 2006*, La Documentation française, avril 2007, 232 p.



- *Rapport annuel 2007*, La documentation française, avril 2008, 184 p.
- *Rapport annuel 2008*, La Documentation française, avril 2009, 88 p.
- *Rapport annuel 2009*, La Documentation française, mars 2010, 74 p.
- *Rapport annuel 2010*, La Documentation française, mars 2011, 89 p.
- *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les entreprises à la HALDE ?*, septembre 2006, 96 p.
- *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les grandes villes et agglomérations à la HALDE ?*, 2007, 22 p.
- *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines. Que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?*, mai 2009, 90 p.
- *Bilan de la politique de gestion des ressources humaines menées par les sociétés nationales de programme afin de lutter contre les discriminations et de mieux refléter la diversité de la société française*, Rapport établi en application de l'art. 2 de la loi n°2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, décembre 2009, 196 p.
- *Des pratiques pour l'égalité des chances : que répondent les entreprises à la HALDE?*, n° 4, 2010, 140 p.
- Direction des affaires juridiques, *Emploi public. Délibérations 2005-2010*, janvier 2011, 85 p.

**HALDE/OIT**, *Perceptions des discriminations au travail : regards croisés salariés du privé et agents de la fonction publique*, Synthèse de l'institut CSA, Baromètre 4<sup>e</sup> édition, décembre 2010, 23 p.

**HALDE/Union sociale pour l'habitat**, *Elaborer des procédures de gestion de la demande et des attributions des logements sociaux*, *Cahiers d'actualités Habitat*, n°134, août 2010, 130 p.

**HAMILTON-KRIEGER L.**, *Un problème de catégories : stéréotypes et lutte contre les discriminations*, SciencesPo, French-American Foundation, avril 2008, 20 p.

**Haut Conseil à l'Intégration (HCI) :**

- *Pour un modèle français d'intégration- premier rapport annuel au Premier ministre*, Paris, la Documentation française, 1991, 185 p.
- *Affaiblissement du lien social, enfermement dans les particularismes et intégration dans la cité*, Rapport au Premier ministre, La Documentation Française, Coll. « Les Rapports officiels », juin 1997, 120 p.
- *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité*, Rapport au Premier ministre, La Documentation Française, Coll. « Les Rapports officiels », 1998, 119 p.

- *L'Islam dans la République*, Rapport au Premier ministre, Paris, la Documentation française, 2000, 204 p.
- *Les parcours d'intégration*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 2001, 156 p.
- *Le contrat et l'intégration*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 2004, 163 p.
- *Le bilan de la politique d'intégration 2002-2005 –Rapport au Premier ministre*, Paris, La Documentation française, 2006, 328 p.
- *Analyse comparative de différents modèles d'intégration en Europe*, Avis à M. le Premier Ministre, Paris, décembre 2006, 199 p.
- *Les indicateurs de l'intégration. Statistiques ethniques, enquêtes sur les patronymes, mesure de la diversité, baromètre de l'intégration*, Avis à M. le Premier Ministre, Paris, 9 janvier 2007, 58 p.

**HEBRARD J.**, *La mixité sociale à l'école et au collège*, Rapport à Monsieur le ministre de l'Education nationale, mars 2002, 56 p. A lire sur <http://www.education.gouv.fr/rapport/hebrard.pdf>

**HERAN F.**, **Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations (COMEDD)**, *Inégalités et discriminations. Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, Rapport au Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances, Premier ministre, 5 février 2010., 272 p.

**HOLTMAAT**, *Les catalyseurs du changement ? Les organismes de promotion de l'égalité aux termes de la directive 2000/43/CE*, Rapport du réseau européen des organismes de promotion de l'égalité, Equinet, 2007, 85 p.

**HOUTZAGER D.**, *Perspectives en mutation : le renversement de la charge de la preuve dans les procès pour discrimination raciale*, Bruxelles, ENAR, juin 2006, 31 p.

**HUËT R.**, **CANTRELLE M.**, *Gouvernance et acteurs privés : le cas de la lutte contre les discriminations au travail*, Développement durable et territoires, 3 mars 2006, <http://developpementdurable.revues.org/index1880.html> , 20 p.

**IGAS/IGA**, *Bilan du fonctionnement des Commissions d'accès à la citoyenneté*, décembre 2000

**IMS-Entreprendre pour la cité**, *Non-discrimination et gestion de la diversité*, décembre 2004, 15 p.

**IMS-Entreprendre pour la Cité**, *Gestion de la diversité en entreprise. Des outils statistiques pour mesurer la diversité des origines*, Compte-rendu des débats du 28 avril 2005, Paris, 26 p.

**KACHOUKH F., MAGUER A., MARNAS A.,** *La discrimination multicritère à l'encontre des femmes immigrées ou issues de l'immigration sur le marché du travail*, HALDE, mars 2011, 209 p.

**KEIL M.** et alii, *Manuel de formation pour le management de la diversité*, International Society for Diversity Management, Commission européenne, septembre 2007, 44 p.

**KIRSZBAUM T.,** *Le traitement préférentiel des quartiers pauvres. La discrimination positive territoriale dans les Grands Projets de Ville au miroir de l'expérience américaine des Empowerment Zones*, Etude réalisée pour le compte du FASILD et du PUCA, Paris, CEDOV, décembre 2002, 210 p.

**KIRSZBAUM T.,** *Mixité sociale dans l'habitat, Revue de la littérature dans une perspective comparative*, Paris, HALDE, Etudes et recherches, La Documentation française, 2008.

**LAMAR D.** (dir.), *L'insertion professionnelle des jeunes diplômés issus de l'immigration: diagnostic d'aide à la décision de la direction de l'AFIJ*, AFIJ (Association pour faciliter l'insertion professionnelle des jeunes diplômés), 14 décembre 1999, 88 p (+ annexes)

**LANQUETIN M-T.,** *La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique -Approche juridique*, association ADRESSE, Etude pour le FASILD, 2002, 2 t., 85 p. et 30 p.

**LANQUETIN M-T.,** *Le droit au recours dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, Paris, GELD, Note n°2, octobre 2000, 80 p.

**LANQUETIN M-T., GREVY M.,** *Premier bilan de la mise en oeuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, Rapport pour le ministère de l'Emploi et de la cohésion sociale (DPM/A.F.E.M.), Paris, décembre 2005, 113 p.

**LAPEYRONIE D.,** *Ghetto urbain*, Demain la ville, dossier n°4, Secrétariat général du comité interministériel des villes, mai 2009, 22 p.

**LATRAVERSE. S.,** *Report Country France, Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/Ec and 2000/78/EC for the European Network of Legal Experts in the nondiscrimination field*, Bruxelles, Migration Policy group, janvier 2007, 79 p

**LICRA, MRAP,** *Le racisme en justice ou le racisme dans la jurisprudence 1972-1989*, Paris, 1989, 83 p.

**LORCERIE F., GEISSER V.,** *Les marseillais musulmans*, septembre 2011, USA, NY, Fondation Open Society, 314 p.

**McPHERSON OF CLUNY W.,** *The Stephen Lawrence Inquiry : Report of an Inquiry*, London : The Stationery Office, 1999, 2 vol., 340 p.

**MAGUIER A. (ISM-CORUM), BARON J. (CNRS),** *Les difficultés d'accès et de maintien dans un logement des jeunes issus de l'immigration*, Etude pour le FASILD, 2002.

**MEHAIGNERIE L, SABEG Y.**, *Les oubliés de l'égalité des chances*, Paris, Institut Montaigne, janvier 2004, 225 p.

**MEKACHERA H. et GAEREMYNCK J.**, *Pour une relance de la politique de l'intégration*, Rapport présenté à M. le ministre délégué à la ville et à l'intégration, Paris, Ministère de l'aménagement du territoire, de la ville et de l'intégration, La Documentation française, 1996, 20 p.

**MERMAZ L., FLOCH J.**, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises*, Paris, Assemblée nationale, 11<sup>e</sup> législature, n°2521, tomes 1 et 2, 2000, 893 p.

**MEURS D, PAILHE A., SIMON P.**, « Mobilité intergénérationnelle et persistance des inégalités. L'accès à l'emploi des immigrés et de leurs descendants en France », INED, *Documents de travail*, n°130, 2005, 27 p.

**Novethic**, *À la recherche de la diversité dans les rapports du CAC 40 : diversité et non-discrimination dans le reporting développement durable des entreprises du CAC 40*, décembre 2005, 164 p.

**Observatoire statistique de l'immigration et de l'intégration- Groupe permanent chargé des statistiques (Haut Conseil à l'intégration)**, *Rapport 2002-2003*, Paris, La Documentation française, 2004, 63 p. Disponible sur <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000610/0000.pdf>

**Organisation des Nations-Unies (ONU)**, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Sélection des décisions du Comité des droits de l'homme prises en vertu du Protocole facultatif*, vol. 3, CCPR/C/OP/3, NY et Genève, Nations-Unies, 2002, 229 p.

**Organisation internationale pour les migrations**, *Pour une société plus juste. Le droit international, communautaire et français en matière de discrimination*, Finlande : OIM, 2003, 211 p.

**PAYET J-P.**, *Mondes et territoires de la ségrégation scolaire. Programme Mixité urbaine et ségrégation à l'école*, ARIESE-RESEAU, 2002.

**PLS Ramboll Management**, *Specialised bodies to promote equality and/or combat discrimination*, Commission européenne, Mai 2002, 130 p.

**POCHARD M.**, *La diversification des modes de recrutements de la haute fonction publique et l'ouverture de l'accès aux fonctions d'encadrement supérieur de l'État*, Rapport au Premier ministre remis le 25 septembre 2006, La Documentation française, 2007, 43 p.

**RECHT S., NIESSEN J., CHOPIN I.** (eds), *Anti-discrimination Legislation in EU Member States, France : A comparison of national anti-discrimination legislation on the grounds of racial or ethnic origin, religion or belief with the Council Directives*, Vienne, EUMC, 2002;

### **Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination :**

- *Prouver la discrimination, la mise en œuvre dynamique de la législation de l'UE sur l'anti-discrimination : le rôle des organismes spécialisés* (Rapport de la 1<sup>ère</sup> réunion d'experts organisée par le Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, Bruxelles, 14-15 janvier 2003), Bruxelles, Equinet secrétariat/Migration Policy Group, 2003, 48 p.

- *La discrimination dans la vie professionnelle : voies de recours et application du droit* (Rapport de la quatrième réunion d'experts, accueillie par l'Ombudsman suédois contre la discrimination ethnique, 14-15 octobre 2003), Bruxelles, Migration Policy Group, 2004, 44 p.

- *La lutte contre les discriminations dans les biens et services* (Rapport de la cinquième réunion d'experts accueillie par la CRE britannique, Londres, 29 et 30 janvier 2004), Bruxelles, Migration Policy Group, 2004, 40 p.

- *L'application stratégique du droit et les directives d'égalité de traitement de la Communauté européenne* (Rapport de la 6<sup>e</sup> réunion d'experts, accueillie par l'autorité pour l'égalité irlandaise, Dublin, 4 et 5 mars 2004), Bruxelles, Migration Policy Group, 2004, 90 p.

- *Réflexions sur l'intégration des différents motifs de discrimination dans les dispositions sur l'égalité- quel avenir ?* (Rapport de la septième réunion d'experts, accueillie par la Commission d'égalité pour l'Irlande du Nord, Belfast, 17-18 juin 2004), Bruxelles, Migration Policy Group, 2004, 36 p.

- *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe. Une comparaison entre les 25 Etats membres de l'Union*, Bruxelles, Migration Policy Group, novembre 2006, 168 p.

**Réseau Equinet**, *Application stratégique : Pouvoirs et compétences des organismes de promotion de l'égalité* Rapport produit par le Groupe de travail 2 d'Equinet sur l'application stratégique, Bruxelles, 2006, 84 p.

**RORIVE I.**, *Proving Discrimination Cases. The Role of situation Testing*, Centre For Equal Rights, Migration Policy Group, 2009, 91 p.

**SABEG Y.**, Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances, *Programme d'action et recommandations pour la diversité et l'égalité des chances*, mai 2009, 114 p.

**SciencesPo**, *Objectif : Egalité des chances. Les conventions éducation prioritaire*, Dossier de presse, janvier 2011, 12 p.

**SIMON P.**, *Etude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact de la discrimination aux Etats-Unis, Canada, Australie, Royaume-Uni et Pays-bas : projet Medis*

(*Mesure des discriminations*), Direction Emploi & affaires sociales, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2004, 102 p.

**SIMON P.**, *Statistiques ethniques et protection des données dans les pays du Conseil de l'Europe*, Rapport d'étude, Strasbourg, ECRI (Conseil de l'Europe), 2007, 126 p.

**SIMON P., CHARFI M., KIRSZBAUM T.**, *Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social*, Paris, GELD, note n° 3, 83 p.

**SIMON P., STAVO-DEBAUGE J.**, *Lutte contre les discriminations et statistiques : à la recherche d'une cohérence*, Rapport au FASILD, 2002, 186 p.

**SUEUR J.-P.**, *Demain la ville*, Rapport présenté le 13 février 1998 au ministère de l'Emploi et de la Solidarité, la Documentation française, 1998, tome 1, p. ???

**STASI B.**, *Vers la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : rapport au premier ministre*, Paris, La Documentation française, 2004, 132 p.

**STEINMEYER H.-D.**, *Législation contre la discrimination à l'égard des personnes handicapées*, Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 2003, 152 p.

**THELOT C.**, *Pour la réussite de tous les élèves*, Rapport de la Commission du débat national sur l'avenir de l'école présidée par Claude Thélot, Paris, La Documentation française, 2004, 150 p.

**THISSE J-F, WASMER E., ZENON Y.**, *Ségrégation urbaine, logement et marché du travail*, Working Paper, Dijon CESAER, 2003-1, 26 p.

**THOMAS-HISLAIRE D.**, *La lutte contre la discrimination et la promotion de l'égalité. Comment mesurer les avancées réalisées ?*, Rapport Pays France pour la Commission européenne, BPI, janvier 2008, 55 p.

**TOBLER C.** (pour la Commission européenne), *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne*, Luxembourg, OPOCE, 2006, 49 p.

**THOMAS S. (SOS Racisme)**, *Bilan et perspectives des politiques publiques de lutte contre les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement*, Rapport pour le secrétariat d'Etat au logement, 21 mars 2002, 108 p.

Disponible sur [www.dijon.inra.fr/esr/documents/WP2003\\_1.pdf](http://www.dijon.inra.fr/esr/documents/WP2003_1.pdf)

**THOMAS S.**, *Rapport d'analyse des affaires récentes de discriminations à l'embauche poursuivies par SOS Racisme*, 21 mars 2005.

**THOMAS S.**, *Le fichage ethno-racial=un outil de discrimination*, Rapport remis au délégué interministériel pour l'égalité des chances des Français d'outre-mer, Patrick Karam, novembre 2009, 47 p.

**TOUBON J.**, *Mission de préfiguration du centre de ressources et de mémoire de l'immigration*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, coll. Rapports Officiels, juillet 2004, 256 p.

**VAN DE WALLE I.**, *Le parrainage, comme outil de politique publique d'accès à l'emploi et de lutte contre les discriminations*, Etude pour le FASILD, CREDOC, 2002, p.

**VAN DE WALLE I., MORDRET X.**, *De la charte de la diversité à la labellisation –L'Etat et les entreprises dans la négociation d'un politique de diversité*, Cahiers de la recherche, n°255, CREDOC, décembre 2008, 56 p.

**VEIL S., Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution**, *Rapport au Président de la République*, Paris, Présidence de la République, décembre 2008, 226 p.

**VERSINI D.**, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, Ministère de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, La Documentation française, 2004, 107 p.

**VIGEOGROUP**, *L'égalité professionnelle dans les entreprises européennes : les chemins de la non-discrimination, entre effet de communication et engagements tangibles*, mars 2006, 20 p.

**VIPREY M.**, *L'insertion des jeunes d'origine étrangère*, Conseil économique et social, Journaux officiels, 2002, 146 p.

**WERDMÖLDER H.**, « Présupposés pratiques et effets concrets des politiques préférentielles en faveur des « minorités ethniques » aux Pays-Bas », Grand Lyon, [www.Millenaire3.com](http://www.Millenaire3.com) , 2002.

**WIHTOL DE WENDEN C., BODY-GENDROT S.**, *Etude sur la sensibilisation et la formation aux discriminations dans la Fonction publique : le cas de la police*, GELD, 2001.

**WIHTOL DE WENDEN C., BERTOSSI C.**, *Les militaires issus de l'immigration*, Paris, Les documents du C2SD, 2è semestre 2005, 338 p.

**WIHTOL DE WENDEN C.**, « Etude sur la part des discriminations dans les manquements à la déontologie », in Commission nationale de déontologie de la sécurité, *Rapport 2004*, Paris, La documentation française, 2005, pp. 492-523

**WOOD M., HALES J., PURDON S., SEJERSEN T., HAYLLAR O.**, *A test for racial discrimination in recruitment practise in British cities*, Research Report n°607, Departement for Work and Pensions, 2009, 72 p.

**YESILKAGIT K. et SNIJDERS B.**, *Entre impartialité et réactivité. Organismes de promotion de l'égalité et pratiques de l'indépendance*, Rapport du réseau européen des organismes de promotion de l'égalité, Equinet, décembre 2008, 78 p.





# Table des matières

<b>SOMMAIRE.....</b>	<b>5</b>
LISTE DES ABREVIATIONS.....	6
<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>11</b>
Cerner les discriminations « raciales » .....	11
<i>De la discrimination...</i> .....	11
<i>... à la discrimination « raciale »</i> .....	13
Nommer les discriminations « raciales » .....	17
L'émergence tardive de la lutte contre les discriminations « raciales » en France .....	19
<i>Des normes formelles de non-discrimination</i> .....	19
<i>L'inscription dans l'agenda politique français</i> .....	22
<i>Le rôle moteur de l'Union européenne</i> .....	25
L'effectivité au cœur du droit antidiscriminatoire .....	27
L'objet à la méthode .....	30
<i>La nécessité d'une recherche spécifique</i> .....	30
<i>Les difficultés inhérentes à une recherche sur les discriminations « raciales »</i> .....	32
La démarche adoptée .....	34
Plan .....	35
<b>PREMIERE PARTIE</b>	
<b>INTERDIRE ET SANCTIONNER LES DISCRIMINATIONS « RACIALES ». LES INSTRUMENTS JURIDIQUES CLASSIQUES .....</b>	<b>37</b>
<b>Titre I : Le perfectionnement du cadre juridique sous l'influence du droit communautaire .....</b>	<b>39</b>
Chapitre I - L'élargissement du périmètre de la discrimination « raciale » .....	41
Section 1 - L'extension du champ d'application de l'interdiction .....	42
§1) <b>La multiplication des critères illicites de distinction</b> .....	42
A) La multiplication des critères rapportés à l'origine .....	43
B) Les effets de la multiplication des critères : un risque de dilution ? .....	46
§2) <b>Les domaines d'application de l'interdiction des discriminations « raciales »</b> .....	49
A) Les domaines initialement prévus .....	49
B) L'élargissement ultérieur .....	53
Section 2 - L'objectivation de la notion de discrimination .....	57
§1) <b>La notion de discrimination directe</b> .....	58
A) La définition renouvelée de la discrimination directe .....	58
B) Les justifications admissibles des différences de traitement fondées sur la « race » .....	64
1. <i>La justification de différences de traitement fondées sur la « race » : une novation</i> .....	64
2. <i>La portée floue des justifications admises</i> .....	68
§2) <b>La notion de discrimination indirecte</b> .....	73
A) Une notion issue du droit communautaire .....	74
B) La transposition dans le droit interne .....	78
§3) <b>Les infractions assimilées à la discrimination</b> .....	82
A) Le harcèlement discriminatoire .....	82
B) L'injonction de discriminer .....	87

Chapitre II - De nouveaux mécanismes procéduraux .....	91
Section 1 - Le renforcement des acteurs de la procédure .....	92
<b>§1) Les appuis collectifs apportés à la victime</b> .....	93
A) Les associations antiracistes .....	93
B) Les organisations syndicales .....	97
<b>§2) L'extension des pouvoirs d'enquête de l'inspection du travail</b> .....	99
<b>§3) La protection des victimes et des témoins contre les représailles</b> .....	101
Section 2 - L'aménagement du processus probatoire .....	105
<b>§1) La preuve de la discrimination indirecte</b> .....	105
A) La preuve d'une discrimination apparente .....	106
1. <i>Approches quantitative et qualitative</i> .....	106
2. <i>Les obstacles à l'approche quantitative en matière de discrimination</i> <i>« raciale »</i> .....	113
3. <i>Discrimination indirecte et discrimination systémique</i> .....	117
B) Les justifications légitimes .....	124
1. <i>La justification d'un objectif légitime</i> .....	125
2. <i>La proportionnalité et la nécessité de la mesure</i> .....	128
<b>§2) L'aménagement de la preuve de la discrimination directe</b> .....	132
A) Un nouveau régime probatoire .....	133
3. <i>L'aménagement de la preuve devant les juridictions civiles</i> .....	134
4. <i>L'aménagement de la preuve devant les juridictions administratives</i> .....	139
B) Les deux étapes du processus probatoire .....	141
5. <i>L'établissement d'une présomption de discrimination</i> .....	142
6. <i>La justification objective de la différence de traitement</i> .....	149
C) Aménagement de la preuve et droit pénal .....	152

**Titre II : La protection juridictionnelle du droit à la non-discrimination  
« raciale »..... 159**

Chapitre I - Les éléments du traitement juridictionnel des discriminations .....	162
Section 1 - La preuve de la discrimination .....	163
<b>§1) La recevabilité des preuves innovantes devant les juridictions civile et pénale</b> .....	164
A) Les enregistrements .....	165
B) Le testing .....	168
<b>§2) L'appréciation de la preuve par les juridictions civiles</b> .....	174
A) La preuve comparative .....	176
B) Les autres types de preuve .....	180
<b>§3) L'appréciation de la preuve par les juridictions pénales</b> .....	183
A) Un obstacle majeur : l'inertie des parquets .....	183
B) La preuve de l'intention discriminatoire .....	186
1. <i>Des preuves classiques de l'intention discriminatoire</i> .....	187
2. <i>Le caractère probant du testing</i> .....	191
C) L'imputabilité du délit de discrimination .....	201
1. <i>Les donneurs d'ordre</i> .....	202

2. <i>La responsabilité de la personne morale</i> .....	205
Section 2 - La sanction de la discrimination .....	209
§1) <b>Les sanctions prévues par la loi</b> .....	210
A) Les sanctions pénales .....	210
B) Les sanctions civiles .....	213
§2) <b>Des sanctions insuffisamment dissuasives</b> .....	216
A) La timidité des sanctions et réparations prononcées par le juge pénal .....	217
B) La faiblesse des réparations accordées par le juge civil .....	224
Chapitre II - La dynamique de la juridictionnalisation .....	230
Section 1 - La mobilisation des acteurs de l'arène juridictionnelle .....	231
§1) <b>La mobilisation des victimes et de leurs représentants</b> .....	231
A) La nécessité de surmonter les obstacles à l'accès au juge .....	231
B) L'ambivalence des stratégies syndicales .....	234
C) L'implication des associations antiracistes dans le contentieux pénal .....	236
§2) <b>L'implication des professionnels de la justice</b> .....	238
A) La mobilisation des juges .....	238
B) La mobilisation des autres acteurs .....	241
Section 2 - Le déséquilibre entre les voies pénale et civile .....	244
§1) <b>Une pénalisation excessive ?</b> .....	245
A) La priorité accordée au pénal .....	245
B) Les conditions d'un traitement civil .....	248
§2) <b>La recherche d'une meilleure articulation entre les voies pénales et civiles</b> .....	251
A) Le choix du forum judiciaire .....	251
B) Combiner les voies civile et pénale .....	254
Section 3 - La faible juridictionnalisation des discriminations institutionnelles .....	257
§1) <b>L'absence de visibilité du contentieux administratif</b> .....	258
A) La contestation de normes fondées sur des critères discriminatoires .....	259
B) Le juge administratif face aux discriminations « raciales » de fait .....	263
§2) <b>Les discriminations institutionnelles devant le juge pénal</b> .....	267
A) La question du logement social .....	268
B) La ségrégation en prison .....	272
C) Les pratiques de la police .....	276
<b>CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE</b> .....	<b>283</b>
<b><u>DEUXIEME PARTIE</u></b>	
<b>ELIMINER LES DISCRIMINATIONS « RACIALES »</b>	
<b>L'EMERGENCE D'UNE POLITIQUE PUBLIQUE</b> .....	<b>285</b>
Chapitre introductif : La création de la HALDE .....	289
§1) <b>Une réponse aux insuffisances du dispositif existant</b> .....	289
§2) <b>Une autorité chargée de lutter contre toutes les discriminations</b> .....	293
§3) <b>Une autorité administrative indépendante</b> .....	296
§4) <b>Une indépendance organique et fonctionnelle</b> .....	300

**Titre I : La HALDE, une institution au service des victimes ..... 308**

Chapitre I - Un rôle complémentaire de celui du juge .....	310
Section 1 - La détection des discriminations .....	311
§1) L'accessibilité aux victimes .....	311
A) Des modalités de saisine souples .....	312
B) Un réseau de proximité en construction .....	315
C) La recevabilité des réclamations .....	317
§2) Des pouvoirs d'investigation .....	319
A) Un pouvoir de savoir .....	320
B) Un pouvoir d'enquêter in situ .....	322
1. Les tests de situation .....	322
2. Les vérifications sur place .....	324
C) Garanties procédurales et pouvoirs d'investigation .....	327
Section 2 - L'utilisation de mécanismes de régulation non juridictionnels .....	330
§1) Le pouvoir de médiation .....	332
§2) Le pouvoir de recommandation .....	336
A) Des solutions concrètes pour les victimes .....	337
1. Des recommandations pour les discriminations qui échappent aux juges ....	338
2. Des solutions aux discriminations institutionnelles .....	339
3. L'interpellation des autorités investies d'un pouvoir de sanction .....	340
4. Publicité et droit de suite des recommandations .....	342
B) L'effet levier des recommandations .....	344
1. Les effets collectifs des recommandations .....	344
2. Des recommandations tendant à la modification des normes en vigueur .....	346
3. La portée et le statut juridique des recommandations .....	348
Section 3 – Un vecteur de juridictionnalisation .....	352
§1) Une expertise favorisant l'accès au juge .....	353
A) Interprète du droit de la non-discrimination .....	353
1. Une interprète audacieuse du droit .....	353
2. Le risque des conflits d'interprétation .....	357
B) Une interprétation écoutée par le juge .....	359
1. Le statut juridique des observations de la HALDE .....	361
2. Une influence parfois déterminante .....	364
§2) Vecteur d'une nouvelle dynamique juridictionnelle .....	366
A) La formation du personnel de justice et des praticiens du droit .....	367
B) Orienter la juridictionnalisation des discriminations constatées .....	368
Chapitre II - Les risques d'une concurrence .....	375
Section 1 - Un substitut du juge .....	376
§1) La concurrence de la transaction pénale .....	377
A) Une modification significative des pouvoirs de la HALDE .....	378
1. Un nouveau pouvoir de sanction négociée .....	378
2. Le régime de la transaction pénale .....	380
3. Une dénaturation de la mission de la HALDE .....	384
B) L'impact du pouvoir de transaction pénale .....	386
§2) La HALDE, palliatif d'une justice défaillante ? .....	389
A) Une renonciation pragmatique au procès ? .....	390
1. L'opportunité des « poursuites » .....	391
2. Transactions pénales et transmission au parquet .....	392

3. Des solutions alternatives qui participent à la non-juridictionnalisation .....	393
B) La HALDE : un palliatif discutable .....	396
Section 2 - La recherche d'une stratégie .....	400
<b>§1) L'absence de stratégie claire</b> .....	401
A) Une utilisation des pouvoirs à géométrie variable .....	402
1. Des pouvoirs d'investigation sous-exploités .....	402
2. Une sous-utilisation du pouvoir de « faire savoir » .....	406
B) Le manque de lisibilité et de prévisibilité de l'activité .....	407
1. Une orientation peu lisible sur la médiation .....	407
2. Une tendance à la dépénalisation .....	409
3. La voie juridictionnelle : des choix imprévisibles .....	412
<b>§2) Une stratégie à construire</b> .....	415
A) La nécessité d'afficher des priorités d'action .....	415
B) Entre régulation et répression, la nécessité d'une stratégie combinée .....	423
1. L'usage de sanctions négociées par les organismes étrangers de référence ..	425
2. La nécessité d'agir sur les discriminations structurelles et institutionnelles ..	428
<b>Titre II : Des politiques de promotion de l'égalité de traitement</b> .....	<b>441</b>
Chapitre I - La prévention des discriminations « raciales » .....	446
Section 1 - La diffusion du principe de l'égalité de traitement .....	449
<b>§1) L'éventail des mesures de promotion de l'égalité de traitement</b> .....	449
A) La transparence et la formalisation des procédures .....	450
B) L'objectivation des procédures et des critères de sélection .....	454
<b>§2) Le choix de l'incitation</b> .....	462
A) La multiplication des instruments de <i>soft law</i> .....	462
B) La promotion des bonnes pratiques par la HALDE .....	468
C) L'absence de normes contraignantes .....	472
Section 2 - De l'égalité de traitement à la promotion de la diversité .....	477
<b>§1) L'émergence du paradigme utilitariste de la diversité</b> .....	478
A) La diversité dans la fonction publique .....	479
B) La diversité dans les entreprises .....	483
<b>§2) Diversité et principe de non-discrimination</b> .....	486
A) « du juste à l'utile » .....	486
B) L'illusion de la diversité comme gage de non-discrimination .....	490
Chapitre II – L'enjeu de la mesure des discriminations « raciales » .....	498
Section 1 – Un cadre juridique contraignant .....	500
<b>§1) Les données relatives à l'origine en France : une invisibilité relative</b> .....	500
A) L'interdiction de collecter des données relatives à l'origine : un principe à dérogations .....	501
B) Identification des discriminations « raciales » : variables utilisées et recherches menées .....	506
<b>§2) Les expériences étrangères de nomenclatures « ethno-raciales » et de repérage systématisé</b> .....	509
A) Des nomenclatures « ethno-raciales » hétéroclites et singulières .....	510
1. La nomenclature américaine .....	511

2. <i>La nomenclature canadienne</i> .....	514
3. <i>La nomenclature britannique</i> .....	515
B) La systématisation du recueil des données relatives à l'origine au nom de la lutte contre les discriminations .....	517
Section 2 - La mesure des discriminations et l'opérationnalisation du droit antidiscriminatoire .....	523
§1) <b>Des statistiques « ethno-raciales » contestées et inconstitutionnelles</b> .....	523
A) Les statistiques « ethno-raciales », une question polémique .....	523
B) La question du repérage systématisé de l'origine .....	529
1. <i>Les arguments pour un repérage systématisé au sein des organisations</i> .....	529
2. <i>Les arguments pour refuser un repérage systématisé</i> .....	533
C) La constitutionnalité contestée des statistiques « ethno-raciales » .....	537
§2) <b>La mesure de la discrimination « raciale » dans le cadre statistique et juridique existant</b> .....	541
A) Mesure de la diversité et mesure des discriminations « raciales » .....	542
B) La nécessaire multiplication des recherches et des évaluations .....	547
1. <i>L'identification des discriminations « raciales »</i> .....	548
2. <i>L'évaluation des politiques</i> .....	554
<b>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE</b> .....	<b>561</b>
<b>CONCLUSION GENERALE</b> .....	<b>563</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>575</b>
Ouvrages .....	575
Thèses et mémoires .....	584
Articles .....	587
Rapports et études .....	625
<b>TABLES DES MATIERES</b> .....	<b>641</b>

## **LE DROIT A LA NON- DISCRIMINATION « RACIALE » : INSTRUMENTS JURIDIQUES ET POLITIQUES PUBLIQUES**

Depuis une dizaine d'années, la France s'est engagée dans la lutte contre les discriminations « raciales », c'est-à-dire contre les discriminations fondées sur l'origine réelle ou supposée des personnes à partir de leurs caractéristiques visibles. Sous l'influence du droit communautaire, la législation a intégré une définition objectivée de la discrimination : la discrimination directe n'est plus nécessairement rattachée à une intention discriminatoire ; et, la discrimination indirecte permet de vérifier que les mesures neutres en apparence n'ont pas d'impact particulièrement désavantageux sur les populations d'origine immigrée et ultra-marine. L'égalité de traitement est ainsi concrètement appréciée afin de mieux garantir l'effectivité du droit à la non-discrimination "raciale".

L'aménagement de la preuve doit favoriser la juridictionnalisation des discriminations, étape nécessaire pour légitimer et préciser le droit rénové. Mais, la définition exigeante de la discrimination impose aussi des obligations positives aux personnes morales qui doivent réviser l'ensemble des critères et procédures de sélection. Elle implique une implication des pouvoirs publics, notamment via la HALDE, pour soutenir les victimes, diffuser le droit antidiscriminatoire et promouvoir le droit à l'égalité de traitement.

Pour autant, l'articulation de ces nouvelles définitions n'est pas évidente sur le terrain des discriminations « raciales ». Il faut notamment tenir compte du contexte politique français et de l'interdit constitutionnel (art. 1<sup>er</sup>), qui induisent une protection maximale du droit à la non-discrimination « raciale » et interdisent la catégorisation des origines. Enfin, la recherche de l'effectivité du droit à la non-discrimination « raciale » semble être mise à mal par l'émergence du paradigme utilitariste de la diversité.

Égalité, Discrimination, "Race", HALDE, Diversité, Statistiques "ethniques",

## **THE RIGHT TO NON-DISCRIMINATION ON "RACIAL" OR "ETHNIC" GROUNDS: REGULATIONS AND POLICIES**

For the past ten years, France has been committed to fighting "racial" discrimination, specifically discriminations based on the genuine or surmised origin of individuals based on their physical features or names. Influenced by EU Law, French legislation has adopted an objective definition of discrimination: direct discrimination that no longer requires an underlying intention to discriminate. Indirect discrimination serves to ensure that otherwise neutral measures do not have a deleterious effect on immigrant and Caribbean populations. Equal treatment can therefore be objectively appraised, which reinforces the effectiveness of the right not to be discriminated against.

The admissibility of evidence must evolve to bring more discrimination cases to trial, which is a prerequisite to endow anti-discrimination law with more legitimacy and clarity. At the same time, a strict definition of discrimination creates positive obligations for legal entities to review their selection criteria and processes. It calls for a commitment among public authorities, including through HALDE, to support victims, to raise awareness of anti-discrimination law, and to promote the right to equal treatment.

Nevertheless, implementing these definitions is challenging, specifically in the context of "racial" discrimination. The French background, as well as the Constitutional ban on all discrimination (art. 1), which fully guarantees the right not to be discriminated against on racial grounds and bans the collection of ethnic data, must both be taken into account. Finally, the effectiveness of the right not to be discriminated against may be undermined by the rise of a utilitarian view of diversity.

Discrimination, "Race", Equality, HALDE, Diversity, "Ethnic" statistics.