



# Des nouveautés dans le droit français, qui sont peu utilisées

Discriminations "raciales" et politiques antidiscriminatoires

FICHE N° 5

**Le nombre de cas de discriminations portés en justice est resté très faible en France, à ce jour. Sous la pression du droit européen, le code pénal est complété par la loi contre les discriminations et renforcé par la loi de modernisation sociale. L'efficacité de cette architecture juridique interroge maintenant les pratiques des acteurs du droit comme ceux de la société civile.**

## Un faible bilan à ce jour

Tous secteurs confondus (emploi, biens et services, etc.), au civil ou au pénal et toutes qualifications ensemble (discriminations raciales, violences et injures racistes ou xénophobes, diffamations et provocations à la haine raciale), on compte **en France une dizaine de condamnations** en moyenne par an, pour discrimination sur la "race ou l'origine", dans les années 1990. Pendant la même décennie, seulement deux arrêts ont été rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation. Sur la même période **en Grande-Bretagne, 2000 condamnations** en moyenne par an étaient prononcées...

L'argument invoqué est celui de la difficulté de la preuve en matière de discrimination, difficulté qui est bien réelle dans la plupart des cas en France. Serait-il plus facile d'apporter la preuve en Grande-Bretagne ? Fait-on en France suffisamment appel aux outils qu'a établis le droit européen pour faciliter la constitution de la preuve : partage de la charge, indifférence de l'intention, déduction abstraite ou statistique de la discrimination, discrimination indirecte. Jusqu'à très récemment, le législateur, le procureur et le juge français ont ignoré ces outils... Désormais, l'Union européenne réclame directement qu'ils soient appliqués à tous les types de discrimination.

L'une des difficultés rencontrées dans nos pratiques judiciaires tient au fait que la procédure pénale s'est constituée, en France, comme la voie habituelle du traitement des discriminations. La faiblesse du traitement civil\*, jusqu'à maintenant, était due pour l'essentiel au fait que la charge de la preuve reposait entièrement sur la victime, qui était isolée et sans réels moyens d'enquête, à la différence du procureur ou du juge d'instruction qui intervient en procédure pénale. Mais à cela il y a une contrepartie de taille : le code pénal français, en même temps qu'il qualifie la discrimination de délit, pose qu'il n'y a point de délit sans intention de le commettre. Pour condamner une discrimination au pénal, il faut donc prouver les faits, puis prouver qu'une intention caractérisée est derrière ces faits, et enfin il faut pouvoir imputer directement l'ensemble à un coupable bien identifié.



*\*Les juridictions pénales, ou répressives, condamnent des délits, les juridictions civiles tranchent des conflits.*

## Le code pénal...

Le code pénal français a pour autre limite de réserver la définition du délit de discrimination à quelques situations

précisément énumérées dans l'article 225-2 :

- le refus, sur un critère prohibé (origine, sexe, etc.), de fournir un bien ou un service ;
- l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
- le refus d'embauche, la sanction ou le licenciement ;
- la subordination d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur un critère prohibé ;
- la subordination d'une offre d'emploi à une condition du même ordre.

Ce à quoi la loi du 16 novembre 2001 ajoutera :

- la subordination d'une demande de stage, ou d'une période de formation en entreprise, à une condition fondée sur un critère prohibé ;
- le refus d'accepter une personne en stage sur un tel critère, en particulier lorsque la personne doit accomplir ce stage dans le cadre de sa scolarité ou de ses études, de sa formation professionnelle continue, de sa rééducation professionnelle.



Restent donc exclues de la condamnation pénale, par exemple, les discriminations liées aux conditions de travail et aux rémunérations, aux rapports avec les administrations, les pouvoirs publics ou les forces de l'ordre, etc...

En revanche, le code pénal énonce on ne peut plus clairement une idée très importante mais rarement soulignée : la discrimination doit également être condamnée lorsqu'elle est appliquée à des personnes morales (des entreprises, des associations, des écoles) à cause des caractéristiques des membres, ou de certains membres seulement, de ces personnes morales (origine, handicap, nation, orientation sexuelle, religion, etc., voir la liste complète, dans l'encadré bleu ci-dessous).

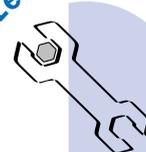
Si l'efficacité du traitement judiciaire des discriminations, aujourd'hui en France, réclame que la voie pénale cesse

d'être considérée comme la voie normale de façon systématique, il ne s'agit pas non plus de l'abandonner complètement. Dans les cas où il apparaît que la voie pénale peut aboutir (notamment quand l'intention de discriminer est manifeste), elle doit même sans doute être privilégiée, afin que des parties civiles puissent se constituer et que le ministère public puisse requérir, pour condamner des délinquants, les discriminateurs intentionnels, qui violent somme toute le Préambule et l'Article premier de notre Constitution, et sont passibles de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

C'est en tout cas sur cet héritage, juridique et judiciaire, que la France a dû se préoccuper de transposer, dans son droit interne, les règles innovantes posées par les directives européennes "SEXE" en 1997 puis "RACE" et "EMPLOI" en 2000.

## ...complété par la loi contre les discriminations...

Les outils



Pour l'essentiel, la loi du 16 novembre 2001 a complété le code du travail, qui énonçait déjà quelques règles anti-discriminatoires, en particulier dans son article L.122-

45. Voici cet article du code du travail tel qu'il est rédigé aujourd'hui, modifié notamment par cette loi.

*"Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail [...], en raison de son état de santé ou de son handicap.*

*Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire visée à l'alinéa précédent en raison de l'exercice normal du droit de grève.*

*Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés.*

*En cas de litige relatif à l'application des alinéas précédents, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.*

*Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit."*

## L'apparence, le nom, la race "supposée" : de nouveaux critères interdits

La liste des critères discriminatoires a été complétée (et cette même liste a été adoptée dans le code pénal). Avant la loi de novembre 2001, le droit français interdisait déjà de prendre en compte bon nombre de ces critères. En ajoutant ceux de l'orientation sexuelle et de l'âge, le droit français intègre l'ensemble des critères interdits par le droit communautaire européen depuis 1997.

Le droit français va plus loin. Il souligne qu'il n'est pas du tout important qu' "une ethnie, une nation ou une race" soit "vraie ou supposée" pour interdire toute discrimination

sur cette base. Il interdit aussi des critères entièrement nouveaux, comme l'apparence physique et le patronyme. On peut cependant regretter l'oubli d'un critère important : le lieu d'habitation. En effet, l'adresse du domicile, dans des contextes de forte ségrégation urbaine, peut aussi servir de critère, en France, à des discriminations masquées. En attendant, l'utilisation de critères de résidence pourra sans doute être considérée, et condamnée, comme une "discrimination indirecte" (usage d'un critère apparemment neutre mais dont les effets sont discriminatoires).

## Toute la vie au travail est désormais couverte, même les stages

Le code ne condamnait la discrimination qu'au moment du recrutement, de la sanction et du licenciement. Tous les aspects essentiels de la vie professionnelle ont été ajoutés : rémunération, formation, affectation, classification, promotion, mutation, etc... De plus, le "notamment" qui commence la liste indique que celle-ci reste ouverte : l'esprit

de la loi est de couvrir l'ensemble des relations et des conditions de travail. La loi est par ailleurs très claire sur un nouveau domaine : l'accès aux stages et aux périodes de formation en entreprise. En ce domaine la discrimination est maintenant condamnée en toutes lettres, non seulement dans le code du travail mais aussi dans le code pénal.

## Le partage de la charge de la preuve et la discrimination indirecte

Le traitement d'un litige pour discrimination devant un tribunal civil (dans le domaine du travail il s'agira des prud'hommes), doit aujourd'hui suivre trois temps qui impliquent trois acteurs. Pour éviter les recours abusifs, c'est le demandeur qui doit apporter "des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination". Dans un deuxième temps, la partie adverse doit prouver qu'elle s'est, au contraire, appuyée sur des "éléments objectifs étrangers à toute discrimination". Troisièmement, sur la base de tous

ces éléments, et de compléments d'instruction éventuels, le juge forme sa décision.

En utilisant à plusieurs reprises la formule de discrimination "directe ou indirecte", la loi de novembre 2001 inscrit pour la première fois ces deux concepts dans la législation française. Mais aucune définition n'en étant donnée, ce sont les définitions, détaillées, des directives européennes "SEXE", "RACE" et "EMPLOI", qui devront être utilisées en France.

## L'accroissement du pouvoir des acteurs contre la discrimination

Les organisations syndicales représentatives des salariés ont maintenant la capacité d'agir en justice à la place d'une personne discriminée. Le syndicat qui agit à la place d'une victime présumée n'a pas à obtenir un mandat de celle-ci, mais il doit obligatoirement l'en avvertir, celle-ci conservant le droit de s'y opposer. Les associations dont le principal objet est la lutte contre les discriminations depuis au moins cinq ans, peuvent désormais, comme les syndicats, agir en justice pour le compte d'une victime présumée. Mais les associations, elles, doivent obtenir un mandat écrit de la victime, qui garde la possibilité de suspendre l'action à tout moment. L'association ou le syndicat qui agissent en justice à la place d'une victime présumée de discrimination,

bénéficient eux aussi de la procédure de partage de la charge de la preuve.

Les délégués du personnel ont le devoir 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. En cas de désaccord ou en l'absence d'action de l'employeur, le délégué du personnel peut saisir les prud'hommes. Les inspecteurs du travail ont le pouvoir de verbaliser directement toute discrimination et d'en contrôler l'absence dans une entreprise, en se faisant communiquer "tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support" : par exemple les entretiens annuels d'évaluation [Kapp, 2003].

## La mise en place de protections pour les victimes et les témoins

Le licenciement d'un salarié, s'il fait suite à une action pour discrimination engagée par ce salarié ou en sa faveur par un syndicat, et s'il est établi qu'il n'a pas de cause sérieuse, et constitue en réalité une mesure punitive, sera "nul et de nul effet". La réintégration du salarié est de plein droit. Si celui-ci ne veut plus reprendre son emploi, il lui sera versé, en plus

de l'indemnité de licenciement classique, une indemnité spécifique correspondant au minimum aux six derniers mois de salaires. De même, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié, ou faire l'objet d'une mesure punitive pour avoir témoigné d'une discrimination. Cela vaut pour le privé comme pour la fonction publique.

### Lutte contre les discriminations dans la location des logements

Sous ce titre, la loi de janvier 2002 a étendu au domaine du logement les principales innovations que la loi de novembre 2001 a introduit dans le code du travail : nouveaux critères interdits, reconnaissance de la

discrimination directe et indirecte (mais toujours sans définition), partage de la charge de la preuve.



*"Aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement en raison de son origine, son patronyme, son apparence physique, son sexe, sa situation de famille, son état de santé, son handicap, ses mœurs, son orientation sexuelle, ses opinions politiques, ses activités syndicales ou son appartenance ou sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.*

*En cas de litige relatif à l'application de l'alinéa précédent, la personne s'étant vu refuser la location d'un logement présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles."*

Quelques règles très pratiques sont précisées. Ainsi, l'absence de nationalité française ne peut empêcher de se porter garant du locataire. Le propriétaire ou son

représentant ne peuvent pas, avant d'établir un contrat de location, demander aux candidats de leur fournir une photo d'identité...

### Lutte contre les harcèlements au travail

Dans cette autre partie, la loi de janvier 2002 introduit en droit français, dans le code du travail mais aussi dans le code pénal, la qualification de "harcèlement moral". En outre, elle modifie et complète le code du travail sur le sujet du "harcèlement sexuel". Le législateur français n'a pas saisi cette occasion pour qualifier explicitement les harcèlements, à la demande des directives européennes, comme une forme de discrimination. On peut considérer pourtant que le harcèlement sexuel faisant énormément plus de victimes parmi les femmes que parmi les hommes, son caractère de discrimination est établi. De même que le harcèlement sur l'origine (une qualification absente du droit français), dès lors qu'il touche beaucoup plus les personnes perçues

comme étant d'origine étrangère que les autres, est discriminatoire. Il en ira de même pour l'orientation sexuelle, l'âge, l'apparence physique, le handicap, etc. Par ailleurs, les dispositions de la loi de janvier 2002 sur les harcèlements renvoient très clairement à celles de novembre 2001 sur les discriminations, soit en évoquant directement le sujet, soit à travers les formulations employées, et en tout cas du fait des outils juridiques qui sont introduits. Sur ce dernier point il faut citer : le partage de la charge de la preuve au civil, la capacité des syndicats à exercer en justice à la place d'un-e salarié-e (mais avec son accord écrit), la protection des victimes et des témoins.

## Des règles oui, mais pour quels acteurs ?

"Les règles de droit n'ont pas d'efficacité par elles-mêmes si elles ne sont pas mobilisées. Dès lors, la question centrale devient celle des acteurs aptes à se saisir de ces nouveaux outils. Espérons que les délais ne seront pas trop longs" [GELD, 2000].

Le nouveau droit antidiscriminatoire introduit des règles et des outils auxquels l'appareil judiciaire français n'est pas habitué : partage de la charge de la preuve, qualifications de discrimination "directe" et "indirecte", indifférence de l'intention, nouveaux mobiles prohibés, etc. Selon toute logique, ces



innovations devraient susciter un développement global du contentieux de la discrimination en France, un report équilibré de son traitement des procédures pénales vers les procédures civiles, et une augmentation des condamnations. Mais encore faudra-t-il que les acteurs qualifiés pour mettre en œuvre ces règles et ces outils juridiques veuillent bien, et sachent bien, s'en saisir. Jusqu'à dernièrement, l'appareil judiciaire français a surtout laissé percevoir une véritable "démobilisation institutionnelle face à la répression de la discrimination" [GELD 2000], et ses délais d'apprentissage paraissent bien longs.

## Une législation très avancée en Belgique

À la date d'aujourd'hui, les évolutions récentes du droit antidiscriminatoire en Belgique sont bien plus abouties que celles du droit français, dans la façon dont elles intègrent, et même dépassent, les demandes des directives européennes. Les deux chambres du parlement de Belgique ont adopté, fin 2002, une "loi tendant à lutter contre la discrimination" dont voici les principaux éléments :

- les critères prohibés sont "le sexe, une prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique" ;
- la discrimination directe, d'une part, et indirecte, d'autre part, sont très clairement définies ;
- le harcèlement lié à un des critères prohibés, de même que l'instruction de discriminer, sont définis comme des formes de discrimination, et la présente loi leur sera appliquée ;
- les discriminations sont condamnées, au civil aussi bien qu'au pénal, dans la fourniture ou la mise à disposition de biens et de services (ce qui inclut le logement), dans l'accès à l'emploi et dans l'ensemble des conditions de travail, dans la promotion et l'affectation des fonctionnaires, en rapport à l'exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique, dans les pièces officielles et les documents publics ;
- les actions positives sont explicitement et pleinement autorisées ;
- les associations et les syndicats, mais également le Centre pour l'égalité des chances (l'organisme indépendant de Belgique, [fiche 10](#)), peuvent se porter en justice sur les cas de discrimination pour peu qu'ils justifient de l'accord de la victime ;

- une procédure civile rapide est mise en place (selon les formes du référé) ayant pour but unique de faire cesser le plus vite possible la discrimination ; elle ne préjuge pas des poursuites pénales qui peuvent être engagées par ailleurs ; dans le cadre de cette procédure rapide, le juge civil (tribunal de première instance, tribunal du travail ou tribunal de commerce) peut ordonner l'affichage et la publication de sa décision aux frais du contrevenant, il peut aussi condamner ce dernier au paiement d'une astreinte si la discrimination ne cesse pas ;
- le partage de la charge de la preuve, clairement présenté comme une procédure civile, est décrit en termes très pratiques : "Lorsque la victime de la discrimination ou un des groupements [la représentant] invoque devant la juridiction compétente des faits, tels que des données statistiques ou des tests de situation, qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, la charge de la preuve de l'absence de discrimination incombe à la partie défenderesse" ;
- les tests de situation ou testings, qui peuvent être établis par constat d'huissier, sont reconnus, de par la loi, comme des moyens de preuve d'une discrimination, sur n'importe lequel des motifs prohibés ;
- un employeur ne peut pas rompre le contrat, ni modifier unilatéralement les conditions de travail, d'un salarié qui a engagé un recours pour discrimination ; sauf si la cause de la rupture ou de la modification est sans rapport avec le recours, ce que l'employeur est en charge de prouver ; en cas contraire la réintégration du salarié est de plein droit, mais dans le cas où celui-ci préfère alors rompre son contrat, il lui sera versé une indemnité correspondant à sa rémunération brute de six mois.

## "Pour une construction partagée du droit"

**Rencontre avec Cyril Kretzschmar, directeur d'Économie et humanisme.**

L'association Économie & humanisme appartient à un réseau européen d'experts indépendants, chargés par la Commission européenne de suivre, dans chaque pays de l'UE, l'état de la transposition dans les droits internes des directives européennes en matière de lutte contre les discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique, ainsi que sur la religion et les convictions.

*Millénaire3 : à partir d'une comparaison avec les autres pays de l'UE, quelle appréciation portez-vous sur l'évolution du droit en France en matière de lutte contre les discriminations raciales ?*

La France a connu une forte production juridique entre 1999 et 2002. De ce fait, il manque peu d'éléments à l'édifice juridique français pour se conformer au droit européen (mise sur pied effective d'une instance vraiment indépendante, partage de la charge de la preuve et reconnaissance de la discrimination indirecte). Il manque surtout un véritable débat sur la question



de la discrimination dans la société française. Le concept de lutte contre les discriminations n'a pas encore pris sa véritable place dans le débat public en France, contrairement à d'autres pays dont la culture permet de positionner les différentes minorités en fonction de leur place dans la société et d'envisager le traitement qui leur est fait. Mais ce qui manque peut-être le plus ici, c'est la philosophie d'une construction partagée du droit.

**Millénaire3 : qu'entendez-vous par "construction partagée du droit" ?**

Dans la philosophie générale du droit communautaire, la construction partagée du droit est un élément essentiel. Dans l'article 12 de la directive "RACE", par exemple, il est écrit que pour promouvoir le principe d'égalité et pour lutter contre les discriminations, les gouvernements doivent engager un dialogue avec les organisations non gouvernementales. Le concept d'une

évolution partagée du droit est aussi très présent dans d'autres articles des directives, qui insistent sur la mise en débat de l'application du droit. Or, en France, il n'y a pas de débat réel entre les partenaires sociaux, associatifs et gouvernementaux sur ce type de dispositions juridiques, contrairement à ce qui se passe dans d'autres pays. Ce qui fait la particularité de la France, c'est qu'elle a une conception très jacobine et hiérarchique du droit : c'est l'État qui doit définir les principes réglementaires, et c'est à l'administration de les appliquer. Dans ce cadre, la société civile peut éventuellement se plaindre de la non application du droit, mais en aucun cas elle ne sera considérée comme un partenaire qui va permettre à ce droit d'évoluer. Inéluctablement en France, une évolution se fera pourtant dans le sens d'une telle construction partagée. La création annoncée d'une autorité indépendante relative à la lutte contre les discriminations en est un exemple.

## Une mobilisation concertée ?

La direction de l'inspection du travail sur le département du Rhône a choisi de se donner, comme une de ses actions prioritaires, la lutte contre les discriminations raciales, sexuelles et syndicales. Les agents inspecteurs du travail reçoivent des outils d'information et des propositions méthodologiques, ils sont invités à donner une forte priorité aux signalements du 114 dans leur programme d'inspections, et ceux qui sont volontaires retournent un bilan mensuel de ces inspections à la direction départementale. Cette initiative ne pourrait-elle pas inciter tous les acteurs du traitement pénal des discriminations au travail à se mobiliser autant ? Les services du procureur ne pourraient-ils

pas viser un degré comparable de vigilance sur les discriminations, comme les y incitait déjà une circulaire de 1998 ? Les syndicats ne pourraient-ils pas se porter systématiquement partie civile dès lors qu'un PV est établi par l'inspection du travail ? Et les résultats d'une telle mobilisation concertée ne pourraient-ils pas être publiquement exposés et suivis par une instance comme la CODAC ?



## Pour en savoir plus

- GELD, 2000, "Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve", Note n° 2 du Groupe d'Étude et de Lutte contre les Discriminations, [www.le114.com](http://www.le114.com)
- Loi n° 2001-1 066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr)
- Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr)
- Sheila ROGERS, 2002, "Discriminations raciales en Irlande du Nord : la réponse législative et son impact", texte intégral sur le site d'information du Grand Lyon : < <http://www.millenaire3.com> >

