

DISCRIMINATION : NOUVEAUX RISQUES ET ENJEUX

Ouverture	2
Paul-Albert IWEINS	2
Président du Conseil National des Barreaux	2
Louis SCHWEITZER	2
Président de la HALDE	3
Propriétaires – bailleurs : une liberté de choix obsolète ?	6
Débat avec la salle	17
Employeurs : aggravation du risque pénal et financier	20
Débat avec la salle	34
Avocats de la HALDE : déontologie du contradictoire	38
Débat avec la salle	43
Synthèse des débats	48
Pierre LAFONT	48
Avocat au Barreau de Montpellier	48

Ouverture

Paul-Albert IWEINS
Président du Conseil National des Barreaux

Je vous remercie d'être présents si nombreux aujourd'hui. Je voudrais aussi remercier le Président Schweitzer d'avoir accepté d'ouvrir ce colloque. Chacun d'entre vous connaît la personnalité du Président Schweitzer. Je suis frappé qu'un homme ayant eu une telle carrière politique et industrielle, ait su, au sommet de cette réussite, se consacrer à une cause. Ceux qui ont eu le privilège de déjeuner avec lui ont pu mesurer tout ce que la HALDE lui doit et tout ce que la cause de la lutte contre les discriminations doit à sa détermination personnelle, à son charisme et à ses qualités propres. J'aimerais lui dire combien nous sommes sensibles à sa présence et plus généralement combien nous lui sommes reconnaissants de son action.

Vous assistez aujourd'hui au troisième colloque commun au Conseil National des Barreaux et à la HALDE. Le Conseil des Barreaux se félicite de cette tradition. Nous sommes conscients de l'importance des enjeux, de la pesanteur du monde qui nous entoure mais aussi de l'extrême difficulté à faire partager un certain nombre de conditions. Monsieur Schweitzer en a encore donné une illustration lors du déjeuner. Nous citons l'exemple des congés donnés à une femme dans une entreprise pour la maladie d'un enfant. Monsieur Schweitzer faisait remarquer que c'était une discrimination à l'égard des pères. Effectivement, j'ai déjà entendu un employeur demander à un subordonné homme dont l'enfant était malade s'il n'était pas marié. Les pesanteurs sont importantes. Nous sommes en train de hisser un énorme rocher le long d'une pente. La HALDE y parvient peu à peu. C'est un vaste travail de conviction et de pédagogie qui doit s'accompagner, comme tout travail de pédagogie, de sanctions. En effet, il n'y a pas d'apprentissage sans risque. Ce débat a occupé notre deuxième colloque avec la HALDE, l'an passé. Nous y évoquions les nouveaux pouvoirs de sanction.

Cette année, nous avons décidé d'aborder des thèmes plus précis et parfois plus ambitieux. Nous n'exposerons pas les pouvoirs et le fonctionnement de la HALDE mais plutôt des points précis. Le titre du premier débat est : « Propriétaires – bailleurs : une liberté de choix obsolète ? ». Jean-Pierre Forestier, membre du Conseil National des Barreaux et spécialiste du droit immobilier nous exposera ce point avec Luc Ferrand. Je ne présente pas ce dernier compte tenu de la qualité des liens qu'il a su créer avec notre association.

La deuxième table ronde s'intitule : « Employeurs : aggravation du risque pénal et financier ». Vous savez combien vos clients employeurs qu'ils soient petites entreprises, artisans ou grandes entreprises - si vous avez la chance d'en avoir dans votre clientèle -, s'inquiètent de ce qu'ils considèrent comme un risque difficile à maîtriser au niveau de l'embauche et de l'évolution de carrière. Quatre intervenants discuteront de cette question : Pierre-Jacques Castanet qui est membre du Conseil National des Barreaux, Caroline Mecary qui est membre du Conseil de l'Ordre de Paris, Sylvie Kern, juriste à la HALDE, et Brigitte Pesquié.

La dernière table ronde évoquera un sujet qui nous interpelle : le rôle des avocats de la HALDE. Nous allons débattre de la notion de conflit d'intérêt, point déontologique. L'avocat qui collabore avec la HALDE peut-il intervenir pour le compte d'une victime, du plaignant d'une discrimination

ou au contraire d'un employeur poursuivi pour discrimination ? Cette situation implique-t-elle un conflit d'intérêt en raison des connaissances de l'institution que cet avocat peut avoir suite à sa collaboration avec la HALDE ? Ce problème déontologique est connu des avocats dans d'autres institutions. Il trouve une nouvelle actualité au vu des liens tissés entre nos institutions. Interviendront sur ce sujet le Directeur juridique de la HALDE, Luc Ferrand, Jacques Curtil, ancien Bâtonnier du Barreau de Dijon, membre du Conseil National des Barreaux, et Marie-Aimée Peyron, avocat au Barreau de Paris, membre du Bureau du Conseil National des Barreaux.

Pierre LAFONT, ancien membre du Conseil National des Barreaux, ancien délégué à la formation et Président de l'ACE, proposera enfin une synthèse des travaux de cet après-midi. Pour l'avoir entendu réaliser des propos d'ouverture ou de clôture, je sais que vous ne serez pas déçus. Il sait rendre compte de la substantifique moelle d'un débat. L'après-midi promet d'être passionnante. Je me réjouis qu'elle se tienne au Conseil National des Barreaux. Je suis également ravi du partenariat entre nos deux institutions. Avant de passer la parole à Monsieur le Président, je souhaite encore le remercier de sa présence.

Louis SCHWEITZER
Président de la HALDE

Je vous remercie de nous accueillir. Vous avez dit, juste avant le déjeuner, que le contentieux diminuait en France. Cette remarque m'a frappé car mon opinion était différente mais vous avez sans doute raison. Je pense que dans le champ que nous allons aborder cet après-midi, nous sommes au contraire dans un domaine de contentieux croissant. En effet, une prise de conscience s'opère. Elle fait que certaines attitudes qui étaient considérées comme non répréhensibles sont aujourd'hui reconnues comme répréhensibles ou interdites socialement, civilement et pénalement. Parallèlement, la loi interdit de plus en plus de comportements discriminatoires. Je m'en réjouis. Je note aussi que les contraintes en matière de non-discrimination auxquelles nous avons à faire face maintenant sont beaucoup plus nombreuses que celles que pouvait connaître un employeur ou un bailleur il y a dix ou vingt ans. C'est un progrès qui va générer en lui-même un supplément de contentieux.

Ce contentieux augmente aussi parce que la prise de conscience, de la part des plaignants, qu'il y a des possibilités d'action judiciaire ou non judiciaire augmente. Le nombre de plaintes reçues par le HALDE en est un témoignage : 1 400 la première année, 4 000 la seconde et 6 000 au cours de l'année 2007. La croissance est donc forte. 6 000 est toutefois un nombre très modeste au regard de l'appréciation que nous pouvons avoir intuitivement, ou en la mesurant par sondage, sur les actes de discrimination effectivement commis qui pourraient donner lieu à contentieux, plainte ou réclamation. Le contentieux s'accroît donc et des réserves de croissance existent. Cette croissance ne concerne pas seulement la HALDE. Après avoir hésité pendant assez longtemps, la chancellerie met en place des mécanismes de nature à faciliter ou encourager l'action pénale de la part des victimes. Du côté de la police ou de la gendarmerie, nous faisons un effort pour que le dépôt ou la réception d'une plainte soit plus facile qu'auparavant. Les policiers ou les gendarmes savent enregistrer une plainte pour vol. Ils ne sont pas nécessairement capables d'enregistrer, dans un commissariat ou une gendarmerie quelconque, une plainte pour discrimination. Ils le seront désormais. Le contentieux est donc pour de nombreuses raisons en développement. Ce mouvement va se poursuivre.

Le droit de la discrimination est ensuite un droit en évolution du fait des transformations législatives intérieures, qu'elles portent sur les cas de discrimination ou sur la procédure de preuve. Ce droit évolue aussi en raison des conventions internationales d'application directe et dont la HALDE, mais aussi les tribunaux, mesurent qu'elles obligent à lire autrement un certain nombre de textes français. Le droit de la discrimination évolue enfin parce qu'une jurisprudence se constitue peu à peu. Si les textes de droit français dans ce domaine sont relativement peu nombreux et simples, la jurisprudence s'enrichit progressivement. Je ne crois pas révéler un secret en disant que d'ici à la fin de l'année, un projet de loi sera déposé en France pour transposer plus complètement des directives européennes sur la discrimination. Une étape supplémentaire d'évolution du droit sera ainsi entamée.

Dès lors que le droit évolue, la formation doit nécessairement être continue. Une formation initiale, aussi parfaite soit elle, qui aurait été donnée il y a seulement cinq ans serait aujourd'hui totalement périmée. Nous nous réjouissons particulièrement que le Conseil National des Barreaux propose une formation continue sur ce sujet. Je ne trouve pas étonnant que la convention entre la HALDE et le Conseil National des Barreaux ait été une des toutes premières signées par la HALDE

Cette remarque me conduit à un troisième point. La HALDE est une autorité spécialisée. Nous avons une action propre et vigoureuse. Il est évident que nous ne pouvons l'exercer qu'avec le concours direct des avocats et des auxiliaires de justice. Nous avons reconnu cette nécessité que ce soit devant les tribunaux ou pour mettre en œuvre des procédures de médiation. Vous savez que nous nous attachons à développer la médiation. Les règles nous conduisent à passer des appels d'offres de médiation. Nous avons lancé un premier appel d'offres en région parisienne. Nous en passons un second pour la région du grand Nord-Est. Ces marchés de médiation répondent à des procédures publiques un peu lourdes mais ont l'avantage de nous permettre de valider la compétence juridique et les connaissances de notre interlocuteur. C'est en effet un aspect essentiel de l'efficacité d'une médiation. La médiation est un acte non judiciaire qui implique que celui qui l'exécute ait une maîtrise complète du droit, quitte à s'en éloigner un peu au nom de l'équité. Le médiateur doit savoir dans quelle mesure il s'éloigne d'une application rigide du droit pour pouvoir justement exercer sa liberté.

La HALDE a reçu au printemps 2006 la capacité d'intervenir de plein droit devant les tribunaux. Nous sommes amenés de plus en plus à présenter des observations - vous y avez fait allusion - devant les tribunaux. Cette possibilité est d'autant plus importante que la plupart des tribunaux ont peu traité d'affaires de discrimination et ont donc besoin eux-mêmes d'être formés au droit de la discrimination et au mode de preuve. Cette prise de parole est importante au-delà de l'affaire individuelle qui est traitée, importante elle aussi bien sûr. Je ne considère pas comme totalement inconcevable que, dans un certain nombre de cas, l'avocat puisse accroître les compétences juridiques du juge dans sa présentation, dans ce domaine comme dans d'autres.

Nous allons passer un marché pour qu'un certain nombre d'avocats soient nos correspondants lorsque nous présentons des observations dans les tribunaux. La formation et la coopération avec la profession d'avocat sont donc au cœur de notre activité. Nous espérons qu'en 2008, dans les écoles de formation du Barreau, dans les centres de formation régionaux à la profession d'avocat, le droit des discriminations trouvera sa place. C'est un vœu que je formule et qui, je l'espère, donnera lieu à un nouvel exemple de coopération entre le Barreau et la HALDE. Voici les propos introductifs que je voulais vous tenir. Je souhaite aux intervenants et aux auditeurs une après-midi d'échange riche et fructueuse. Je vous remercie une fois encore, Monsieur le Président, de nous accueillir ici.

Pierre-Albert IWEINS

Je m'aperçois que j'ai omis de citer les intervenants de la table ronde sur les problèmes déontologiques. Il s'agit du bâtonnier Jacques Curtil et de Marie-Aimée Peyron qui sont membres du Conseil National des Barreaux, Madame Peyron étant membre du bureau, mais aussi de Luc Ferrand, directeur juridique de la HALDE. Je vous remercie infiniment Monsieur le Président pour vos propos. Chacun d'entre nous a retenu que des appels d'offres vont être lancés. Il est important que des personnes compétentes y participent. Faites le savoir autour de vous. Quant à votre demande à propos de la formation au CFRP, Pierre Lafont qui est membre de la commission formation du Conseil National des Barreaux, Marie-Aimée Peyron qui s'en occupe au titre du bureau et moi-même l'avons bien reçue. Nous ferons le nécessaire pour que cela puisse être mis en place aussi vite que possible. Je ne sais pas si nous le ferons dès 2008. Pierre Lafont peut peut-être nous en dire plus.

Pierre LAFONT

Le moment est certainement venu d'en parler puisque la commission de la formation réfléchit aux plaquettes de la formation initiale.

Marie-Aimée PEYRON

Les recommandations ont été diffusées dans les centres. L'idée est de mettre une telle formation en place à l'EMP Paris avant de l'étendre.

Pierre-Albert IWEINS

Ce sera un module déclinable.

Propriétaires – bailleurs : une liberté de choix obsolète ?

Luc FERRAND, Directeur juridique de la HALDE ;

Jean-Pierre FORESTIER, Avocat au Barreau de Paris, membre du Conseil National des Barreaux

Luc FERRAND

Bonjour à tous. Il me revient la délicate mission d'ouvrir les travaux dans leur partie technique avec un sujet que nous avons voulu extrêmement polémique dans son intitulé. Il est en effet destiné à provoquer des réactions de votre part. Je vais essayer de vous présenter un bilan de l'action de la HALDE en matière de lutte contre la discrimination dans l'accès au logement privé en argumentant essentiellement sur le refus de location. Je laisserai ensuite la place à mon contradicteur car je sais que la contradiction est au cœur de cette table ronde.

Je vais d'abord évoquer le contexte et ce que la HALDE a pu constater avant de commencer à se prononcer. Nous sommes dans un contexte de marché locatif extrêmement tendu qui fait que, d'une part, le prix des loyers est tendanciellement en hausse constante quels que soient les démentis de la presse spécialisée sur le sujet et que, d'autre part, il est extrêmement difficile aujourd'hui d'accéder à la location. Ce contexte particulier - c'est un constat pour la HALDE mais aussi pour les autorités publiques - favorise le refus de location de nature discriminatoire qui vient régulièrement s'abriter derrière une série de motifs. Les motifs les plus constatés et sanctionnés par la HALDE et par la jurisprudence consistent à affirmer au candidat locataire discriminé que le logement n'est plus disponible au moment où il se présente ou que ce candidat ne présente pas les conditions de représentation du loyer suffisantes pour obtenir le logement en cause.

Vous savez que la tension des prix implique une augmentation permanente des garanties demandées. Les propriétaires réclament traditionnellement au moins trois mois de loyer à titre de dépôt de garantie. De plus en plus, ils cherchent à exiger du candidat locataire un an de loyer à titre du dépôt de garantie mais aussi que le candidat double ce dépôt de garantie d'une garantie personnelle. Ces pratiques ne sont pas en tant que telles discriminatoires mais elles ont souvent pour conséquence de viser à masquer le choix discriminatoire d'un locataire qui n'est pas nécessairement le plus solvable - ainsi que la HALDE a pu le constater à de très nombreuses reprises - mais qui présente dans l'esprit du bailleur les meilleures garanties d'une location paisible.

Nous sommes ici face à un glissement sémantique sur lequel nous avons beaucoup travaillé. La difficulté principale qui est au cœur de mon intervention est de mettre en évidence la nécessaire cohabitation de plusieurs principes juridiques : la liberté du contrat affirmée par le Code civil, la pleine et entière propriété du bailleur dictée par la Constitution et par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et enfin les principes de non-discrimination. La difficulté de la coexistence de ces différents textes réside dans le fait que, le plus souvent, le bailleur ou l'intermédiaire en matière de logement n'a pas clairement conscience que ces trois textes cohabitent. Le bailleur croit de bonne foi que le principe constitutionnel est prééminent sur les principes de non-discrimination. Il ne conçoit pas que sa liberté de choix soit occultée ou plus exactement obérée par le principe de non-discrimination. Le propriétaire cherche un locataire qui lui ressemble. La discrimination contre les différentes personnes susceptibles d'être concernées est protéiforme et touche aussi bien les candidats d'origine étrangère que les personnes handicapées, les familles monoparentales, les personnes âgées, les étudiants et les couples homosexuels pour ne citer que les principales

réclamations dont la HALDE a été saisie. Le nombre de ces réclamations est faible : 300 depuis la création de la Haute Autorité, soit une moyenne de dix par mois. Nous disposons tout de même d'un échantillonnage représentatif : 46 % des victimes saisissent la HALDE sur le critère de l'origine. Le critère de l'état de santé ou du handicap est invoqué dans 23 % des réclamations. La situation de famille concerne 4,7 % des cas. Dans ce domaine, c'est le plus souvent la structure monoparentale (femme divorcée avec enfants à charge) qui est en cause. L'âge, s'agissant de la difficulté des personnes âgées ou des étudiants à accéder au logement, et l'orientation sexuelle représentent chacun 3,2 % des dossiers.

Nous observons donc des réalités extrêmement contrastées. Comme dans toutes les matières de discrimination dont la HALDE est saisie, le critère de l'origine l'emporte. Nous disposons d'une photographie assez fidèle puisqu'elle est illustrée par le test de discrimination qui a été l'objet d'une communication en 2006. Pour imparfait qu'il était, il révélait la persistance de ces critères notamment la discrimination fondée sur l'origine.

Le cadre légal dans lequel s'inscrit la répression de la discrimination en matière d'accès au logement est un cadre imparfait mais pour autant structuré. La loi de 1989 portant réglementation des rapports locatifs a été renforcée en 2002 par l'inscription dans l'arsenal d'un recours purement civil pour le refus discriminatoire en matière de location. La loi exprime désormais le caractère fondamental du droit au logement et le principe de non-discrimination en prévoyant « *qu'aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement en raison de son origine, son patronyme, son apparence physique* ». Ces trois critères sont évidemment liés puisqu'il s'agit d'une reprise des critères communautaires visant à lutter contre la discrimination dite raciale. Les critères suivants sont « *son sexe, sa situation de famille*, (les deux critères sont là aussi homotéthiques, la situation de famille renvoyant le plus souvent à l'état de femme célibataire ou divorcée), *son état de santé, son handicap, ses mœurs et son orientation sexuelle*. Précisons que contrairement au strict esprit de la loi la Halde entend la notion de mœurs, non plus comme l'orientation sexuelle, mais bien comme le mode de vie du locataire. Sont également mentionnés : « *ses opinions politiques, ses activités syndicales, son appartenance ou sa non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Nous voyons que le critère de la religion est souvent un marqueur de l'origine ethnique et un motif invoqué par les bailleurs pour refuser la location.

La HALDE considère que si cet arsenal est assez sophistiqué, il est incomplet. Nous avons déjà recommandé que le critère de l'âge soit pris en compte. Il ne figure pas en tant que tel dans les critères élaborés par la loi Mermaz. La HALDE a constaté à plusieurs reprises que les étudiants se voyaient refuser l'accès au logement au motif évident qu'ils ne présentaient pas de garanties personnelles de représentation du loyer puisque le plus souvent ils ne sont pas salariés ou s'ils sont salariés, leurs revenus sont modestes. La notion d'occupation paisible du logement réapparaît. Le bailleur a toujours l'idée - je caricature volontairement - que l'étudiant fait du bruit, rentre tard, n'a pas de vie réglée et dégrade les lieux.

J'ai en tête un exemple récent dont la HALDE a été saisie et qui n'a pas encore été tranché puisqu'il est à l'instruction. Il s'agit d'un bailleur refusant de louer un logement à deux jeunes candidats colocataires, étudiants en école d'ingénieur en fin de cycle d'étude. Le motif du refus s'articule autour de l'idée qu'il n'est pas normal que ce « couple » au sens exclusivement pécuniaire du concept puisse accéder à la location d'une maison. Ces deux jeunes hommes se présentaient pour louer un pavillon parce qu'étudiants en ingénierie musicologique, ils avaient besoin d'espace pour entreposer du matériel. Le bailleur considère que deux étudiants n'ont pas à louer un pavillon car lorsque sa propre fille était étudiante, elle se contentait d'un logement modeste. Le propriétaire

disserte abondamment sur la justification de son refus de location et explique que la cohabitation de deux garçons est par nature suspecte. Il finit par ajouter que les étudiants causent du désordre et qu'il est inconcevable que deux garçons qui vont faire du bruit s'installent dans un lotissement tranquille.

Ce cas témoigne du sentiment diffus, mais assez facile à caractériser, du préjugé qui légitime dans l'esprit de son auteur la portée discriminatoire. Il est évident dans cet exemple particulier que le bailleur est sûr de son bon droit. Il sait qu'en vertu de la Constitution et des principes immémoriaux de la Révolution française, sa propriété est inviolable et sacrée et qu'il en fait ce que bon lui semble. Quand bien même les deux étudiants ont des revenus, des parents aisés qui offrent toutes les garanties, le propriétaire refuse la location alors même que le bail est déjà signé. C'est en effet l'agence qui a formalisé l'acte. En refusant, le propriétaire s'expose à des sanctions aussi impitoyables que vous pouvez l'imaginer. Nous y reviendrons. Les condamnations prononcées par les juges sont à la hausse. L'idée consiste à populariser ces condamnations pour créer un effet de dissuasion. Nous avons rendu plusieurs décisions auxquelles je vous renvoie. Toujours sur le problème du critère de l'âge, nous avons vu les populations d'autres écoles, souvent prestigieuses, discriminées de la même manière.

La HALDE a recommandé au gouvernement que les critères soient complétés. En matière d'âge, la discrimination est réversible dans le domaine de l'emploi comme dans celui du logement. Les personnes âgées subissent les mêmes difficultés que les étudiants. Certains syndicats de copropriétaires ajoutent au règlement intérieur des dispositions prohibant la location aux personnes de plus de 65 ans parce qu'elles ont par nature plus de risque de tomber malade que les autres. Une personne âgée qui est hospitalisée risque de quitter les lieux durablement voire d'être ensuite réorientée vers une maison de soins de manière définitive. Elle ne pourra peut-être pas payer le loyer le temps de l'hospitalisation si les frais médicaux qui restent à sa charge sont trop importants. Elle quittera en tout cas les lieux de manière désordonnée par rapport au terme prévisible du bail. Elle compromet donc la sécurité économique du bailleur. Nous avons même vu, dans des résidences réservées aux personnes âgées, des clauses prohibant la location aux personnes de plus de 80 ans parce que celles-ci risquent de mourir en cours de bail et donc de désorganiser le rapport économique entre bailleur et locataire.

Je voudrais évoquer maintenant la charge de la preuve. Comme en toute matière de discrimination, le recours civil permet l'aménagement de la charge de la preuve. J'appelle ici les avocats de la défense de la victime à employer abondamment ce dispositif légal. Il est utile. Nous avons abordé largement cette question il y a deux ans. Les actes du séminaire sont disponibles sur nos sites Internet respectifs. Il suffit de recueillir les indices d'une discrimination pour que la charge de la justification de la mesure prise pèse sur le défendeur, contrairement aux principes généraux du procès civil. Dans l'exemple des deux étudiants, il suffit de démontrer que le bail a été rompu alors même qu'il venait d'être signé pour apporter un indice suffisant de la mauvaise volonté du bailleur. Le bailleur a ensuite la charge de démontrer qu'il n'a pas refusé de louer pour l'ensemble des motifs qu'il avait par ailleurs avoués dans la procédure. La charge de la preuve est donc un point crucial.

Le thème de la caution ultra-marine fait partie de notre actualité. Pour ceux qui suivent nos travaux, vous avez peut-être su que la HALDE avait été confrontée à plusieurs reprises au problème de la garantie personnelle et de la pratique de certaines agences immobilières de refuser la caution d'une personne résidant outre-mer pour un locataire souhaitant s'installer en métropole. Le motif de ce refus repose sur les dispositions du Code civil qui ne permettent la garantie personnelle que dans le

ressort de la Cour royale. Nous pourrions reprocher au législateur civil de ne pas avoir su adapter la constitution de la garantie personnelle au mode moderne de recouvrement des créances alors que les voies d'exécution ont été réformées il y a plus de dix ans. Dans une délibération du 26 septembre 2005, la HALDE a demandé la clarification des règles applicables à la caution. Cela n'a été fait que pour partie. Cette recommandation sera réitérée à l'occasion du prochain rapport annuel de la HALDE.

Le recours pénal est celui qui est censé faire le plus peur et mobiliser la profession d'avocat. Je ne résiste pas au plaisir de l'évoquer. Nous avons enregistré une série de condamnations correctionnelles récentes qui permettent de fixer les marqueurs du risque couru par le bailleur. Traditionnellement, les sanctions prononcées par les tribunaux correctionnels consistaient en des amendes avec sursis d'un montant relativement faible. Depuis quelques mois, nous assistons à une amélioration du processus. Désormais, des peines d'emprisonnement avec sursis d'environ un mois et des amendes de l'ordre de 15 000 euros sont prononcées. Nous avons aussi vu apparaître l'allocation de dommages et intérêts conséquents, proches de 10 000 euros.

Nous passons ainsi d'une mesure purement dissuasive à une mesure plus coercitive qui est de nature à remettre un peu d'autorité dans la pratique juridique. La pratique judiciaire pose plus fermement la règle de l'interdit et est peut-être, au-delà de la simple réaffirmation du principe, de nature plus préventive. En effet, même si l'amende avec sursis figure au casier, le bailleur ne court qu'un faible risque d'être repris. Ce caractère plus fortement coercitif permettra sans doute une prise de conscience.

Nous évoquions hier avec le Parquet de Paris la question des peines complémentaires à l'égard des intermédiaires. Je crois qu'il est assez évident aujourd'hui que l'intermédiaire, qui peut être complice de la prestation intellectuelle du refus de location de la part du bailleur voire seul poursuivi au titre de la complicité, encourt non seulement le risque mesuré aujourd'hui autour de l'amende, de l'emprisonnement avec sursis et de l'allocation de dommage et intérêts, mais aussi la peine complémentaire de l'interdiction professionnelle. C'est une donnée importante qui devrait générer de meilleurs comportements. Je rappelle que la HALDE a passé une convention avec la fédération nationale FNAIM en 2005. Elle prévoit l'articulation de la mesure disciplinaire.

La HALDE peut en effet demander à une profession organisée d'engager une procédure disciplinaire interne. Un avocat qui refuse d'embaucher un collaborateur d'origine étrangère peut non seulement subir les poursuites pénales mais peut évidemment être poursuivi à l'initiative de la HALDE devant son ordre. Il en va de même pour les agents immobiliers adhérents du réseau FNAIM qui ont adopté un code de déontologie qui prohibe l'action discriminatoire. La sanction n'est pas ici complètement neutre puisqu'elle peut aller jusqu'à l'exclusion du réseau et donc jusqu'à la perte de la garantie financière consécutive à l'adhésion. Je vous renvoie pour plus d'informations au document très complet joint à votre dossier. Il fait un point exégétique des décisions de la HALDE et de la jurisprudence la plus récente.

Jean-Pierre FORESTIER

Lorsque j'ai été convié par le Conseil National des Barreaux à participer aux travaux de la HALDE pour donner le point de vue du praticien immobilier, je fus d'abord perplexe, pour ne pas dire circonspect.

La légitimité de la lutte contre les discriminations ne se discute pas, mais encore convient-il de ne pas céder à une forme d'ivresse répressive.

C'est ce dernier motif qui m'a conduit, en définitive, à accepter d'être le contradicteur amical, courtois et résolu de Luc FERRAND, Directeur Juridique de la HALDE et Magistrat, sur le sujet hautement provocateur – mais révélateur d'un esprit ambiant – « *la liberté de choix obsolète du bailleur* ».

En premier lieu, ce qui gêne dans cet énoncé c'est qu'il est affirmatif et non point interrogatif :

« le politiquement correct ne doit pas dicter le juridiquement incorrect ».

Bien sûr, le juridiquement correct est défini par la Loi mais certains textes laissent songeurs et leur empilement, pour conférer au dispositif un caractère d'application générale, ne convainc pas.

Ainsi, l'article 225-1 du Code pénal interdit toute distinction entre les personnes « *à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur apparence physique, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques..., de leur religion, de leur race* ».

Puis ensuite, bien évidemment, l'article 225-2 du même Code retient l'application du texte précédent pour le refus de fournitures d'un bien ou d'un service, de sorte que la matière immobilière n'échappe pas à l'incrimination de la discrimination.

Les errements de la politique du logement en FRANCE au cours des 40 dernières années, politique du logement qui aurait mérité un débat plus large que celui qui nous occupe aujourd'hui, devraient conduire nos décideurs - Parlement, Cabinets ministériels - à cesser de traiter l'immobilier comme **un service ordinaire... qu'il n'est pas.**

A - La question posée est de savoir quel est le périmètre normal puis le périmètre légal du choix du bailleur.

Selon le dictionnaire « *LE PETIT ROBERT* », « **CHOISIR** » c'est :

« *Prendre de préférence parmi d'autres (exemples : choisir un mari, un député ou un avocat)* » (*sic*).

Au sens fort, « choisir » c'est :

« *Préférer avec discernement ou prendre une décision en faveur de quelqu'un (choisir ses amis ou choisir entre deux candidats)* ».

Selon le même « *PETIT ROBERT* », « **DISCRIMINER** » c'est :

« *Distinguer l'un de l'autre selon des critères définis* »,

ce qui peut, dans le langage courant, se traduire par « *séparer un groupe social des autres en le traitant plus mal* ».

La frontière devient ténue, car si je m'interdis de « *traiter plus mal* », dois-je m'interdire d'avoir des préférences ou, tout simplement, de discerner ?

Dans le thème qui nous occupe, il s'agit donc de déterminer si l'on admet qu'il subsiste encore des critères de sélection d'un locataire.

B - Par principe, lorsqu'un candidat locataire doit être retenu, le bailleur va opérer une sélection en fonction :

- des ressources,
- de la profession,
- des garanties,
- de l'âge,
- de la situation familiale.

Ainsi énoncés, les critères de sélection évoqués ne choqueront pas les esprits et ils seront peut-être même considérés comme raisonnablement légitimes.

Et pourtant, souvenons-nous du contenu de l'article 225-1 du Code Pénal.

Partie de la lutte contre la discrimination raciale et religieuse, il y a aujourd'hui une logique de raisonnement qui s'est mise en place et qui combat toutes formes de discrimination, voire même des discriminations indirectes, qui sont peut-être l'enjeu du futur.

Au-delà de la dimension philosophique du sujet, on peut s'interroger sur les bienfaits de cette politique d'amalgame juridique ou le droit, se substituant à la raison sinon à l'intelligence, veut régir toutes les situations de tous les individus, tandis que dans le même temps l'empilement ou l'empilage de législations ou réglementations dérogatoires est lui-même – et de façon criante et évidente – le moteur de certaines discriminations.

Prenons quelques exemples :

L'âge : si on admet qu'un locataire « âgé » (par exemple plus de 80 ans) est inexpulsable, un bailleur a-t-il un intérêt légitime et raisonnable à louer un logement à ce locataire ?

Age et ressources : si, à l'inverse, lors de la location d'un appartement à un jeune dont on sait que c'est la classe d'âge la plus volatile en terme d'emploi, est-il sage ou, au contraire, excessif de demander des garanties de paiement de loyer (caution) que l'on ne demanderait pas à une autre catégorie ? Est-il anormal, lorsque l'on sait que l'on ne peut exécuter une caution qu'en son lieu de résidence, d'être réticent à accepter une caution émanant d'un résident à l'étranger (fut-il français ou non) ?

Certains garderont en mémoire l'arrêt de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation (19 mars 2003) selon lequel il n'apparaît pas anormal qu'un bailleur se constitue des sûretés de nature à garantir le paiement des loyers, alors qu'au regard du droit international, il est constant qu'il est plus difficile pour un ressortissant d'un Etat de l'Union Européenne de faire valoir ses droits à l'extérieur de l'Union.

Il reste que la loi ENL du 13 juillet 2006 a modifié la loi du 6 juillet 1989 en énonçant que le bailleur ne peut pas refuser la caution présentée au motif qu'elle ne réside pas sur le territoire métropolitain.

En clair, l'article 2295 du Code civil (ou 2018 ancien) est abrogé pour les baux d'habitation.

C - En matière de location ou de vente, où se situe la lutte contre la discrimination ?

En clair,

Est-ce dans le processus strict de la sélection des candidats ou est-ce dans le processus de la collecte des candidatures ?

A ce jour, on peut considérer que la lutte se situe essentiellement au stade de la collecte des candidatures.

La loi d'Engagement National pour le Logement, dite ENL, **du 13 juillet 2006, par son article 98**, a introduit, parmi les condamnations susceptibles d'entraîner une incapacité d'exercer prévue dans la loi HOGUET du 2 janvier 1970, la condamnation pour délit de discrimination.

Le législateur a souhaité faire en sorte que l'agent immobilier, l'administrateur de biens, ou tout autre intermédiaire, qui aurait discriminé dans l'exercice de son mandat se voit frappé d'une interdiction d'exercice.

Bien entendu, il appartiendra à l'autorité judiciaire d'apprécier si l'incapacité d'exercice peut et doit être retenue, même si nous ne sommes pas convaincus que, sauf gravité extrême et sauf récidive avérée, cette incapacité d'exercice soit juridiquement acceptable puisqu'elle constitue, par ailleurs, une double peine.

Pour sa part, **l'article 45 de la loi du 31 mars 2006** a admis la pratique du « testing » comme mode de preuve d'un comportement discriminatoire et il a été admis que, dans le domaine immobilier, le « testing » soit recevable pour établir les discriminations à la location.

Tout ceci risque de conduire à une somptueuse hypocrisie. En clair, quand on va sélectionner le locataire il convient de ne jamais révéler – même de façon implicite – la motivation d'un choix ou d'un non choix.

D - Diverses décisions de jurisprudence méritent de retenir l'attention, étant observé que dans la vie d'un immeuble il faut distinguer la discrimination en matière locative et la discrimination en matière de copropriété.

En matière locative, un arrêt de la 14^{ème} chambre B de la Cour d'appel de PARIS **du 27 octobre 2000** retient l'attention.

Il s'agissait d'un bailleur qui avait mis en place dans un immeuble un système de digicode et de serrure électrique.

Un locataire de religion juïque revendiquait le droit à avoir une clé... que le bailleur se refusait à lui délivrer.

La Cour d'appel a jugé et arrêté que le bailleur manquait à son obligation de délivrance au sens de l'article 1719 du Code civil, en refusant de donner des clés qui permettraient de se substituer à un digicode, car il manque, à cette occasion, à son obligation de bonne foi au sens de l'article 1134 du Code civil.

Force est d'observer que cette solution est rigoureusement inverse à la jurisprudence qui semble s'être dégagée en matière de copropriété.

En matière de copropriété, un arrêt de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation en date du 8 juin 2006 a, en effet, retenu que la liberté religieuse ne peut pas avoir pour effet de rendre licites les violations des stipulations d'un règlement de copropriété qui interdisait d'installer de quelconques ouvrages sur des balcons.

En l'espèce, un copropriétaire de religion judaïque avait voulu installer sur son balcon terrasse une cabane en végétaux pour observer les préceptes de sa croyance religieuse.

L'assemblée des copropriétaires avait contesté cette installation et il s'en était suivi un contentieux ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour. On fera observer ici que le droit de la copropriété est – à notre sens – en parfaite contrariété avec le dispositif légal de lutte contre la discrimination. En matière de copropriété, la pierre angulaire du statut de l'immeuble est « la destination de l'immeuble » laquelle inclut **le standing de l'immeuble et le niveau social des occupants**.

E -Différente est la jurisprudence qui concerne « l'élimination d'une candidature à une location ou une acquisition ».

a) Un premier arrêt du **2 mai 2007 de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation** retient l'attention.

En l'espèce, il s'agissait de locaux professionnels.

Le bailleur avait donné congé à son locataire en lui indiquant qu'il n'entendait pas renouveler son bail.

Dès la libération des locaux le bailleur avait reloué les locaux à un tiers.

Les anciens locataires avaient aussitôt « hurlé à la discrimination » et la Cour devait donc apprécier s'il y avait eu un abus de droit, et si les éléments de la discrimination étaient réunis.

La Cour de cassation concluait négativement au visa d'une motivation qui peut recueillir l'approbation, sinon l'adhésion :

« Ayant relevé à bon droit qu'aucun droit au renouvellement n'est édicté en matière de baux professionnels, il ne peut être reproché au bailleur, eu égard au principe de la liberté contractuelle, de ne pas avoir repris comme locataire son ancien locataire, et il ne peut lui être reproché aucune discrimination ou abus de droit au regard de cette liberté contractuelle ».

L'arrêt ainsi rendu l'était par la chambre civile spécialisée en matière immobilière.

b) En matière pénale Il ne faut pas se cacher l'appréciation est parfois plus restrictive et sévère.

Un premier arrêt de la **Cour d'appel de GRENOBLE en date du 8 novembre 2006** mérite examen.

Il s'agissait, en l'occurrence, de l'exercice d'un droit de préemption par le Maire d'une commune.

La Cour d'appel de GRENOBLE retient qu'un Maire peut se rendre coupable de discrimination raciale pour utiliser le droit de préemption de la commune et détourner ledit droit en empêchant des candidats acquéreurs d'origine maghrébine d'acquérir une maison sur le territoire de sa commune, dès lors :

- qu'il est établi que l'immeuble a ensuite été revendu ultérieurement à un tiers sans exercice du droit de préemption,
- que les motifs d'aménagement public qui étaient invoqués dans l'avis de préemption sont démentis par les faits et étaient manifestement faux.

c) La jurisprudence pénale la plus récente démontre également que c'est dans le processus de collecte des candidats à la location que sont exprimées les critiques les plus vives.

Il est clair que la volonté du législateur, de la HALDE, et des autorités judiciaires est d'exercer une action « fermement pédagogique » par priorité sur les intermédiaires et les agents d'entremise.

D'évidence, ces autorités considèrent qu'il est plus facile de contrôler et de juguler l'action des professionnels que celle des citoyens de droit commun, propriétaires-bailleurs.

Deux décisions sont en la matière topiques, à savoir :

- un arrêt de la Cour d'appel de TOULOUSE, 3^{ème} chambre correctionnelle, du 5 octobre 2004,
- un jugement du Tribunal de Grande Instance de PARIS, 17^{ème} chambre correctionnelle, du 20 septembre 2007.
-

Dans les deux cas, il apparaissait dans des listings internes des professionnels les mentions en face de certains logements :

« pas d'étudiants, pas de gens de couleur ».

Les motifs des deux décisions sont les suivants :

« L'agence, en se faisant le relais des exigences et pratiques discriminatoires commet le délit de discrimination.

Même si nul n'accuse le directeur de l'agence d'un comportement personnellement raciste ou discriminatoire, il en ressort qu'il appartient aux professionnels de l'immobilier de prévenir les exigences inadmissibles de certains propriétaires. »

Mais alors à quoi sert exactement un agent immobilier, un agent d'entremise lorsqu'il s'agit de trouver des candidats locataires ou des candidats acquéreurs ?

S'il n'y a plus de liberté de choix, et que tout refus à un membre d'une minorité peut être considéré comme discriminatoire, quelle mission doit assumer l'agent d'entremise ?

Il est extraordinaire de lire, dans les revues professionnelles les plus avisées :

« Dès lors en pratique, un professionnel chargé de louer un appartement ne peut que vérifier la solvabilité du locataire. Il ne doit pas s'attacher à la condition du locataire même s'il a reçu des ordres précis pour effectuer une sélection entre les candidats ».

(Dictionnaire Permanent Gestion Immobilière – Mise à jour janvier 2006).

Dans un monde idéal, peuplé de gens uniquement animés par la bonté, dans une société idéale où il n'y aurait aucune pénurie et aucun besoin, il ne fait pas de doute que les principes généreux de l'article 225-1 seraient fondés.

Dans une société de démocratie, où au demeurant on ne cesse de demander aux citoyens de choisir, dans une société où la pénurie de logement est quotidiennement dénoncée, à juste titre, on explique à un million de bailleurs, personnes privées, qu'ils devront choisir leurs locataires « par tirage au sort dans un chapeau ».

Quand on sait qu'en moyenne il y a cinq candidats par logement offert à la location, est-ce que nos politiques et notre législateur sont intellectuellement honnêtes en proposant des principes dont la nature n'est pas discutable mais dont l'application est totalement irréaliste, sauf... pour Jean-Jacques ROUSSEAU.

Si l'on pousse les propriétaires bailleurs, et notamment les particuliers personnes physiques à se détourner de l'immobilier, la crise du logement sera sans commune mesure avec celle que nous connaissons aujourd'hui et alors il faudra peut-être se rabattre sur le slogan de notre Président selon lequel « *il faut une FRANCE de propriétaires* », sous-entendu la FRANCE des locataires n'est pas une priorité.

Il faut également insister sur le fait que notre arsenal législatif, réglementaire, et l'application ou l'interprétation judiciaire qui peut en être fait, sont bien souvent des générateurs involontaires mais pernecieux de discrimination.

A force par exemple d'empiler – quand bien même fut-ce pour de bonnes raisons - des dispositifs de «ralentissement» de la procédure d'expulsion

de locataires ayant failli à leurs obligations contractuelles élémentaires (ce qui a valu à la France de voir son système juridique et judiciaire comparé à celui de la Jamaïque, voire l'Arménie par le

Doing Business de la Banque Mondiale) on a incontestablement renforcé un sentiment exacerbé de précaution laissant libre cours à des préjugés irraisonnés.

Mais, plutôt que de faire son mea culpa quant à ses propres dérives, nos institutions ont fait le choix de culpabiliser ceux qui n'entrent pas dans le « moule », et notamment les bailleurs personnes privées et physiques. Or celles-ci sont confrontées à une problématique très particulière car le (le singulier est employé à dessein) bien immobilier qui est le leur, c'est le fruit de leurs économies, de leurs efforts, voire de leurs engagements financiers vis-à-vis d'une banque.

Pour ceux-là, l'appréciation du risque locatif et l'impact de ce risque ont une portée trop souvent méconnue par nos décideurs, y compris quand cela tourne mal, très mal.....

EN CONCLUSION, il faut comprendre – et c'est le sens de l'arrêt du 2 mai 2007 précité – :

- tant que la société française se singularisera par une pénurie immobilière,
- tant que l'offre à la location d'un logement suscitera plusieurs candidatures de locataires,

le bailleur gardera un libre choix et un libre arbitre dans la détermination de la personne avec laquelle il souhaite contracter. Et il n'appartiendra ni au législateur, ni au Juge, d'effectuer un choix à la place du propriétaire-bailleur.

A l'inverse, le jour où il y aura moins de candidats que de biens à louer, si un bailleur vient à écarter le seul candidat qui se présente, la question d'un « refus de contracter » discriminatoire se posera réellement. La vacance des logements est, à notre sens, autant condamnable.

Mais, la loi même dictée par un souci de générosité et de bonté n'est pas marquée par le sceau de l'infailibilité ;

On peut être bon samaritain et se draper dans des concepts vertueux, à condition de ne pas méconnaître la réalité du terrain.

A défaut, on fait de la loi un instrument de gesticulation médiatique et d'exploitation des opinions.

En son remarquable ouvrage, « Une Vie » Simone VEIL écrit

« Je déteste ce moralisme rigide et infantilisant où on désigne des coupables et des responsables en faisant bon marché des réalités complexes »

Nous y sommes à nouveau,.....et pourtant la lutte contre les discriminations demeure justifiée.

Débat avec la salle

François-Xavier MATTEOLI

Si j'ai bien compris le propos de Jean-Pierre Forestier, la seule manière pour un propriétaire de discriminer sans le paraître, c'est d'avoir des exigences en matière de garantie, de dépôt de caution ou de dépôt de loyer. Par elles-mêmes, elles effectuent la sélection qu'il souhaite.

Luc FERRAND

Je crois que, malheureusement, la situation est plus complexe. Du point de vue de la HALDE, c'est une concussion nécessaire mais elle ne peut pas être abusive. Nous sommes exactement calés sur la position de la revue qui a été citée, c'est aussi celle de la jurisprudence dominante. La liberté de choix du bailleur se limite à la vérification et au contrôle des garanties de représentation du loyer. Il n'a pas de liberté de choix au regard des critères prohibés par la loi. En revanche, il ne saurait poser des conditions abusives. La HALDE aussi bien que le juge apprécie le bien-fondé des conditions posées par le bailleur et s'assure que les conditions n'ont pas été posées uniquement pour être contournées. Dans bien des dossiers, des conditions extrêmement restrictives sont fixées mais ne sont pas exécutées. Nous apprécions, d'une part, la légitimité de la mesure de garantie fixée par le bailleur et, d'autre part, la loyauté du bailleur dans l'exécution du contrat qu'il a lui-même déterminé.

François-Xavier MATTEOLI

Quelle est la sanction à laquelle s'expose le propriétaire qui réclame un an de loyer ?

Luc FERRAND

En ce qui concerne la HALDE, la sanction intervient quand des garanties exorbitantes non justifiables s'ajoutent à cette année de loyer. En matière de discrimination, nous apprécions le caractère justifié et proportionné de la mesure. Elle peut être proportionnée si le caractère particulier du bien justifie l'exigence d'un an de loyer. Mais dans le cas d'un cadre dirigeant d'entreprise d'une cinquantaine d'années qui gagne dix fois le montant du loyer, il semble peu justifié d'exiger la caution de ses deux parents.

François-Xavier MATTEOLI

Il s'agit d'un cas d'école, non de la réalité du terrain.

Luc FERRAND

C'est une certaine réalité du terrain, celle dont nous sommes saisis. Elle concerne en particulier les cadres « exportés » vers les territoires français par des entreprises étrangères ou ceux « importés » par des entreprises françaises.

François-Xavier MATTEOLI

Aucun effet d'augmentation générale des loyers n'est induit. C'est bien la thèse de Jean-Pierre Forestier. A force de mettre en place des règles antilibérales, vous avez pour effet, dans un marché tendu, de rendre plus difficile l'accès à la location.

Luc FERRAND

Vous soulevez un point de vue philosophique. Je ne suis pas du tout convaincu que le droit de la non-discrimination soit un droit antilibéral dans sa conception même. Au sens anglo-américain du terme, c'est au contraire un droit libéral puisqu'il vise à déréglementer au maximum et ne permet pas l'application d'autre critère que le critère économique. Ce droit vise à garantir la libre circulation dans le cadre de l'Union européenne. Tel est l'état d'esprit des directives.

Antoine HINFRAY

Merci de votre intervention. Nous comprenons la difficulté de discerner la limite entre la liberté de choix et la discrimination. Un des mérites de ce colloque est de nous sensibiliser sur cet aspect. En tant qu'avocats, je pense que nous avons beaucoup de travail, au niveau du contradictoire, avant de répondre aux appels d'offres de la HALDE puisque c'est peut-être notre mission première qui est concernée à ce stade.

Je voudrais vous soumettre une difficulté. Je lis dans le dossier que l'annonce faite par un propriétaire de rechercher des candidats de préférence fonctionnaires a été considérée comme discriminante. Ce propriétaire cherche la stabilité des revenus. Paradoxalement, nous savons que dans certaines presses spécialisées tout à fait officielles, des groupes de fonctionnaires passent eux-mêmes des annonces en tant que chercheurs de baux. Il s'agit de grandes institutions et de ministères bien connus. Est-ce ou non une discrimination ? Je suis un peu en porte-à-faux en tant qu'avocat. Je me pose donc la question.

Par ailleurs, vous parliez des sanctions. Les personnes morales sont-elles sujettes aux sanctions au titre de la discrimination ? Cette question rebondit éventuellement sur le propos soulevé par Jean-Pierre Forestier, au sujet de la loi Hoguet, sur la carte professionnelle pour les intermédiaires.

Luc FERRAND

Il s'agit d'un mécanisme de discrimination indirecte. Nous avons jusqu'ici seulement évoqué les cas de discrimination directe où le bailleur pose des conditions évidentes de discrimination liées à un critère prohibé. Nous n'avons pas évoqué le mécanisme plus subtil et pervers de la discrimination indirecte. Celle-ci est bien souvent inconsciente. Le bailleur qui refuse des candidats d'origine étrangère est nettement en position de savoir qu'il discrimine. A la lecture des revues professionnelles qui conseillent de ne s'attacher qu'au critère de représentation du loyer, les propriétaires ont le réflexe de n'accepter que des candidats en CDI, voire des fonctionnaires dont les traitements sont régulièrement revalorisés et qui ne peuvent pas être licenciés. C'est une mesure apparemment neutre qui a pour effet d'exclure toutes les personnes qui ne remplissent pas cette condition. Il s'agit par nature des personnes qui n'ont pas la nationalité française. Dans les emplois de la Fonction publique, 7 000 relèvent du principe de nationalité au titre de l'exercice de

prérogatives de puissance publique. Les ressortissants de l'Union Européenne sont exclus de ces 7 000 emplois, ainsi que tous les ressortissants étrangers à l'Europe.

Sur la question de la personne morale, la réponse est oui.

Employeurs : aggravation du risque pénal et financier

Caroline MECARY, Avocate au Barreau de Paris ;

Pierre-Jacques CASTENET, Avocat au Barreau de Paris, membre du Conseil National des Barreaux ;

Sylvie KERN, Chef du pôle emploi de la HALDE ;

Brigitte PESQUIÉ, Chef du service pénal de la HALDE

Caroline MECARY

Il me revient l'honneur d'ouvrir la table ronde traitant de la problématique des employeurs et de la question de l'aggravation du risque pénal et financier. Etymologiquement, notre droit positif ne fait que discriminer, c'est-à-dire séparer, distinguer des catégories de citoyens qui sont placées factuellement dans des situations différentes. Il en est ainsi par exemple de la différence de traitement juridique entre le majeur et le mineur ou encore entre le ressortissant étranger et le ressortissant national. Toute la question est de savoir si le critère sur lequel se fonde la différence de traitement juridique est objectivement neutre et donc recevable ou bien si ce n'est pas le cas. La difficulté va grandissante car à chaque époque, dans chaque société, la tolérance, les choix, les critères évoluent au gré des opinions. Ce que nous admettions hier devient intolérable aujourd'hui et nous ne savons pas quelle sera la situation demain.

La société française du XVI^{ème} siècle considérait le noir comme n'étant pas un sujet de droit. Il faudra attendre le Code noir, pour que celui-ci devienne sujet de droit en qualité que meuble, puis le XIX^{ème} siècle pour que l'esclavage soit aboli. Nous pouvons aussi évoquer la situation juridique des femmes, qui longtemps ont été traitées juridiquement différemment des hommes parce qu'elles appartenaient au sexe dit faible. Cette différence impliquait l'absence de droit de vote ou bien l'obligation de devoir en référer à l'époux pour ouvrir un compte bancaire. Ces différences de traitement qui ont longtemps été justifiées, sont aujourd'hui devenues intolérables.

Evidemment, ces évolutions ne se sont pas produites toutes seules. Chaque groupe social a dû lutter pour conquérir les mêmes droits que la majorité des autres citoyens. Aujourd'hui, il n'existe pas en principe sur le plan juridique de différence de traitement fondée sur l'origine, la race, la couleur de peau, le sexe. Cependant, l'absence de différence juridique n'empêche pas les comportements discriminatoires. C'est la raison pour laquelle le législateur, prenant peu à peu conscience de l'existence de ces comportements discriminatoires, a doté notre société d'outils juridiques qui permettent de lutter contre ces différences de traitement dites discriminatoires parce qu'elles sont fondées sur des critères non recevables dans notre société.

C'est d'abord au travers du principe d'égalité de traitement que la lutte contre les discriminations a été posée. Longtemps, la loi s'est limitée à rappeler le principe d'égalité et à proscrire, aussi bien sur le plan civil que sur le plan pénal, différentes formes d'illégalité. Plus récemment, le 30 décembre 2004, le législateur a renforcé l'arsenal juridique en instituant la HALDE, outil juridique sous l'influence de l'Union Européenne. Les juridictions ont aussi une part active dans cette lutte avec par exemple la validation du testing par la Cour de cassation ou plus récemment la validation de la prise d'acte, un nouveau mode de rupture des contrats en droit du travail. Ces instruments juridiques contraignent aujourd'hui les employeurs à agir. Leur action doit au minimum se situer à deux niveaux : celui du recrutement et celui de l'évolution de carrière. Si les employeurs ne respectent pas les principes posés par nos règles, la prise en compte de leurs

comportements du fait de la discrimination aura une conséquence sur la rupture du contrat de travail.

I. Le recrutement

1. Les offres d'emploi

Pierre-Jacques CASTANET

Le premier contact entre salariés et employeurs passe par l'offre d'emploi. Dès cette première étape, l'employeur s'expose au risque d'agir avec discrimination. Alors même que le contrat de travail n'est pas encore conclu, le fait d'offrir un emploi peut être source de discrimination. Les employeurs doivent donc être invités à une certaine prudence. Quelques principes de base doivent être rappelés. L'offre d'emploi ne doit faire état que de conditions ayant trait à la compétence professionnelle de façon tout à fait objective. Toute référence aux discriminations, qui sont par nature illicites, de l'article L. 122-45 du Code du travail doit être exclue. Je pense bien évidemment à des offres d'emploi qui feraient référence au sexe, à l'âge, à la religion, à la situation de famille ou à la couleur de peau.

Il faut aussi proscrire tout élément qui permettrait de tirer la conclusion que l'employeur recherche soit une femme soit un homme. L'employeur doit être prudent dans la rédaction. Il est nécessaire d'utiliser le terme « employé(e) » pour montrer que l'on recherche indifféremment un homme ou une femme. La loi prévoit, malgré tout, des exceptions. Je pense notamment aux artistes et aux mannequins pour lesquels nous pouvons comprendre que l'employeur recherche spécifiquement un homme ou une femme. Il est également admis de faire appel à la qualité de débutant ou d'expérimenté sans tomber dans la discrimination. Il est enfin important de faire attention aux discriminations indirectes c'est-à-dire à celles qui posent des conditions qui vont empêcher un certain nombre de personnes de se présenter. L'exemple très classique est celui de l'offre d'emploi qui exige une très forte disponibilité. Cette offre peut correspondre à une certaine exigence par rapport aux fonctions que la personne va devoir exercer mais de façon indirecte elle aura peut-être pour effet d'empêcher certaines personnes, notamment des mères de famille, de postuler. Elles ne se sentiront en effet peut-être pas la possibilité de postuler dans la mesure où cette disponibilité est exigée.

Toutefois, de moins en moins d'offres d'emploi ont un caractère aussi facilement discriminant. Je voudrais cependant vous citer l'exemple d'une PME qui recherchait des technicien(ne)s dans des fonctions industrielles et qui précisait rechercher des non-fumeurs. Je pense qu'il s'agit très clairement d'une offre ayant une nature discriminante dans la mesure où si l'employeur peut interdire de fumer dans son entreprise, le fait d'être ou non fumeur relève de la vie privée des salariés. En affichant cette notion de non-fumeur, la ligne jaune est franchie. Dans ce domaine, l'imagination des entreprises est parfois très forte.

Une fois que l'offre d'emploi est diffusée, l'employeur va devoir répondre aux différentes candidatures qui se présentent. Là encore, une certaine vigilance s'impose.

Caroline MECARY

2. La réponse de l'employeur aux offres de candidature

Cette réponse doit au minimum respecter trois points. Elle doit d'abord être dictée par des considérations tirées de l'adéquation du candidat à l'emploi à pourvoir. Il s'agit de considérations relatives au diplôme, à l'expérience professionnelle, aux qualités techniques intrinsèques du candidat. Il ne saurait s'agir de considérations tirées de motifs personnels. Sur cette question, j'aimerais évoquer rapidement le testing et le curriculum vitae anonyme. La technique du testing a été validée par la Cour de cassation. Elle consiste à répondre à des offres d'embauche en envoyant des CV qui ne se différencient que par une caractéristique qui est la variable testée, par exemple le sexe ou l'origine. Le testing fait aujourd'hui partie intégrante du droit positif au travers de l'article L. 225-3-1 du Code du travail. Il est utilisé par l'Observatoire des discriminations à des fins d'analyse des comportements mais aussi par la HALDE.

Le CV anonyme prévu par l'article L. 121-6-1 du Code du travail est une obligation dans les entreprises de plus de cinquante salariés. Plus précisément, cette disposition implique que les informations qui sont transmises par écrit par le candidat doivent être examinées dans des conditions qui préservent son anonymat. Pour le moment, les décrets d'application n'ont pas été publiés. Nous nous dirigeons en tout cas vers cette anonymisation des candidatures de manière à exclure autant que possible des critères de choix discriminatoires.

Les réponses des employeurs doivent ensuite viser à éliminer les discriminations qui sont susceptibles d'être constatées dans l'entreprise, par exemple la discrimination entre les hommes et les femmes. Il est important que l'employeur utilise une grille de décryptage qui lui permette de faire une analyse de la situation de ses employés. Cet outil donne la possibilité d'examiner le rapport entre les hommes et les femmes dans l'effectif global mais aussi par catégorie socioprofessionnelle ou par âge. D'autres éléments comme le pourcentage de personnes handicapées (un pourcentage de 6 % est requis) peuvent être intégrés. La proportion entre les salariés français et étrangers et l'existence de causes de discrimination indirectes doivent aussi être examinées. Le recrutement doit respecter la structure des candidatures qui sont présentées et doit si possible viser à résorber les anomalies existantes dans l'entreprise une fois que le diagnostic a été posé.

L'employeur a enfin intérêt à conserver l'intégralité des éléments de preuve objectifs qui ont déterminé le choix qu'il a effectué.

3. L'entretien d'embauche

Cet entretien permet à l'employeur d'avoir une idée plus concrète du profil du candidat. En principe, les informations demandées au cours de l'entretien d'embauche doivent avoir pour seule finalité de permettre de savoir si le candidat est capable d'occuper le poste pour lequel une annonce a été passée. Le candidat pourrait parfaitement refuser de fournir toute information qui serait dépourvue de rapport avec l'emploi ou avec ses aptitudes professionnelles.

Les exemples de bonnes questions sont celles qui sont relatives à l'état civil, aux diplômes obtenus, aux emplois précédemment occupés, à l'existence d'une clause de non-concurrence, à la possession ou non d'un titre de séjour, lorsque l'employeur est en présence d'un ressortissant étranger, ou à la

possession ou non de tel ou tel permis de conduire. Les mauvaises questions sont celles relatives à l'état de santé, à l'orientation sexuelle, à l'âge, au logement, à la profession du conjoint ou des parents ou même aux loisirs qui peuvent donner des indices sur la vie privée du futur salarié. L'éventuelle candidate qui serait enceinte n'est pas tenue de révéler son état. L'employeur n'a pas à poser de question concernant « l'état de santé » de la candidate.

Les documents demandés au cours de l'entretien doivent permettre à l'employeur de déterminer les capacités professionnelles du futur salarié : relevés de notes, diplômes, certificats de travail ou de stage. Le candidat peut refuser de communiquer des livrets scolaires qui pourraient contenir des informations à caractère privé. Il est cependant rare qu'un employeur demande un livret scolaire relatif à la scolarité avant l'université.

L'entreprise doit indiquer le processus qu'elle va suivre pour recruter le futur salarié, les dispositifs qu'elle a envisagés, les éventuels tests. Le candidat peut refuser de se soumettre à des tests qui ne présenteraient pas une capacité suffisante de fiabilité comme des tests de morphologie, d'astrologie ou d'anthropomorphisme.

Il est enfin fondamental que les personnes qui sont chargées du recrutement soient formées d'une façon efficiente et efficace. Elles doivent avoir préparé des grilles d'entretien. Il faut conserver les notes d'entretien et les informations qui sont communiquées ainsi qu'une trace des formations qui sont dispensées aux uns et aux autres.

Pierre-Jacques CASTANET

4. La décision de recrutement

J'ai cru comprendre tout à l'heure que le choix du bailleur avait tendance à se restreindre de plus en plus. La situation est un peu identique pour les employeurs. La décision de recrutement doit être fondée sur des éléments strictement objectifs. Une personne doit uniquement être choisie par rapport à son adéquation au poste et à son aptitude professionnelle. La HALDE nous rappelle cependant que les enquêtes montrent que des personnes handicapées, des personnes d'origine étrangère ou des seniors restent au bord de la route. S'agissant des cadres, les femmes avec enfants, les personnes qui présentent un visage disgracieux ou qui sont obèses sont souvent laissées de côté. La décision n'est donc pas facile à prendre.

L'employeur doit retenir trois principes dans sa décision. Il est toutefois probable que cette décision sera critiquée ne serait-ce que par ceux qui n'ont pas été choisis. Lorsque plusieurs postes sont proposés, il est important de tenir compte des caractéristiques des candidatures elles-mêmes. La décision de recrutement doit considérer la proportion d'hommes et de femmes, d'étrangers et de non-étrangers, de jeunes et de moins jeunes apparue dans les candidatures. Un employeur ayant dix postes à offrir et recevant les candidatures de trente femmes et de dix hommes ne peut pas retenir les dix hommes.

L'employeur doit aussi tendre à résorber les anomalies existantes au sein de l'entreprise. Il doit pouvoir arriver, au niveau de la structure de son effectif, à corriger des anomalies telles qu'une majorité d'hommes non justifiée. Il ne s'agit pas de satisfaire la HALDE mais d'avoir un effectif qui respecte les conditions de diversité et de mélange qui constituent l'avenir de toute entreprise.

Comme à l'étape précédente, il est important de conserver tous les éléments qui ont permis de refuser ou d'accueillir les candidats. Ces principes de base permettent à l'employeur d'opérer le choix le plus prudent possible et d'éviter ensuite des désagréments. Une fois le contrat de travail conclu, la discrimination peut encore apparaître au niveau de la gestion de la carrière. Les thèmes sont vastes. Certains, que nous n'avons pas voulu aborder, rentrent totalement dans le cadre de la gestion de carrière. Il s'agit des comportements liés au harcèlement ou encore les questions fort intéressantes posées par le principe « à travail égal, salaire égal ». Nous aborderons seulement les discriminations proprement dites ainsi qu'une disposition importante issue de la loi de mars 2006 sur l'égalité des chances qui promeut le principe de l'égalité entre hommes et femmes.

II. La gestion de la carrière

Caroline MECARY

Comme vous le savez, la discrimination est répréhensible lorsqu'elle est fondée des critères limitativement énumérés par la loi, qui interviennent dans un certain champ d'activité, ces deux conditions étant cumulatives.

1. Les discriminations illicites

Le législateur n'a pas formulé de façon générale et synthétique une interdiction des discriminations. Il a au contraire choisi le procédé de l'énumération restrictive. L'article L. 122-45 n'inclut pas l'adverbe « notamment » qui aurait pu, par une interprétation jurisprudentielle, élargir les critères sur lesquels il est interdit d'avoir un comportement discriminatoire. La liste des critères est longue. La loi interdit aussi bien les discriminations directes, fondées sur l'un de ces critères, que les discriminations indirectes. Ces dernières ne sont pas visibles apparemment et résultent d'une mesure ou d'une pratique qui aboutit, sans qu'il y ait forcément une intention malveillante, à constituer une catégorie de salariés qui va être *de facto* exclue de telle promotion, que ce soient les femmes, les étrangers, des personnes religieuses ou des salariés âgés.

Le domaine de la discrimination est extrêmement large puisqu'il concerne tous les aspects de la vie professionnelle du salarié : recrutement, accès à un stage ou à une période de formation, sanctions disciplinaires, licenciement, intéressement, distribution d'actions, reclassement... Tout ce qui peut intervenir dans la vie du salarié ne peut faire l'objet d'une discrimination fondée sur l'un des critères évoqués. Quels sont les dispositifs de lutte contre cette discrimination illicite ? Plusieurs organes sont susceptibles d'intervenir à côté de l'action du salarié. Celle-ci est en principe facilitée, notamment sur le régime particulier de la preuve. Il existe aussi un régime de protection aussi bien pour le salarié que pour un certain nombre de personnes amenées à intervenir dans la dénonciation de la discrimination.

Les organes susceptibles d'intervenir sont :

- le droit d'alerte des délégués du personnel ;
- le droit d'intervention de l'Inspection du Travail ;
- le droit de substitution des syndicats qui peuvent intenter des actions en justice à la place des salariés ;
- la HALDE qui peut être saisie par le salarié.

Le régime de la preuve dans ce domaine est tout à fait particulier. Sylvie Kern l'évoquera plus précisément. Les mesures de protection des salariés consistent en des dispositions qui permettent d'assurer une protection au témoin de la discrimination qui accepte de témoigner dans le cadre d'une procédure et qui est en principe protégé. En d'autres termes, il ne peut ni être sanctionné, ni être licencié, ni faire l'objet d'une mesure de discrimination. Le salarié victime est lui aussi protégé puisqu'il n'est pas possible de le licencier au motif qu'il aurait agi contre l'entreprise pour dénoncer des faits de discrimination.

2. La problématique de l'égalité entre hommes et femmes

Pierre-Jacques CASTANET

La loi du 23 mars 2006 a pour objectif de supprimer les écarts salariaux entre les hommes et les femmes d'ici à l'horizon 2010. L'expression écarts salariaux ne concerne pas seulement le salaire mais également tous les avantages tels que la voiture de fonction, le téléphone mobile, le régime de frais et les stock-options. Il ne s'agit donc pas uniquement du bulletin de paie. Ce constat montre bien l'enjeu et l'importance de ce principe de suppression des inégalités. Pour parvenir à l'égalité, l'employeur doit prendre en considération toutes les causes possibles qui ont conduit à une inégalité entre hommes et femmes. En d'autres termes, l'entreprise va devoir réfléchir à sa politique salariale mais aussi à la formation et à la politique de recrutement. Pour parvenir à cette égalité, l'entreprise doit s'interroger sur les moyens qu'elle mettra en œuvre pour compenser une disparité numérique non objectivement justifiée entre les hommes et les femmes.

L'un des moyens donnés par la loi est la négociation. C'est un point important auquel les praticiens du droit du travail ont été sensibilisés. Au terme de l'article qui prévoit la négociation obligatoire qui a lieu chaque année, le thème de l'égalité entre les hommes et les femmes est abordé. Si un accord intervient, ce thème n'a plus à être abordé que tous les trois ans. Il est important de savoir qu'à l'occasion de cette nouvelle loi, le principe de l'obligation pour l'employeur de mener des négociations loyales a été posé dans le Code du travail. A ce titre, je voudrais évoquer une disposition un peu technique mais qui, à mon avis, a une incidence importante. A l'occasion de la négociation annuelle obligatoire, le fait de se mettre d'accord sur un niveau de salaire vaut accord d'entreprise. Cet accord doit faire l'objet d'un dépôt. Désormais pour que ce dépôt soit opposable, l'employeur doit avoir par ailleurs justifié qu'il a engagé sérieusement et loyalement des négociations sur le principe de l'égalité entre hommes et femmes. En conséquence, il ne suffira plus de rechercher une négociation au niveau du salaire. L'employeur devra aussi commencer à négocier sur cette égalité à terme entre les hommes et les femmes. C'est un outil nouveau. 99 % des entreprises sont aujourd'hui en infraction. La négociation devait avoir lieu dans l'année de la promulgation de la loi, qui a eu lieu en mars 2006. A l'heure actuelle, un très grand nombre d'entreprises n'ont encore rien fait.

III. La rupture du contrat de travail

Caroline MECARY

Si le salarié est victime d'une discrimination et que le contrat de travail va être rompu, le salarié licencié va pouvoir exciper de la nullité du licenciement. Le cas échéant, il pourra y avoir prise

d'acte ou résiliation judiciaire. La nullité a un champ tout à fait déterminé, prévu par les textes. La Cour de cassation est très réticente à élargir le champ de cette nullité en dehors d'un texte. L'élargissement est marginal. Il faut apporter la preuve que le licenciement porte atteinte à une liberté fondamentale du salarié.

Les conséquences de cette nullité sont importantes. Le salarié a le droit à la réintégration. Depuis 2003, la Cour de cassation reconnaît la généralité de ce droit, ce qui oblige l'employeur à réintégrer le salarié à son emploi ou, le cas échéant, dans un emploi équivalent. Le salarié a aussi le droit d'être indemnisé. Le salarié qui a demandé sa réintégration peut obtenir réparation du préjudice qu'il a subi. En tant qu'avocats, nous devons déterminer de façon très précise le préjudice pour pouvoir le quantifier et obtenir réparation. Lorsque le salarié ne demande pas sa réintégration, la Cour de cassation estime, depuis maintenant presque sept ans, que la réparation ne saurait être moindre que la réparation octroyée au salarié lorsque celui-ci est victime d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, soit au moins six mois de salaire quelle que soit l'ancienneté du salarié.

Pierre-Jacques CASTANET

La prise d'acte et la résiliation judiciaire constituent, au-delà de leur technique, une arme utile. A partir du moment où le salarié estime que l'employeur a d'une façon ou d'une autre manqué à ses obligations - obligations qui deviennent extrêmement importantes -, la riposte du salarié est soit la prise d'acte - il quitte alors l'entreprise - soit la résiliation judiciaire. Dans ce cas, il reste travailler et manifeste son désaccord.

Je voudrais ajouter une dernière remarque. Pendant longtemps et encore aujourd'hui, la tendance a été de rédiger des textes répressifs. Toutefois, l'efficacité de ces interdictions n'est pas forcément prouvée. Pour la première fois pratiquement, avec la loi de mars 2006, le législateur propose des actes positifs en demandant à parvenir à l'égalité à moyen terme. C'est véritablement un changement de philosophie. La loi fait plus confiance aux acteurs économiques pour parvenir à une solution plutôt que d'interdire. Nous savons très bien que l'appareil répressif ne permet pas toujours de remplir sa mission de façon aussi efficace que nous le voudrions.

Sylvie KERN

Je vais maintenant décrire les moyens de preuve et la mise en évidence de la discrimination par la HALDE. Cette institution est saisie par des réclamations. Ces dernières ainsi que les enquêtes conduites permettent de saisir la réalité quotidienne des phénomènes de discrimination en France. Les délibérations de la HALDE toutes consultables sur le site Internet sont adoptées par le Collège et font émerger une doctrine de lutte contre les discriminations. En 2006 et en 2007, l'emploi dans le secteur privé représentait plus de 30% des réclamations adressées à la HALDE. C'est donc le principal domaine de discrimination. Par ailleurs, les réclamations font apparaître qu'en matière d'emploi, les discriminations dont la HALDE est saisie visent principalement la carrière et la rupture du contrat de travail (25% des réclamations en 2007 contre un peu plus de 8 % pour le recrutement. La procédure de la HALDE se décompose en deux phases :

- l'enquête qui correspond à l'instruction des réclamations et des saisines d'office ;
- les suites données à cette enquête.

Le champ de compétence de la HALDE recouvre l'ensemble des discriminations prohibées par la loi ou par les engagements internationaux. Luc Ferrand a rappelé que la prohibition de la discrimination vise la discrimination directe et la discrimination indirecte. La 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 d'un des critères prohibés. Une discrimination indirecte, se produit lorsqu'une disposition, une mesure, apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage pour des personnes qui répondant à un des critères prohibés, à moins que cette disposition ne soit effectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens en soient nécessaires et appropriés.

Cette motion s'intéresse à la discrimination indépendamment de son intentionnalité. Toute la démarche de l'approche européenne en matière d'égalité de traitement est dominée par la recherche de l'efficacité du droit.

IV. L'enquête conduite par la HALDE

Sauf dans le cas d'une orientation pénale, cette enquête prend en considération le principe de l'aménagement de la charge de la preuve en matière de droit de lutte contre les discriminations. Sans régime probatoire efficace, la législation n'a aucune efficacité. Si la preuve de la discrimination ne peut pas être apportée, le dispositif légal de protection demeurera sans effet. C'est la raison pour laquelle le régime traditionnel de la preuve en droit civil, selon lequel la charge de la preuve repose sur le demandeur, a été aménagé par le juge communautaire en créant cette notion d'aménagement de la charge de la preuve. L'objectif est de donner un effet utile aux textes, de rendre la législation efficace.

La HALDE doit être saisie par écrit par le réclamant et elle peut également se saisir d'office de toute situation portée à sa connaissance. Dans un premier temps, elle demande au réclamant les éléments qui sont en sa possession. Elle interroge ensuite le mis en cause. Le courrier d'instruction présente le champ et le critère allégués de discrimination et demande une liste de documents nécessaires à l'instruction du dossier. La communication des documents est de droit et, en cas de non réponse, la HALDE peut adresser une mise en demeure à l'employeur. Au vu des éléments recueillis tant chez le salarié que chez l'employeur, s'il apparaît que l'existence d'une discrimination peut être présumée, les éléments qui fondent cette présomption sont portés à la connaissance du mis en cause (il s'agit généralement de l'employeur). Le mis en cause sera alors invité à faire connaître ses observations. La HALDE se prononce ensuite sur la situation qui lui est soumise et donne une orientation au dossier. Si l'instruction permet d'établir des faits laissant supposer l'existence d'une discrimination, il appartient au mis en cause de prouver que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. La règle de l'aménagement de la charge de la preuve doit inciter à collaborer à l'enquête afin de faire valoir dès le début ses arguments. En effet, un silence ou une négligence dans la réponse apportée pourraient apparaître comme une justification insuffisante d'une différence de traitement supposée discriminatoire.

Pour conduire cette enquête, la HALDE dispose de pouvoirs d'investigation. Elle a la possibilité de demander communication de tout document ou information au mis en cause. Elle peut auditionner toute personne dont le concours paraît utile qu'il s'agisse de l'employeur, d'un DRH ou d'un salarié. Lors de l'audition, la personne peut se faire assister de tout conseil de son choix et donc de son avocat. La HALDE peut procéder à des vérifications sur place. Des agents de la haute autorité

se rendent au siège de l'entreprise afin de vérifier certains documents, par exemple le registre d'entrée et de sortie du personnel ou tout document utile à l'instruction de la réclamation. Cette vérification sur place n'est possible qu'avec l'accord de la personne. La HALDE peut également demander le concours des autorités publiques. Les organes publics tels que l'Inspection du travail ou l'ANPE doivent également collaborer et répondre aux demandes de la HALDE.

Cette phase vise à collecter un maximum d'éléments de comparaison afin de construire un référentiel objectif et pertinent. Celui-ci permettra à la HALDE d'apprécier le mieux possible comment sont traitées les personnes placées dans une situation identique à celle du réclamant. C'est sur la base de cette comparaison que la discrimination sera ou non démontrée.

Cet objectif ne pouvant pas toujours être atteint, il est possible de recourir à ce qui est appelé le testing (test de discrimination). Pour être pertinent, il doit être bien organisé. La HALDE réfléchit actuellement aux modalités d'un testing pouvant servir de preuve totalement fiable.

Examinons la mise en œuvre de ces pouvoirs à travers quelques exemples de délibérations de la HALDE. Le premier exemple concerne un cas fréquemment allégué de discrimination à l'embauche en raison de l'origine, cas très fréquent. Monsieur X allègue avoir été victime d'un tel refus d'embauche. Suite à une offre d'emploi, il adresse sa candidature au cabinet Y qui deux jours plus tard lui a répondu négativement. Monsieur X a estimé la réponse trop rapide pour un poste assez qualifié. Il a donc décidé d'envoyer des candidatures tests similaires et comparables sous une fausse identité et a envoyé des CV comparables non totalement identiques pouvant mettre éventuellement en avant une différence de traitement. En effet, pour être valables, ces candidatures tests doivent présenter des CV équivalents en termes de parcours scolaire, de formation, de qualification, d'expérience professionnelle, ce qui était le cas en l'espèce.

Il a résulté du test que sur cinq candidatures adressées au mis en cause, les deux candidatures qui présentaient des candidats avec un patronyme à consonance maghrébine ont été rejetées alors que les trois candidats au profil similaire mais qui présentaient un patronyme à consonance européenne ont été convoqués à un entretien. Monsieur X a donc saisi la HALDE avec ces éléments. Celle-ci a procédé à l'audition du mis en cause assisté de son conseil et lui a présenté les éléments du test afin de recueillir ses observations. Cette délibération du 4 juin 2007 est disponible sur le site Internet sous le numéro 2007-149. Dans ce dossier, le test a été réalisé par le réclamant avant que la HALDE ne le prolonge par une audition.

Evoquons maintenant les cas de discrimination à l'embauche à raison de l'âge. La HALDE a décidé d'effectuer un état des lieux du marché de l'emploi en France quant au respect des mentions non discriminatoires dans le libellé des offres d'emploi. La HALDE a réalisé deux enquêtes, l'une en juin 2006, et l'autre en juin 2007 afin d'effectuer une comparaison. En 2006, sur plus de 273 000 annonces consultées, 15 000 ont été filtrées sur plusieurs critères dont l'âge. C'est en effet un critère discriminatoire qui apparaît dès l'offre d'emploi ce qui est rarement le cas pour l'origine. Sur 447 annonces potentiellement discriminatoires, la HALDE a conduit une enquête et a sollicité du mis en cause des éléments d'information qui se rapportaient à cette mention discriminatoire. Il lui a été demandé la fiche détaillée du poste concerné, les documents internes antérieurs à la procédure active de recrutement, les critères de sélection et la raison pour laquelle une tranche d'âge avait été demandée. Après élimination des annonces pour lesquelles il n'a pas été retenu d'intention discriminatoire, la HALDE a retenu 28 annonces dont 18 mentionnaient une exigence d'âge non justifiée.

Dans d'autres dossiers plus complexes, la HALDE, lorsqu'elle est saisie d'un rejet de candidature fondée sur une exigence d'âge, procède à une analyse approfondie du cadre d'âge du personnel de la société en cause, confortée par une étude statistique. La HALDE prend sa décision en fonction de ces éléments.

Examinons enfin les discriminations salariales entre hommes et femmes. A qualification égale, une femme gagne 19 % de moins qu'un homme travaillant dans un établissement de même taille et de même secteur. Une telle différence est prohibée par le droit communautaire mais aussi par le droit interne et par la Cour de cassation. Pour cette dernière, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes contraint l'employeur à assurer une rémunération identique pour autant que les salariés en cause soient placés dans une situation identique. La difficulté est la suivante : il faut distinguer la différenciation des rémunérations, qui est bien sûr licite, de la discrimination qui est illégale. Cette difficulté est d'autant plus grande que la différence de traitement entre deux salariés d'une même entreprise est inhérente aux politiques d'individualisation des salaires. Le collègue de la HALDE s'est attaché à combler cette brèche dans laquelle s'insinue souvent la discrimination salariale et derrière laquelle se retranchent les employeurs mis en cause. Par exemple, le cas d'une femme qui s'était plainte, auprès de son employeur, de discrimination salariale en raison de son sexe et qui par la suite a été licenciée sous prétexte d'arrêts maladie qui désorganisaient l'entreprise.

V. Les suites données à une instruction

La haute autorité peut donner plusieurs orientations à un dossier dans lequel se manifeste un comportement discriminatoire.

Plusieurs possibilités, dont la voie pénale, existent. Dans certains cas de discrimination à l'embauche, la transmission au Parquet ou, depuis la loi sur l'égalité des chances, la transaction pénale interviennent. C'est une transaction qui a été décidée par la Collège dans le cas de discrimination à l'embauche de Monsieur X, évoqué plus haut. Ces dispositifs sont en effet notamment mobilisés pour gérer les offres d'emploi discriminatoires. Une autre alternative réside dans le contentieux civil par le biais des observations présentées par la HALDE devant les tribunaux civils, que ce soient les conseils de prud'homme, le TASS ou le TGI. Dans le cas de discrimination salariale entre hommes et femmes évoqué plus haut, la réclamante avait été licenciée. Le collège a estimé que le licenciement constituait une sanction déguisée dans la mesure où d'autres personnes ayant posé des arrêts maladie aussi longs que les siens n'avaient pas été sanctionnés. Le collège a donc considéré qu'en raison de sa plainte pour discrimination salariale, elle avait été licenciée sous un prétexte fallacieux. Il a alors décidé que la haute autorité présenterait ses observations devant le conseil de prud'hommes préalablement saisi par la réclamante.

Concernant les voies non juridictionnelles, la première possibilité est la médiation. Monsieur le Président Schweitzer vous a indiqué que la HALDE entendait privilégier ce mode de résolution. En effet, si les deux parties acceptent la médiation proposée par la haute autorité, cette procédure de résolution amiable des conflits présente des avantages par rapport à une procédure judiciaire, pour l'employeur comme pour le salarié, notamment s'il est encore en poste. La médiation permet également d'innover sur le mode de réparation du préjudice subi par la personne. En dehors du cadre rigide d'un tribunal, les solutions peuvent être plus imaginatives.

Les autres possibilités sont le rappel à la loi et les recommandations. Dans ce dernier cas, la HALDE recommande au mis en cause de prendre certaines mesures pour faire cesser une discrimination, réparer le préjudice et/ou éviter qu'une situation identique ne se reproduise. Un délai est fixé au mis en cause pour agir et rendre compte. S'il ne donne pas suite à la recommandation, la HALDE peut décider de publier un rapport spécial au Journal Officiel ou sur un autre support.

Brigitte PESQUIÉ

Dans une matière comme le droit social qui comporte de nombreuses dispositions techniques, les mesures pénales sont toujours évoquées en dernier, en raison de leur efficacité supposée. Le droit pénal est apparemment plus intimidant que le droit du travail. L'intitulé de la table ronde est parfaitement adapté à l'évolution du droit pénal en matière d'emploi ; on peut parler d'aggravation des risques puisque nous évoquons un processus qui en est à ses débuts et qui succède au constat antérieur de faiblesse des risques que nous avons dressé dans la même enceinte en 2006 et en 2005. Ce processus va probablement continuer au vu des observations que nous pouvons faire en ce moment. C'est en ce sens que j'accepte de parler de « risque pénal » bien que se soit un vocabulaire d'assureur et non de juriste.

Le constat antérieur de faiblesse ne se limitait pas au point de vue statistique, même si nous savons que les poursuites et les condamnations sont faibles. Il tenait d'abord à un problème de fond. Dans le domaine des discriminations, les signalements sont rares, la qualité en général est mauvaise et les preuves difficiles à trouver. La faiblesse des poursuites et des condamnations était donc logique, indépendamment de la suspicion générale qui pèse sur les juridictions accusées de ne pas vouloir travailler dans ce domaine, de ne rien y connaître, ou d'approuver le racisme ou la discrimination.

L'aggravation du risque pénal ne concerne pas tous les domaines du droit social ni tous les points évoqués aujourd'hui. A partir d'une qualification tout à fait particulière qui est la subordination d'une offre d'emploi à un motif discriminatoire, et dont l'appréhension par les tribunaux et par la HALDE est en train de changer, c'est l'ensemble du domaine des discriminations dans l'emploi qui évolue. De surcroît, nous notons une conjonction entre le rôle attribué à la HALDE et les nouvelles priorités de politique pénale évoquées par le Président Schweitzer en introduction.

La première cause d'aggravation des risques provient donc de la qualification de subordination d'une offre d'emploi. Celle-ci n'a d'existence que parce qu'il est difficile de prouver un refus d'embauche. C'est une technique classique. Quand, en droit pénal, une infraction existe mais est difficile à prouver, la tentation consiste à se demander quel est le comportement obligatoirement présent en amont dans la chronologie des faits, que l'on pourrait qualifier de manière suffisamment précise et que l'on pourrait créer comme infraction autonome afin de parvenir à une infraction obstacle.

La subordination d'une offre d'emploi à un motif discriminatoire obéit exactement à ce processus. Le refus d'embauche est difficile à prouver pour plusieurs raisons : le comportement n'est pas interdit en lui-même contrairement à un refus de prestation de service, et il n'est pas à lui seul révélateur de l'intention qui y préside ; le processus d'embauche est souvent partagé entre plusieurs acteurs entre la réception des candidatures, l'entretien d'embauche et la décision finale, et chaque étape se déroule en général sans témoin. De plus, si le processus n'arrive pas jusqu'à son terme, l'infraction de refus n'est pas constituée et sa tentative n'est pas punissable. L'incrimination de la

subordination d'une offre d'emploi à un motif discriminatoire ne se heurte pas à la plupart de ces obstacles.

Il est en effet possible de subordonner une offre d'emploi à un motif interdit sans qu'aucune personne n'ait subi le moindre dommage, alors qu'un refus d'embauche suppose une victime. De ce point de vue, c'est une facilité pour la répression.

La subordination de l'offre d'emploi a un autre intérêt. Comme le marché de l'emploi passe désormais par des annonces et par Internet, l'offre est en général matérialisée. Il est donc beaucoup plus facile de constater matériellement les faits et de les prouver. Tout le travail décrit par Sylvie Kern sur les offres d'emploi et réalisé par la HALDE présente un intérêt immédiat. Nous avons pu constater qu'il restait des mentions discriminatoires dans le texte des annonces en assez grand nombre. La communication qui a pu être organisée autour des réponses apportées par la HALDE - notamment au sujet des transactions pénales et des transmissions au Parquet - fait que la connaissance et la conscience de l'interdit est maintenant certaine, y compris pour les autres critères que les critères d'origine ou le sexe.

Il existe un autre effet absolument évident de cette publicité de l'interdit. Il devient beaucoup plus facile de prouver l'élément intentionnel qui était le plus délicat dans ce type de dossier. Tout le monde connaît la formule de la Cour de cassation concernant l'intention. Elle consiste à dire que « la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire, implique de la part de son auteur, l'intention coupable ». C'est une formule que j'ai beaucoup critiquée dans d'autres cadres au nom du principe de légalité. Elle existe cependant et à partir du moment où nous sommes dans un domaine où tout le monde a entendu parler d'une interdiction, dire qu'on a commis une faute sans le savoir, que c'est une pure erreur matérielle et donc qu'on relève davantage de la contravention, est un argument qui sera de moins en moins recevable. Lorsque nous avons à la fois une annonce avec un critère et une intention de discriminer évidente, le seul moyen de se défendre est d'arguer d'une erreur. Or, celui qui veut se justifier en invoquant une erreur doit la prouver. Cela facilite terriblement le travail de la poursuite notamment celui du Parquet. De ce point de vue, l'aggravation des risques est certaine.

Il y a également de moins en moins d'hypothèses dans lesquelles il pourrait y avoir une hésitation entre la qualification contraventionnelle de 3^{ème} classe du code du travail de rédaction d'une annonce contenant une limite d'âge et le délit de subordination. A partir du moment où un délit et une contravention sont en concurrence pour un comportement matériel identique, la seule différence est l'élément intentionnel. Les juridictions dans leur ensemble, validées par la chambre criminelle de la Cour de cassation, considèrent que c'est la plus haute acception pénale qui doit être choisie. Cela implique de prendre le texte contenant les peines les plus lourdes et donc le délit.

Par ailleurs, la subordination d'une offre d'emploi à un motif discriminatoire peut facilement se révéler a posteriori lors d'une enquête. Lorsque les dossiers sont engagés sur une suspicion de refus d'embauche et que la HALDE ou le Parquet enquêtent, la difficulté de preuve dont nous avons déjà parlé demeure en règle générale. Pendant l'enquête, il faut forcément remonter dans le processus et enquêter sur les événements qui se sont produits auparavant. Autant il peut y avoir des difficultés à prouver le refus d'embauche, autant dans les éléments qui pourraient être un indice d'un refus d'embauche, il est possible de trouver des indications qui montrent que l'offre d'emploi était subordonnée à un critère discriminatoire. Cette approche permet de faire prospérer les dossiers.

Nous avons pu voir dans un dossier qui a fait grand bruit, le dossier Adecco-Garnier-L'Oréal, que la requalification était possible, y compris en appel. Ainsi la Cour d'appel de Paris a-t-elle requalifié une poursuite commencée en refus d'embauche en subordination d'une offre d'emploi.

Du point de vue de la détermination des auteurs d'infraction, il est certain que les risques augmentent aussi.

Pour pouvoir refuser une embauche, il faut être employeur. C'est une caractéristique précise, juridiquement déterminée, qui ne permet pas de retenir n'importe qui comme étant employeur. Chacun sait qu'en droit pénal, le plus difficile, lorsqu'il faut arriver à rattacher un élément matériel et un élément moral à un auteur déterminé, est d'avoir affaire à un processus collectif de décision. Dans l'hypothèse de la subordination, la complexité diminue car la qualité d'employeur n'est pas nécessaire. Toute personne qui concourt à ce processus d'offre peut être retenue dans les liens de la prévention. Les mécanismes juridiques de la coaction, de la complicité et de la responsabilité cumulative des personnes physiques et des personnes morales permettent effectivement de retenir assez facilement l'ensemble des personnes qui ont contribué. Il était beaucoup plus difficile de le faire dans un processus de refus d'embauche.

Dans les dossiers de droit social, le Parquet choisit les personnes qu'il va citer devant le tribunal au nom de l'opportunité des poursuites. Il suppose, souvent avec raison, que la personne morale est plus solvable et ne poursuit pas forcément les personnes physiques. Quand la HALDE est amenée à enquêter sur un dossier, elle n'a pas cette opportunité. A partir du moment où elle a qualifié des faits, elle doit forcément les notifier à tous les auteurs. Ce point est un facteur supplémentaire d'aggravation des risques pour les mis en cause au moment de l'homologation par le parquet d'une transaction pénale proposée par la HALDE. Une fois tous les auteurs recherchés si, au moment de l'homologation, le Parquet décide de s'emparer du dossier, il disposera d'un dossier constitué de façon beaucoup plus solide contre beaucoup plus de monde.

En ce qui concerne les sanctions, il paraît étonnant de parler d'aggravation du risque. L'un de ces risques découle de l'examen que nous devons faire non seulement des textes mais aussi de leur mise en œuvre. Les sanctions encourues en matière de discrimination sont lourdes : une peine d'emprisonnement de trois ans pouvant être aggravée jusqu'à cinq ans et assortie d'une amende de 45 000 euros et de différentes peines complémentaires. En matière de risque, l'important ne réside pas tant dans les peines encourues que dans les sanctions prononcées. Malgré quelques changements, les peines moyennes sont peu sévères. Les amendes sont souvent très faibles et majoritairement assorties d'un sursis. J'ai également relevé quelques jugements d'emprisonnement, également avec sursis, et pour l'instant, pas de peine complémentaire. De ce point de vue, le risque n'est pas très important.

Lorsque nous avons transmis nos premiers dossiers de subordination d'une offre d'emploi à un critère d'âge avant que la loi de 2006 permette à la HALDE de proposer des transactions pénales, le Parquet avait voulu, considérant que ces dossiers présentaient un enjeu, les marquer par des alternatives aux poursuites en utilisant surtout le rappel à la loi. Le temps passant, nous nous apercevons que ces dossiers sont dirigés vers des procédures plus contraignantes incluant des obligations d'indemniser, demandées à titre de réparation et de condition du classement. Un parquet a également utilisé la procédure de la comparution sur reconnaissance de culpabilité. Deux tribunaux sont entrés en voie de condamnation sans qu'il y ait eu d'appel. Les employeurs intériorisent aussi parfois des mécanismes quand ils comprennent que si la sanction n'est pas trop lourde, elle aurait pu l'être beaucoup plus.

La transaction par la HALDE n'est pas une sanction en droit. Notons tout de même que pour celui qui doit payer une amende, la différence entre une amende transactionnelle et une amende pénale est mince. La transaction par la HALDE a bien un caractère punitif. L'amende donnée par la HALDE ne peut pas être assortie d'un sursis. Nous ne pouvons même pas prononcer ce qui serait l'équivalent de la dispense de peine, c'est-à-dire choisir une simple mesure d'indemnisation de la victime et ne pas prononcer d'amende. Les amendes sont cependant plafonnées, à 3 000 euros pour les personnes physiques et à 15 000 euros pour les personnes morales. Nous pouvons utiliser toute la gamme de zéro à 3 000 et 15 000 euros en fonction de la gravité des faits examinés. Ces sommes correspondent finalement à de nombreux verdicts prononcés par les tribunaux correctionnels. L'amende proposée par la HALDE est d'un montant équivalent à celle prononcée par le tribunal correctionnel, mais lui ajoute souvent un sursis. Ce constat correspond selon moi à une aggravation des risques même si, bien sûr, l'amende de la HALDE n'a rien à voir avec une sanction pénale.

De surcroît, la circulaire du 26 juin 2006 de la chancellerie a prévu un formulaire d'information de la HALDE par le Parquet sur le caractère trop élevé ou trop faible de l'amende ou sur l'opportunité d'autres mesures. Il est en effet arrivé que des Parquets considèrent qu'une transaction par la HALDE était envisageable puisque les faits étaient correctement qualifiés. Ces faits étaient peu graves et la victime pouvait être indemnisée. Un accord avait été trouvé mais le Parquet regrettait qu'aucune publicité, comme celle qui résulte d'une audience, ou d'une mesure d'affichage ne puisse exister. Ces Parquets ont donc suggéré que la proposition de transaction comprenne aussi des mesures de publicité par insertion dans un journal. Nous avons peu usé de cet élément dans les premières affaires. Nous savons maintenant que nous devons l'envisager. Si un Parquet choisit d'homologuer la transaction par la HALDE plutôt que de s'emparer du dossier pour poursuivre, pour le mettre en adéquation avec sa propre politique (sur le nombre de poursuites et sur le type de sanction envisagée), il peut être amené à suggérer que nous utilisions toute la panoplie que la loi sur l'égalité de chances nous a donnée.

Beaucoup d'éléments nous conduisent donc à constater que le risque pénal s'aggrave pour l'employeur. Pour reprendre le titre sur l'aggravation du risque pénal et financier, je crois qu'il est impossible d'échapper aux deux. L'employeur peut ne pas vouloir s'exposer au risque pénal. Il prendra donc en compte l'ensemble des procédures objectives qui ont été évoquées comme le CV anonyme, le fait de conserver des notes des entretiens, etc. Ces procédures sont lourdes et coûteuses pour l'employeur. Celui-ci peut aussi décider que le risque financier est celui qu'il ne faut pas prendre. Il met alors en place une procédure qui devient suggestive, opaque. Puisque chacun sait que l'exigence est forte dans ce domaine, c'est une procédure qui devient suspecte. Le risque pénal augmente alors. L'employeur doit donc faire un choix entre deux risques, mais n'a aucune chance d'échapper aux deux.

Débat avec la salle

De la salle

Je voudrais revenir sur la discrimination entre les hommes et les femmes au cours de leurs carrières. Il me semble que depuis quelques années, les entreprises consentent des efforts dans ce domaine. D'une certaine façon, la situation s'améliore. Tout du moins, elle est un peu plus favorable pour les jeunes générations dans les grandes entreprises. A l'inverse, la génération sacrifiée est celle des femmes de 50 à 60 ans. Or les entreprises n'ont pas prévu de plan de rattrapage pour rétablir la situation de ces femmes. Je souhaiterais savoir si la HALDE peut se saisir d'autorité de cette question.

Sylvie KERN

Nous sommes de plus en plus saisis par des femmes qui sont légèrement plus jeunes que ce que vous énoncez. Celles-ci affirment avoir subi une discrimination salariale en raison de leur sexe. Il s'agit non seulement de cas de discriminations salariales mais aussi de discriminations dans le déroulement de la carrière du fait de grossesses, de congés parentaux... La Cour de Justice des Communautés Européennes considère que ce type de situations constitue une discrimination directe en raison du sexe.

Encore une fois, depuis six mois, nous sommes saisis d'un nombre croissant de dossiers qui sont tous à l'instruction. Je pense que le collège va se prononcer d'ici à quelques mois sur ces dossiers.

De la salle

Je voudrais revenir sur le thème de la médiation que vous avez rapidement évoqué comme une des voies susceptibles de se développer. Ma question porte plus particulièrement sur le domaine de l'emploi. Quelle est la proportion de réclamations qui donnent lieu à une proposition de médiation de la part de la HALDE ? Quels sont les critères qui vous conduisent à proposer des médiations dans certaines situations et non dans d'autres ? Quel est le taux de succès de ces médiations ? Enfin, dans l'hypothèse où la médiation échoue, qu'advient-il des dossiers concernés ?

Luc FERRAND

Nous n'avons pas encore de chiffres. Ils figureront dans le rapport 2007 qui sera publié au printemps 2008.

Pendant le deuxième semestre 2007, nous avons voulu donner une très forte impulsion à la médiation. Nous avons donc rafraîchi nos critères. Les années précédentes, le taux de médiation ordonnée était très faible. En 2005, sur les 200 délibérations rendues, quatre médiations ont été ordonnées. Cette situation était concevable car nous travaillions à une petite échelle et n'avions pas de médiateur. Nous n'avons fait guère mieux en 2006. Au contraire, c'était franchement insuffisant.

Nous nous sommes donc tournés vers les exemples étrangers, notamment l'autorité canadienne et, plus particulièrement, sa composante québécoise. Ces structures avaient pour particularité de

présenter des délais de traitement de l'ordre de quatre à cinq ans, les nôtres étant d'environ six mois. Elles étaient menacées de fermeture du fait de leur engorgement alors qu'elles comptent dix fois plus de personnel que nous pour une population dix fois inférieure à celle de la France. Dans leur cas, un travail utile en matière de médiation passe par une approche le plus en amont possible du dossier.

La médiation apparaît pertinente lorsqu'elle répond à deux critères. Le premier est la bonne foi de la personne mise en cause. Nous appréhendons cette bonne foi au vu de l'absence de passé pénal sur la question. Nous avons en effet l'obligation de nous assurer qu'une personne mise en cause dans une procédure n'est pas poursuivie par ailleurs. Si tel est le cas, notre enquête s'arrête. C'est encore plus vrai si cette personne a déjà été condamnée dans le domaine considéré. L'autre critère essentiel en faveur d'une médiation consiste à examiner si la relation entre la victime affichée ou annoncée de la discrimination et l'auteur suspecté de cette discrimination a vocation à durer. Nous vérifions si le contrat de travail est encore en cours et s'il continuera à développer ses effets. Si les deux conditions sont réunies et que les deux parties sont d'accord, la médiation peut avoir lieu.

Statistiquement, nous enregistrons une moitié d'échecs. Notre objectif est de porter cette proportion aux deux tiers. C'est en effet la statistique moyenne à l'étranger. En France, le développement de la médiation se heurte toutefois à une importante difficulté. De plus, le partenariat que nous avons développé avec le Conseil National des Barreaux n'a pas eu toutes les retombées escomptées. Un certain nombre de Bâtonniers n'ont pas su désigner de médiateur ou n'ont pas trouvé la personne adéquate. Nous sommes aussi parfois confrontés à des parties récalcitrantes.

Aujourd'hui, le médiateur de la HALDE a le défaut de ne pas s'investir suffisamment dans la mesure. Il se pose trop comme un juge et insuffisamment comme un médiateur. Nous avons pu évaluer cette situation à l'aune de l'échec de certaines procédures. Nous avons donc lancé le marché public évoqué par le Président Schweitzer lors de son propos d'ouverture. La « tranche » Paris et Région Parisienne est close. Les plis ont été ouverts. La tranche Nord-est est publiée. Le Sud-est, le Sud-ouest et le Nord-ouest suivront. Le cinquième volet concernera le bassin caraïbe (Guadeloupe, Martinique, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Guyane). La dernière tranche portera sur l'océan Indien (Réunion et Mayotte). Ces marchés publics se succéderont jusqu'au printemps. Le même découpage est repris pour les avocats de la HALDE.

Le marché public comprend deux étapes pour chacune des régions. Les avocats intéressés font d'abord acte de candidature. Les plis sont ouverts sur la base d'un dossier de candidature qui doit être solide et référencer une expérience en matière de médiation, si possible en matière de droit de la discrimination. La deuxième étape consiste en une formation obligatoire de deux jours avec un institut de formation à la médiation et avec la HALDE sur le règlement des dossiers de la Haute Autorité. Le tout est validé par des épreuves pratiques. Seuls les avocats qui ont réussi ces épreuves peuvent soumissionner dans le cadre de la deuxième tranche du marché. A l'issue de cette procédure, nous publierons une liste d'aptitude et un tableau de roulement qui permettront aux professionnels désignés et agréés d'être retenus à tour de rôle pour effectuer des missions. En outre, des bilans de compétence auront lieu tous les six mois. C'est donc une procédure exigeante. Enfin, une tarification forfaitaire a été établie. Elle s'élève à 900 euros par mesure.

De la salle

La discrimination au cours de la carrière est souvent liée à l'origine. Il me semble que vous n'avez pas beaucoup évoqué ce thème. Je souhaiterais savoir si un colloque sur ce sujet va être organisé.

Les personnes intéressées peuvent se référer à l'étude intitulée « *Ascenseur social et entreprise de discrimination* ». Basée sur la pyramide de Maslow, elle identifie les niveaux où les blocages se produisent.

Caroline MECARY

Nous n'avons rien prévu pour l'instant mais cela ne saurait tarder.

De la salle

A propos de la procédure suivie par la HALDE en cas de discrimination dans les relations de travail, vous avez expliqué qu'un dossier remis par le salarié permettait d'apprécier l'existence d'une suspicion de discrimination. L'employeur est ensuite amené à faire part de ses observations. J'ai eu connaissance de dossiers dans lesquels l'employeur a *a priori* été directement contacté par un avocat médiateur sans avoir été convoqué par la HALDE et sans avoir été informé du contenu du dossier du salarié. Dans un autre cas, l'employeur a été convoqué par téléphone par la HALDE qui a mentionné l'existence d'un dossier sur telle affaire et lui a demandé s'il serait disposé à passer par une médiation, sans plus de procédure officielle.

Sylvie KERN

La médiation implique un accord des deux parties. Si le salarié n'est pas opposé à la médiation, la HALDE écrit à l'employeur pour lui demander s'il accepterait une médiation, en explicitant les motifs de cette demande.

De la salle

Dans le cas que j'évoque, l'employeur était très étonné car plusieurs éléments attestaient la non-discrimination. La HALDE lui a proposé une médiation sans même lui demander s'il ne disposait pas d'éléments attestant, sur le fond, de l'absence de discrimination.

Luc FERRAND

Notre approche de la médiation consiste à intervenir autant en amont que possible. Il s'agit d'un règlement amiable et non d'un règlement contentieux. La procédure d'enquête évoquée par Sylvie Kern, avec respect du contradictoire en phase de notification des charges, est une procédure lourde qui s'applique en précontentieux. Ce que nous évoquons en matière de médiation est purement amiable. Si le dossier du réclamant est solide et s'il n'y a aucune « trace » de mauvaise foi, nous proposons une médiation. C'est l'objet de l'entretien téléphonique. Si l'employeur n'est pas réticent, nous ouvrons une procédure officielle. Dans un premier temps, nous écoutons ce que l'employeur souhaite dire sans pour autant l'inquiéter. Nous ne conduisons pas d'acte d'investigation à son encontre puisque nous souhaitons aller vers une solution amiable. L'employeur a la capacité d'accepter la médiation ou de la refuser en motivant son refus ou encore de se soustraire purement et simplement.

En cas d'échec, si les indices ne sont pas suffisants pour justifier la mise en œuvre du mécanisme d'aménagement de la charge de la preuve, la HALDE clôt le dossier et l'on aboutit à un « non-lieu ». Si les indices sont suffisants pour mettre en œuvre ce mécanisme, l'enquête reprend et l'employeur sera inquiété au sens classique du terme.

De la salle

Quand l'employeur reçoit un document lui demandant s'il est favorable à une médiation et que cet employeur accepte cette médiation dans le but de se défendre et d'expliquer pourquoi il n'y a pas selon lui de discrimination, ne considérez-vous pas que cette acceptation peut être perçue comme un aveu de discrimination alors même que l'employeur ne cherche pas une médiation mais à démontrer sa non-culpabilité ?

Luc FERRAND

C'est au stade de l'entretien téléphonique ou de la réponse écrite que l'employeur peut apporter cette réponse. Ce n'est pas devant le médiateur que les parties doivent débattre du bien-fondé de la cause. La médiation permet d'aborder la mesure de réparation ou l'extinction du litige, celle-ci ne passant pas nécessairement par une indemnisation. Elle consiste parfois simplement en une mise à plat des motifs qui ont guidé le choix de l'employeur. L'employeur qui n'a pas promu tel salarié et qui accepte une médiation ne veut pas forcément démontrer qu'il n'a pas commis de discrimination. Il peut simplement vouloir expliquer au salarié dont il n'entend pas se séparer les raisons de son choix. Dans ce cas, l'employeur estime qu'il est extrêmement positif pour la bonne gestion de son entreprise de passer par un tiers qui ne sera pas suspecté d'être « à sa solde ».

C'est une mesure d'organisation comme une autre. Elle me semble très positive. L'objectif n'est pas d'établir la culpabilité ou la non-culpabilité mais de permettre l'exposé de justifications ou du bien-fondé de la démarche de l'employeur. Il est très satisfaisant que celui-ci s'engage avec nous dans ce processus. De leur côté, l'entretien téléphonique et la correspondance écrite ont pour but de baliser le cadre de la médiation. Nous n'indiquons pas à l'employeur qu'il est coupable de discrimination mais qu'il est suspecté de discrimination. Nous lui expliquons que des indices permettent d'ouvrir une procédure de réparation au sens très large. En effet, cette réparation n'est pas nécessairement indemnitaire. Le collègue ne se prononce pas sur un « présumé » de culpabilité. Les délibérations évoquent parfois la présomption simple mais en aucun cas la culpabilité « avérée ».

De la salle

Les cas de discrimination en raison du handicap sont-ils fréquents ?

Sylvie KERN

Les saisines de discrimination en raison du handicap sont en effet très nombreuses, tant en matière d'emploi dans le secteur privé que de logement ou d'accès aux loisirs. Elles représentent 14 % des cas de discrimination.

Avocats de la HALDE : déontologie du contradictoire

Luc FERRAND, Directeur juridique de la HALDE ;

Jacques CURTIL, Ancien Bâtonnier du Barreau de Dijon, membre du Conseil National des Barreaux ;

Marie-Aimée PEYRON, Avocate au Barreau de Paris, membre du Bureau du Conseil National des Barreaux

Luc FERRAND

Nous n'allons pas ici décrire la procédure applicable devant la HALDE pour déterminer si elle respecte ou non le principe du contradictoire. Ce thème a en effet fait l'objet d'autres travaux. Nous cherchons plutôt à examiner comment l'avocat de la HALDE se place au cours de la phase contradictoire qui fait suite à la délibération qu'a pu prendre le collègue, notamment dans le cadre d'une orientation du dossier vers un contentieux après transmission au Parquet, après citation directe en cas de mesure de transaction avortée ou en cas de présentation par la Haute Autorité d'observations, à l'initiative de la juridiction ou à l'initiative du collègue. Jacques Curtil va évoquer la mission de l'avocat de la HALDE. Marie-Aimée Peyron abordera ensuite le thème de la déontologie.

Jacques CURTIL

La HALDE peut intervenir dans les juridictions en vertu de l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004. Elle se fait représenter par des avocats et leur fournit un dossier. Comment faire en sorte que ce dossier soit couronné de succès ?

I. La HALDE avant le procès

L'article 5 donne à la Haute Autorité la mission de recueillir toutes informations sur les faits portés à sa connaissance. Elle a la possibilité de solliciter la communication de documents, d'auditionner la personne mise en cause ou toute personne qu'il apparaît utile d'entendre. La production des documents recueillis dans les instances civiles, pénales ou sociales ne pose pas de question quant à leur force probante.

Qu'en est-il en revanche des auditions ? Il n'est pas prévu que ces auditions soient reçues par des fonctionnaires assermentés. Lorsque ces fonctionnaires reproduisent les auditions, ce n'est jamais qu'un témoignage indirect, cependant le contradictoire n'est prévu que pour les personnes mises en cause. Le texte indique en effet qu'un procès-verbal de leur audition sera dressé, signé par eux et que ces personnes pourront être assistées par un conseil. Si la HALDE dispose d'une grande liberté pour constituer le dossier. La portée des éléments recueillis pour servir comme éléments de preuve dans le cadre d'un procès est cependant incertaine.

Néanmoins quelques procédures spécifiques sont instaurées pour lesquelles le « contradictoire » est plus évident.

La première est celle des vérifications sur place. L'article 8 autorise la HALDE, après avis adressé aux personnes intéressées et avec leur accord, à procéder à des vérifications dans les lieux ou locaux professionnels consacrés exclusivement à cet usage et à entendre toute personne susceptible de fournir des informations. Ces investigations ne sont pas réalisées par des fonctionnaires assermentés mais simplement par des fonctionnaires habilités par le procureur général de leur domicile. L'article 23 du décret du 4 mars 2005 prévoit qu'un rapport écrit doit être établi par l'agent et notifié aux personnes intéressées avec possibilité d'observations. Ce processus témoigne d'un progrès par rapport au cas général puisque la notification d'un procès-verbal et la possibilité d'émettre des observations sont prévues. On peut penser que l'absence d'observation équivaut à une approbation du contenu de ce procès-verbal.

Le contradictoire peut être imposé par l'attitude même de la personne mise en cause. Le dernier alinéa de l'article 8 précise que dans la mesure où la personne mise en cause refuse les vérifications, la HALDE peut être autorisée par le Juge des référés à effectuer ces vérifications. Il est précisé que ces opérations de vérification ont lieu sous l'autorité et le contrôle du juge. Cette autorisation ne peut être sollicitée devant le juge qu'avec des motifs. Dans ce cas, ce n'est pas, comme en matière d'infraction économique, le Président du tribunal qui, suite à une requête, autorise des investigations. Il s'agit bien ici du Juge des référés et donc d'une instance contradictoire qui permettra d'apprécier les motifs conduisant à reconnaître la nécessité de vérifications. Le texte évoque par ailleurs des opérations sous l'autorité et le contrôle du juge, il appartient à ce dernier d'assurer le respect du contradictoire en application du principe général de l'article 16 du NCPC.

Enfin, si la mise en demeure est sans effet et à défaut de réponse, l'article 9 autorise la HALDE à demander au Juge des référés d'ordonner toutes les mesures d'instruction utiles. Le caractère contradictoire de cette mesure d'instruction qui s'écarte déjà des termes de la loi est renforcé par l'article 30 du décret du 30 mars 2005 qui fait expressément référence aux articles 145 du NCPC, et R 532-1 du Code de Justice Administrative (Les deux ordres juridictionnels, le judiciaire et l'administratif, sont visées). Il y a une véritable procédure contradictoire aussi bien au niveau des décisions concernant la mesure d'instruction que de l'exécution de la mesure d'instruction.

La HALDE a pris conscience notamment dans le cas général d'assurer l'opposabilité dans les instances judiciaires et, de la nécessité de renforcer le caractère contradictoires de ses constatations. Elle a donc cherché dans son règlement de renforcer la portée des déclarations qu'elle reçoit et des constatations qu'elle effectue et a prévu dans son article 11 que la transmission aux personnes mises en cause des éléments de l'enquête avec invitation à faire connaître leurs observations. L'absence d'observation peut ainsi être considérée comme une acceptation des éléments notifiés. La Haute Autorité dispose donc d'une grande liberté mais doit courir le risque que les éléments apportés ne soient pas considérés comme probants par les juridictions. La HALDE devrait peut-être avoir plus souvent recours à des mesures d'instruction où le contradictoire existe réellement.

II. La HALDE dans le procès

La HALDE intervient soit en produisant un avis, soit en présentant des observations à l'audience. Quelles sont les caractéristiques de l'avis de la HALDE ? Une réponse est apportée par trois arrêts

du Conseil d'Etat du 13 juillet 2007. Ces arrêts précisent que les avis de la HALDE ne sont pas des décisions faisant grief. Ils ne sont donc pas revêtus, notamment lorsque la HALDE présume une situation de discrimination ou de harcèlement, de l'autorité de la chose jugée ou de la force exécutoire qui s'attache à une décision administrative. Le Conseil d'Etat a néanmoins apporté deux restrictions dans l'arrêt 297 742. D'une part, les mesures générales qui font l'objet d'une rédaction impérative peuvent être frappées de recours. D'autre part, les réponses de la HALDE sont de nature à engager la responsabilité de l'Etat si elles sont infondées. Il semble quelque peu curieux d'affirmer que l'avis n'est pas une décision qui fait grief mais que la responsabilité de l'Etat pourrait pourtant être engagée dans certaines circonstances.

L'avis de la HALDE est donc un élément de fait. Plusieurs arrêts de la cour de Cassation éclairent cette situation. Il faut retenir d'abord un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui s'est exprimée sur un avis demandé par un juge d'instruction. La Caisse d'Epargne, qui était en l'occurrence mise en cause, contestait la possibilité du juge d'instruction de demander un avis à la HALDE sur des faits antérieurs à la loi du 30 décembre 2004. La Cour de cassation a jugé qu'il s'agissait d'un élément de procédure.

Un arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 6 juin 2007 est beaucoup plus précis. Dans ce cas, la HALDE était intervenue en produisant seulement sa délibération. La partie défenderesse a indiqué que cet avis n'était pas contradictoire. La Cour d'appel a répondu que cette délibération était versée à titre de renseignement et qu'étant versée avant toute plaidoirie au fond, elle avait pu être discutée contradictoirement. Cette réponse est assez similaire à la jurisprudence très courante en matière administrative sur les rapports d'expertise non contradictoires. Les juridictions administratives, beaucoup plus que les juridictions civiles, considèrent qu'il s'agit alors d'éléments de fait qui peuvent être discutés dans le cadre de la procédure et qu'ainsi le contradictoire est respecté.

L'avis suffit-il ? La Cour d'appel d'Aix-en-Provence retient dans un arrêt du 8 mars 2007 qu'un avis de la HALDE n'est pas en lui-même efficient dans la mesure où il appartient à la HALDE de verser les pièces qui l'ont conduite à le donner. Les preuves qui sous-tendent cet avis doivent donc être produites. La Cour ajoute : « *en effet à défaut d'une telle communication les parties pourraient contester les éléments de cette audition ce qui la rendrait inefficace ce qui n'est certainement pas le vœu du législateur* ». La Cour ne confère donc aux avis de la HALDE aucune force probante particulière et elle admet implicitement que les éléments la soutenant peuvent être discutés.

Cette faculté de discussion a été utilisée par la Cour d'appel de Dijon dans un arrêt du 31 mai 2007. Cette cour reprend tous les points du dossier fourni par la HALDE et par le plaignant pour conclure que certains éléments ne sont pas fondés. Elle décide également de leur donner une autre qualification juridique en ne retenant pas la discrimination. Dans ce cas, les éléments de preuve ont été entièrement discutés.

III. Conclusion

Interrogeons-nous sur le rôle de la HALDE lors d'un procès. Elle ne peut être considérée comme un témoin. Un article évoquant cette notion est paru dans *La Gazette du Palais* il y a quelques jours. Ce n'est pas non plus un Commissaire du Gouvernement puisqu'elle n'est pas neutre. Ce n'est pas le Parquet. Un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes dénie d'ailleurs à la HALDE la possibilité de présenter des observations au motif qu'elle dispose de moyens d'investigation beaucoup plus importants que ceux du « commun des mortels ». et ajoute que ce déséquilibre ne se justifie pas par un motif d'intérêt général, comme ceux défendu par le Parquet.

La tendance serait plutôt de lui conférer la fonction d'*amicus curiae*, notion qui existe dans les articles 27 et 181 du Nouveau Code de Procédure Civile. Elle est en effet hors de l'instance mais y produit des éléments utiles. Elle apporte aussi la technicité puisqu'elle collecte des éléments de jurisprudence. De plus, elle circonscrit les débats sur les points essentiels. La HALDE intervient alors comme un expert fournissant des matériaux qui peuvent être utilisés par les parties, que celles-ci s'appuient sur ces éléments ou qu'elles les contestent. Elle apporte aussi le droit, ce qui est très important dans cette matière en gestation.

Luc FERRAND

La jurisprudence est donc éparsée mais cohérente. Une seule Cour d'appel est en divergence avec la position que vous avez exposée. La HALDE est entendue à titre de simple renseignement. La production de la délibération doit être accompagnée des pièces justificatives avant que le tout soit mis en débat auprès des parties. L'avocat de la Haute Autorité a l'obligation d'y veiller.

La HALDE a fait le choix de s'exprimer par le biais d'un avocat. Nous considérons en effet que la HALDE est un facilitateur mais qu'en aucun cas, elle ne se substitue aux acteurs du procès. Nous devons faire en sorte que les avocats s'emparent des dossiers et soient en position de les traiter par eux-mêmes. Les actions de formation initiale et continue doivent y contribuer. La pratique est très importante. Le fait de vous confier des dossiers au nom de la HALDE est pour nous une préoccupation essentielle. Nous avons donc choisi de ne jamais nous exprimer directement devant les juridictions et de recourir à des avocats.

Marie-Aimée PEYRON

Dans le cadre du groupe de travail constitué au titre du partenariat entre le Conseil National des Barreaux et la HALDE, nous avons, sous l'égide du Président de la commission des règles et usages du Conseil National des Barreaux, évoqué un point extrêmement pratique qui concerne notre déontologie. Il s'agit de la notion de conflit d'intérêt. Tous les avocats sont concernés. Luc Ferrand vous a indiqué qu'un appel d'offre allait être lancé. L'appel d'offres Médiation n'est pas concerné. En effet, la règle du conflit d'intérêt ne se pose pas à un médiateur. Celui-ci applique des règles propres selon lesquelles il lui appartient de se déporter s'il est en relation avec l'une des parties.

L'avocat va être amené à intervenir à tous les stades de la procédure HALDE. Il doit préparer pour ses clients les dossiers de saisine de la HALDE mais aussi représenter la HALDE devant les différentes juridictions. Une difficulté se pose. Un avocat de la HALDE, qui à ce titre connaît parfaitement les arcanes de cette procédure, peut-il accepter un dossier de l'un de ses autres clients en tant que conseil de victime ou en tant que conseil d'une personne mise en cause ? La question a été débattue dans le cadre du groupe de travail. Une des objections qui a été formulée consistait à dire que notre profession s'est dotée d'une règle déontologique qui régit les cas de conflit d'intérêts. C'est l'article 7 alinéa 3 du décret du 12 juillet 2005 : *« l'avocat ne peut accepter l'affaire d'un nouveau client si le secret des informations données par un ancien client risque d'être violé ou lorsque la connaissance par l'avocat des affaires de l'ancien client favoriserait le nouveau client »*.

Si un avocat de la HALDE ne peut plus du tout intervenir pour l'un de ses clients employeur, il est à craindre que l'appel d'offres ne reçoive que peu de réponses. Nous avons donc souhaité

approfondir une situation qui serait susceptible de constituer un conflit d'intérêts. La jurisprudence de notre ordre s'arrête au fait que le conflit d'intérêts apparaît lorsque les informations d'un ancien client risquent d'être violées ou lorsque la connaissance des affaires de ce dernier est susceptible de favoriser le nouveau client de façon injustifiée. Un problème se présente dès lors que l'avocat de la HALDE, qui connaît parfaitement le fonctionnement interne de cette entité, serait susceptible d'utiliser ses connaissances au profit d'un autre client contre la HALDE. Les règles de déontologie sont des règles de bon sens et de prudence. Dans ce cas, nous sommes dans le principe de délicatesse qui veut que l'avocat ne peut pas accepter de défendre un intérêt contre la HALDE. Des solutions doivent être trouvées.

Il est nécessaire que, dès l'appel d'offres, une clause préserve le souhait que les avocats de la HALDE puissent également intervenir pour d'autres clients. Nous nous sommes arrêtés sur la clause suivante : *« l'avocat doit informer la HALDE qu'il assiste et/ou représente les intérêts d'un réclamant ou d'un mis en cause et se faire autoriser à poursuivre sa mission. Lorsque la HALDE fait connaître son désaccord, les conflits sont tranchés par le Bâtonnier de l'ordre dans le ressort duquel l'avocat est inscrit »*. L'avocat fait savoir en temps utile à la HALDE qu'il est saisi d'un dossier par exemple par un employeur. La HALDE indiquera si à son sens l'avocat est susceptible d'utiliser des informations privilégiées ou non. Faute d'accord, le Bâtonnier est chargé de trancher. Le Bâtonnier arbitre déjà ce type de conflit de façon générale, par exemple lorsqu'un avocat se pose la question de plaider contre un ancien client.

L'article 7 n'exclut pas de plein droit l'intervention de l'avocat. Il ne l'exclut que si, effectivement, le secret professionnel risque d'être violé ou si son indépendance risque d'être entamée. L'objet de cette clause est de répondre à la fois aux attentes de la HALDE et à celles des avocats. Un membre du Conseil de la concurrence qui quitte cet organe peut aujourd'hui plaider devant lui bien qu'il en connaisse les arcanes. Nous devons tenir compte de la crainte de la HALDE que ses avocats ne mettent pas en évidence ses éventuelles faiblesses, sans pour autant leur interdire d'intervenir pour une victime ou un mis en cause.

Luc FERRAND

Je retiens le rapprochement du principe de délicatesse plus encore que celui du conflit d'intérêts. Dans notre esprit, le conflit d'intérêts devrait être marginal. Nous pouvons néanmoins supposer qu'il y ait parfois une homothétie absolue entre deux dossiers ou une connexité suffisante, par exemple s'il s'agissait de la même entreprise avec des salariés différents. La HALDE pourrait se trouver face à des cas où une difficulté intellectuelle se ferait jour. Cette idée de respect du principe de délicatesse me paraît extrêmement importante. Il serait incongru que la HALDE découvre par hasard à la lecture du dossier que son avocat habituel est aujourd'hui son contradicteur. Une mesure de savoir vivre ensemble est nécessaire. Nous n'avons pas souhaité de disposition exorbitante du droit commun. Nous avons donc proposé que les éventuels conflits soient réglés par le Bâtonnier suivant les règles habituellement applicables. Nous avons considéré que c'était la meilleure source de sécurité et de fiabilité juridique. Je pense que nous sommes arrivés assez rapidement à un point d'équilibre. Nous espérons qu'il préservera les intérêts respectifs et permettra aux avocats de répondre sans crainte aux appels d'offres.

Débat avec la salle

De la salle

Il ne me semble pas y avoir de problèmes pour que des avocats qui plaideraient habituellement pour des entreprises et qui devraient développer des théories ou des raisonnements juridiques qui se confondent totalement avec ce que la HALDE demande. Je suis plus inquiet pour mes confrères qui plaident habituellement pour les entreprises et qui voudraient être avocats de la HALDE. Cette question se pose pour d'autres organisations syndicales et n'a pas encore trouvé de solution.

Luc FERRAND

Quand la HALDE intervient devant une juridiction, elle ne le fait pas au soutien du salarié. La HALDE n'intervient pas seulement d'office devant les juridictions. Elle peut intervenir à la demande des parties ainsi qu'à la demande du juge en tout état de la procédure. C'est ce que rappelait Jacques Curtil en évoquant la jurisprudence de la Chambre criminelle sur la capacité du juge d'instruction à demander à la HALDE de lui rendre un avis. La Haute Autorité traite ses dossiers en droit, de manière impartiale. En outre, il lui arrive plus souvent de donner raison au défendeur qu'au demandeur. Dans 90 ou 95 % des dossiers, la HALDE constate l'absence de discrimination. Sur 10 000 dossiers retenus en 30 mois et 8500 dossiers réglés, la HALDE n'a statué en ne caractérisant une discrimination que dans 800 cas. Nous ne pouvons donc pas lui reprocher d'instruire exclusivement à charge. 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.

Marie-Aimée PEYRON

La HALDE a la volonté d'être tout de suite informée et avisée. En tant qu'avocats d'employeurs, vous devez prévenir la HALDE et si besoin vous déporter. Luc Ferrand parlait de déontologie particulière. Je crois que nous devons appliquer nos règles de déontologie générale, de délicatesse et de courtoisie vis-à-vis de nos clients. Nous devons les informer de la situation pour ne pas mettre les intérêts de l'un de nos clients en difficulté.

Luc FERRAND

Notre confiance dans la profession est telle que nous demandons aux avocats d'intervenir pour nous mais aussi d'accomplir des médiations. Il est rassurant pour la HALDE et pour l'ensemble de vos clients de savoir que chacune de vos interventions est précisément réglée, que vous abandonnez votre toge au vestiaire quand cela est nécessaire et qu'il n'y a pas de confusion des genres. Vous n'êtes pas avocat de partie dans la mesure où vous auriez accompli une médiation à la demande de la HALDE puisque celle-ci ne contrôle pas le contenu de la médiation. Le médiateur est neutre et n'agit ni pour la Haute Autorité ni pour l'une ou l'autre des parties. La HALDE est seulement organisateur et organe financeur. Si vous plaidez pour l'une ou pour l'autre des parties, c'est en pleine connaissance de cause pour chacune d'entre elles et donc en toute indépendance.

De la salle

Il va de soi que la HALDE est entendue comme « sachant » lorsqu'elle est appelée par le juge ou par les parties. Dans le procès pénal, lorsque la HALDE a incriminé une situation considérée et indique que cette situation pourrait être constitutive d'une infraction, le fait que la HALDE puisse être un sachant et n'ait même pas le statut de témoin paraît exorbitant du droit commun.

Luc FERRAND

La HALDE est un « monstre juridique ». Elle est à la fois chargée d'enquêter de manière impartiale et, quand elle a achevé son enquête, de conseiller le réclamant. Ce dernier est en réalité notre pire ennemi dans la mesure où il n'admet pas que, dans 95 % des cas, nous ne lui donnions pas raison. Lorsque nous lui donnons raison, il ne comprend pas le motif pour lequel nous lui donnons raison et n'admet pas le cadre de notre intervention. Nous devons également apprécier les chances de succès d'un éventuel procès. Nous nous devons de ne pas engager le réclamant dans la voie contentieuse si elle ne paraît pas suffisamment sûre. Nous devons ensuite régler le dossier puis, le cas échéant, administrer la poursuite puisque la HALDE règle elle-même la mesure de transaction. Enfin, nous assurons et nous contrôlons l'exécution de la mesure qu'il s'agisse de la médiation ou de la recommandation. Cette dernière peut ensuite faire l'objet d'une sanction si elle n'a pas été respectée. Nous présentons les observations devant les juridictions. Nous vérifions finalement que les sommes dues ont été payées au Trésor public.

La HALDE n'est donc pas une personne ordinaire. L'Union Européenne l'a voulue ainsi. Le législateur l'a parfaite. Dans le cadre du procès pénal, la chancellerie n'a pas souhaité prévoir de différence avec le procès civil. La HALDE est donc simplement entendue afin de fournir des renseignements sauf dans l'hypothèse où elle endosse la casquette de partie civile. Le législateur en 2006 a souhaité que, lorsque le mis en cause refuse la transaction, la HALDE puisse le citer directement devant le tribunal correctionnel.

De la salle

Des recours devant la Cour européenne des droits de l'homme sont-ils possibles, par exemple sur la notion de procès équitable ?

Luc FERRAND

Je vous renvoie à la Cour d'appel de Nîmes qui n'entre jamais en voie de condamnation quand une discrimination est avouée et reconnue. Quand elle refuse d'entendre les observations de la HALDE au motif que cela serait contraire à la convention européenne des droits de l'homme, cette cour est suspecte. Je ne pense pas qu'un recours contre la HALDE devant la Cour européenne des droits de l'homme soit possible. Les arrêts du 13 juillet auraient cependant pu faire l'objet d'un recours.

La HALDE n'est pas une juridiction. Elle ne juge pas. Elle « propose » à la personne d'être condamnée. Je pense que cette disposition la met à l'abri au moins pour ce volet. La contraconventionnalité sera examinée dans un autre cadre.

De la salle

Je suis l'auteur de l'article qui était visé tout à l'heure. Je voudrais revenir sur le statut de témoin. Je constate aujourd'hui que vous faites intervenir vos avocats devant les juridictions pénales. L'avocat est donc le représentant de la HALDE. Si j'ai bien compris le sens de la loi de 2006, la HALDE a la possibilité d'avoir des agents assermentés. Une circulaire a été prise récemment sur la collaboration entre les inspecteurs du travail et les agents assermentés. En outre, le statut de l'inspecteur du travail en correctionnelle est celui du témoin. Il n'est pas partie poursuivante.

Examinons le cas où le représentant de la HALDE est l'avocat. Cet avocat va dire le droit comme un expert et présenter des éléments de fait. Or la HALDE n'est pas un expert au plan pénal. Si la HALDE se présente par son agent assermenté qui a constaté les faits, c'est un témoin. Je ne suis pas certain que la HALDE ne soit pas un témoin. Cela dépend de la qualité de son représentant. Si des avocats interviennent, ils prendront tôt ou tard le risque d'avoir en face d'eux des confrères qui, au nom des droits de la défense, demanderont qu'ils soient entendus à titre de témoins parce qu'ils livreront un témoignage *de facto* sur une situation de fait. Il me semble que le problème n'est absolument pas réglé.

Luc FERRAND

Ce débat est loin d'être clos. La chancellerie a considéré que la HALDE n'interviendrait dans le cadre de la loi qui l'a créée, avec une réserve sur le statut des agents assermentés, que comme *amicus curiae*. Elle est peut-être la seule qui soit institutionnalisée dans le droit français même si le Code de procédure civile n'exclut pas ce dispositif. C'est en tout cas la seule dont la compétence soit figée par la loi. Quand un agent assermenté de la HALDE fait des constatations, il est effectivement possible qu'il paraisse comme témoin. Nous devons prendre le soin de distinguer le cadre de l'intervention de la HALDE.

Aujourd'hui, notre ligne de conduite est la suivante. Une fois le constat fait par l'agent assermenté, le dossier est communiqué au Parquet sur le fondement de l'article 12 de la première loi HALDE. Le Parquet poursuivra l'enquête et décidera ou non d'audier. L'agent de la HALDE pourra 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 HALDE 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.

De la salle

Dans le cadre d'un procès prudhommal, à quel moment les observations interviennent-elles ? Sont-elles écrites ou bien orales ?

Luc FERRAND

Concernant la prise de parole, le cadre de la circulaire Justice porte exclusivement sur l'audience correctionnelle. Dans la pratique, la HALDE fait donc systématiquement le choix pour ses observations de la représentation par un avocat. La loi de 2004 parle de la HALDE ou de son représentant. Nous avons strictement entendu le terme représentant au sens de la loi de 1971. Il

s'agit donc de l'avocat. C'est donc soit la HALDE, avec l'hypothèse de l'agent assermenté, soit son conseil qui intervient. S'agissant d'une procédure orale, l'avocat n'a pas l'obligation de déposer des écritures. Nous avons pour autant estimé qu'il était du bon respect du principe du contradictoire de déposer des écritures. Dès que nous avons l'avis du greffe de l'introduction de l'instance prudhommale par notre ancien réclamant, devenu demandeur, à la procédure juridictionnelle, nous mandatos notre conseil. Celui-ci rédige les écritures. Ces écritures sont relues de façon très exigeante par la HALDE. Quand nous sommes d'accord sur leur contenu, elles sont communiquées à la juridiction et aux parties. Cette étape se déroule très en amont de l'audience, parfois même avant la conciliation. Cela dépend du moment où le réclamant nous a saisi. Lors de l'audience, notre conseil plaide et présente des observations. Il revient au tribunal de le faire intervenir au moment où il le souhaite. S'agissant de l'audience correctionnelle, le temps est réglé. Une partie de la doctrine juge illogique ce temps entre la partie civile et le Parquet.

Jacques CURTIL

Selon l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes qui parle du débat contradictoire, la HALDE doit en principe intervenir avant le défendeur.

Luc FERRAND

Il est bien évident que nous ne prétendons pas parler en dernier.

De la salle

Je voudrais savoir si la HALDE a déjà été saisie de cas d'application discriminatoire de la loi différente selon le lieu d'activité. Une même loi ou un même texte peuvent être appliqués différemment à des salariés, postérieurement à des décisions définitives rendues judiciairement. J'aimerais savoir si la HALDE a été saisie de ce point qui est établi par des situations distinctes.

Sur le problème du statut, j'ai l'impression que la HALDE est une institution qui a bâti son indépendance sur la jurisprudence. Il me semble que vous avez le même statut que les inspecteurs du travail qui, sur la base de l'article 40, conduisent une enquête. Ils transmettent ensuite les résultats au Parquet qui décide de les entendre ou bien les transmet à la juridiction qui donne une suite correctionnelle. J'ai le sentiment que vous menez un débat contradictoire au niveau de l'administration de la preuve et que tous les juridictions vous ont de façon cohérente indiqué qu'il s'agit de méthodes d'administration purement de preuve qui par conséquent ne font pas grief et n'admettent pas de recours. C'est donc un contradictoire sans procédure. Votre mission est à la limite de la médiation avec un pouvoir d'instruction exorbitant. La HALDE est finalement une institution originale qui n'existe pas encore dans le cadre actuel.

Ma dernière remarque concerne la déontologie. Nous avons évoqué l'effort pédagogique que nous faisons porter sur les professionnels de l'immobilier et qui consiste à leur enseigner la loi pour éviter d'être complices de discrimination. Il faudra bien étendre à nous même cet effort pédagogique. En enseignant la loi à nos clients, employeurs et salariés, nous limiterons les complications. Il est impensable de voir certains conseils ne pas appliquer la loi et même cautionner les discriminations.

Luc FERRAND

Sur vos deux derniers points, j'abonde dans votre sens. Sur le premier point, je n'ai pas compris si vous évoquiez les décisions de justice ou bien celles de l'employeur.

De la salle

Je fais référence à une loi applicable au plan national mais dont l'application est arbitraire et cautionnée par le conseil, postérieurement à une décision judiciaire définitive.

Luc FERRAND

Nous avons en effet eu connaissance de contentieux de cette nature.

Synthèse des débats

Pierre LAFONT
Avocat au Barreau de Montpellier

Nous avons aujourd'hui évoqué trois évolutions : des parties moins libres, une autorité plus puissante et un avocat plus indépendant.

Les parties sont assurément moins libres. Nous avons été informés aujourd'hui des actions d'un propriétaire ou d'un employeur qui, pour désagréables qu'ils aient pu paraître, sont surtout nécessairement perplexes. Les parties sont interrogées sur leurs choix. Jean-Pierre Forestier a pointé le choix électif, la préférence et la discrimination. Cependant, le Code pénal n'emploie pas les termes « choisir » ou « discriminer » mais seulement le terme « distinguer », terme qui est assez neutre et englobant. Par ailleurs les parties ne sont pas seulement perplexes, elles sont aussi contraintes dans leur liberté contractuelle. Ce constat n'est pas original. Tous les contrats doivent en effet respecter l'ordre public, et cela n'a pas attendu l'émergence d'un droit de la discrimination/ En réalité, nous n'observons ici qu'une forme d'extension de l'ordre public. Même si la contrainte paraît traumatisante pour les propriétaires (qui, à force d'incitation fiscale, ont investi dans l'immobilier...), elle n'est en rien extraordinaire.

Je m'interroge cependant au strict niveau contractuel sur la nullité éventuelle d'un contrat en raison d'une infraction à ces dispositions d'ordre public. Mais ce n'est pas le débat d'aujourd'hui. Le plus intéressant est le comportement des parties. Elles s'adaptent au rétrécissement de leur liberté contractuelle et au regard légèrement suspicieux qui plane au dessus d'elles. Ceux qui n'ont pas les moyens de s'adapter, notamment les particuliers, taisent leurs motivations. C'est peut-être pour eux l'attitude la plus protectrice, à condition toutefois, de ne pas discriminer. De leur côté, les entreprises gèrent le critère du choix en formant leur personnel et en appliquant des critères aussi objectifs que possible. Surtout, elles le gèrent en constituant, en amont, des preuves de cette gestion, en conservant les traces de la procédure. Ceci engage des coûts qui peuvent être importants. Ces démarches ont des conséquences économiques dont nous avons vu le prolongement dans le marché immobilier. Les parties sont prises en étau entre le risque financier et le risque pénal car l'autorité est plus puissante, qu'il s'agisse de la HALDE ou bien des autres autorités poursuivantes.

La HALDE est exorbitante du droit commun parce qu'elle s'appuie sur un droit processuel et un droit répressif spécifiques. Le droit processuel se manifeste avant le procès car la HALDE dispose de moyens d'investigation. Sylvie Kern a décrit les auditions, les investigations sur place, le testing. La HALDE dispose aussi de voies d'action spécifiques si l'on veut bien englober dans l'action les observations qu'elle dépose au tribunal correctionnel ou bien la médiation, le rappel à la loi et les recommandations faites au différents ministères. Dans le procès, la HALDE présente un caractère de nouveauté. De plus, ce droit est en gestation totale. Nous devons nous interroger sur l'avis que fournit la HALDE et qui rend son identification quelque peu difficile. L'avis n'est pas une décision, c'est un élément de fait. Cela pose la question de la manière dont l'avis a été élaboré, au regard bien sûr des droits de la défense.

La HALDE est-elle réduite à un rôle d'expert ou de témoin ? Ces points ont été au centre du débat. Brigitte Pesquié nous a expliqué que la qualification de subordination de l'embauche à un motif discriminant est une notion tout à fait particulière et spécifiquement opérante en tant que notion

d'infraction obstacle. Nous sommes passés d'une difficulté de la preuve sur le refus d'embauche à la caractérisation de la subordination. Cela permet en outre une meilleure gestion d'une décision qui dans l'entreprise est souvent collective. Le régime de la preuve est une autre spécificité. Nous avons vu que, dès lors que des indices sont décelés, le régime de la preuve est renversé sous l'impulsion des décisions de la CJCE. Au plan de la sanction, les amendes prononcées par la HALDE ne peuvent pas faire l'objet de sursis. Elle est donc une autorité plus puissante qui porte un regard attentif sur des parties perplexes et sur leur avocat.

Les avocats sont plus indépendants. La HALDE manifeste auprès d'eux sa reconnaissance de leur capacité technique. La question du contradictoire et celle du conflit d'intérêt se posent. L'avocat de la HALDE peut-il accepter un dossier de mis en cause ou de victime, compte tenu du risque de violation de notre article 4 du RIN ? Nous devons être vigilants vis-à-vis des informations qui nous ont été procurées par nos anciens clients. Une clause *ad hoc* a donc été intégrée dans le contrat liant la HALDE et l'avocat. Elle a été qualifiée de point d'équilibre et on lui a prêté la faculté de renforcer la confiance entre les avocats et la HALDE. Quel est le degré de liberté de l'avocat vis-à-vis de la HALDE dans la mesure où il serait sollicité par d'autres clients ?

Il est intéressant de noter que l'avocat joue un rôle central dans cet objet plus large qu'est le droit de la discrimination. J'ai été attentif au fait que le Président Schweitzer ait marqué son intention de développer le contentieux. Nous avons tous coutume d'observer que le contentieux se réduit. Or une autorité très novatrice dans sa problématique nous affirme qu'elle va développer le contentieux. Ce projet appelle de notre part une attention soutenue et nécessite la mise en ligne de moyens de formation.

Les stations de métro qui desservent le siège du Conseil National des Barreaux sont Europe, Saint-Lazare et Trinité. Lazare, c'est la vie. Europe, c'est le désir. Trinité, c'est le mystère. La vie c'est choisir. Dans le choix, il y a beaucoup de désir, il y a aussi quelquefois de la haine. Choisir ou discriminer, c'est certainement le mystère.

Index

Nous vous informons que nous n'avons pas pu vérifier l'orthographe du mot suivant :

contraconventionnalité 43