



LES NOUVEAUX POUVOIRS DE LA HALDE ET L'EXERCICE DES DROITS DE LA DEFENSE

Ouverture	2
Paul-Albert IWEINS Président du Conseil National des Barreaux	
Les pouvoirs de transaction de la HALDE	4
Brigitte PESQUIE Chef du service pénal de la HALDE	
Jean-Paul LEVY Avocat au Barreau de Paris, ancien membre du Conseil National	
Débat avec la salle	8
Le Testing	20
Pierre-Jacques CASTANET Avocat au Barreau de Paris, membre du Conseil National	
Frédéric BURNIER Inspecteur du travail, coordinateur des enquêtes	
Débat avec la salle	28
L'Indemnisation du préjudice	32
Sylvie KERN Chef du pôle entreprise	
Odile BELINGA Avocat au Barreau de Lyon, membre du Conseil National	
Débat avec la salle	41
Clôture des travaux	44
Luc FERRAND Directeur juridique de la HALDE	

Ouverture

Paul-Albert IWEINS Président du Conseil National des Barreaux

Je vous souhaite la bienvenue à ce colloque, co-organisé par le Conseil National des Barreaux et la HALDE.

Je dois d'abord exprimer les regrets de Monsieur Schweizer qui, alors qu'il avait prévu de venir, n'a pas pu nous rejoindre.

La coopération entre les avocats et la HALDE, initiée par mon prédécesseur, Monsieur Bénichou, constitue un aspect essentiel de l'implication des avocats dans la vie sociale. Nous ne sommes pas tout à fait, en effet, des citoyens comme les autres, mais sommes des citoyens juristes, auxquels il appartient de prendre en charge certains événements et problèmes de société, dès lors que nous pouvons contribuer à les résoudre.

La HALDE, quoique sa création ait été accueillie favorablement par la société, a également pu inspirer un certain scepticisme. Certains se demandent en effet à quoi peut servir une Haute Autorité alors que le délit de discrimination existe, et que de multiples directives du Garde des Sceaux visent à inciter les juges à porter davantage d'attention aux phénomènes liés à la discrimination.

Il apparaît pourtant que la HALDE est nécessaire, et que le renforcement de ses pouvoirs l'est également, dans le but de répondre au défi social de l'intégration de tous ceux qui, d'une façon ou d'une autre, portent une différence qui peut leur rendre pénible la vie en société.

Le rôle des avocats en cette matière est double : un rôle de conseil et d'assistance aux victimes de discriminations, mais également un rôle de conseil et d'assistance pour ceux qui sont poursuivis.

Il semble que tout le monde ne soit pas également informé du récent renforcement des pouvoirs de la HALDE, qui est le résultat de la loi pour l'égalité des chances et du décret d'application du 1^{er} juin 2006.

Nous allons étudier plus précisément, avec Brigitte Pesquié et Jean-Paul Levy, les pouvoirs de transaction de la HALDE, qui sont une nouvelle modalité de la répression et de l'indemnisation des victimes de discriminations. Il s'agit d'une nouvelle forme d'intervention d'une haute autorité sur un sujet social, qui lui attribue des pouvoirs propres. Ce pouvoir propre est la consécration de l'ensemble des pouvoirs de la HALDE et de la nécessité que les citoyens réalisent que, si certains comportements discriminatoires ne sauraient être acceptés, la réponse pénale n'est pas toujours celle qui s'impose.

Nous aborderons ensuite, avec Frédéric Burnier et Pierre-Jacques Castanet, la question du testing, un moment contesté par la jurisprudence ; les provocations à commettre un délit risquaient en effet de menacer la validité de la procédure elle-même. La

jurisprudence a heureusement évolué à ce sujet, et la loi a consacré cette évolution. Nous verrons par conséquent, plus précisément, quels sont les intérêts et les risques du testing.

Enfin, la question de l'indemnisation du préjudice sera évoquée par Sylvie Kern et Odile Belinga ; elles aborderont en particulier la difficulté d'apprécier les préjudices moraux et économiques, et la place donnée dans le dispositif à l'indemnisation. Nous verrons si la réalité de ces préjudices est socialement reconnue.

Luc Ferrand clôturera les travaux du colloque, en sa qualité de Directeur juridique de la HALDE.

La discrimination ne concerne pas que les autres. Il nous faut prendre conscience du fait que nous pouvons repérer, dans notre profession, lors du recrutement de stagiaires ou de collaborateurs par exemple, certains phénomènes de discrimination. Le Conseil National a été saisi de telles difficultés. Je suis certes conscient qu'il est plus aisé de faire preuve d'un esprit large dans une grande structure plutôt que dans un petit cabinet. Une prise de conscience collective est nécessaire, ainsi qu'une véritable volonté de donner l'exemple et de faire taire certains préjugés qui, parfois attribués à notre clientèle, nous retiennent d'engager un collaborateur en vertu de critères discriminatoires.

J'appelle donc notre profession à un véritable examen de conscience sur cette question, et à fournir un véritable effort. Si nous ne donnons pas l'exemple, il ne sert à rien de proclamer que nous sommes aux avant-postes de la lutte contre la discrimination, et de prétendre que nous luttons, avec la HALDE, contre sa progression. Je nous appelle donc à agir en fonction de ce devoir collectif.

Les pouvoirs de transaction de la HALDE

Brigitte PESQUIE
Chef du service pénal de la HALDE

Jean-Paul LEVY
Avocat au Barreau de Paris, ancien membre du Conseil National

Brigitte PESQUIE

Le nouveau pouvoir de transaction a été accordé à la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité par la loi sur l'égalité des chances. Elle nous permet de proposer une transaction pénale à l'auteur d'une discrimination. Cette transaction implique le versement d'une amende transactionnelle, éventuellement accompagné de l'affichage ou de la diffusion d'un communiqué et de l'indemnisation de la victime. Si la transaction est rejetée ou échoue, la haute autorité peut déclencher l'action publique, par le moyen d'une citation directe devant le Tribunal.

Ces procédures ressemblent à certains égards à celles mises en œuvre par d'autres autorités administratives qui détiennent un pouvoir de transiger, l'administration fiscale par exemple. L'objectif de la transaction pénale est toujours le même : éviter les poursuites pénales. Pour l'autorité, c'est le souci d'efficacité et de rapidité qui conduit à proposer une transaction. La personne qui accepte une telle transaction, quant à elle, cherche surtout à éviter une condamnation.

Cette procédure est le fruit de débats parlementaires mouvementés. Le problème était de savoir s'il n'était pas préférable d'accorder un pouvoir de sanction à la Haute Autorité, afin d'éviter les poursuites tout en traitant le problème avec toute la gravité requise. Dans ce cas, la partie pénale du contentieux lié à la discrimination, qui relève du droit commun, serait traitée par une administration, alors même qu'il ne s'agit pas d'une de ses missions habituelles ou normales, et qu'une telle possibilité semble incompatible avec le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs.

La décision de confier une mission de transaction à une autorité administrative s'inscrit dans une logique ancienne et pragmatique, qui vise à concilier la possibilité d'apporter à toutes les infractions une réponse pénale avec la bonne gestion du temps judiciaire. Cette logique a par exemple permis au Parquet de mettre en œuvre le traitement en temps réel, ainsi que les alternatives aux poursuites. Les dernières alternatives aux poursuites créées ont d'ailleurs de plus fortes ressemblances avec la transaction pénale qu'utilise la Haute Autorité qu'avec les anciennes procédures de transactions d'administrations telles que celles mises en œuvre par les Douanes, le Fisc ou les Eaux et Forêts.

Le choix d'accorder un pouvoir de transaction à une Haute Autorité n'a pas été simple, puisqu'il n'existe pas de régime de référence. La transaction pénale entre dans le cadre de l'article 6 du Code de procédure pénale, qui affirme la possibilité d'éteindre l'action publique lorsqu'une transaction peut être mise en œuvre, mais n'entre pas davantage dans le détail. A chaque fois qu'une procédure de transaction est créée, une loi

particulière, accompagnée d'un décret d'application, est promulguée, de sorte qu'il existe autant de régimes de transaction pénale en France que de lois qui les ont créées. Il faut toutefois noter que les lois les plus récentes bénéficient de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur les questions de procès équitable et d'égalité des armes. Elles sont ainsi plus détaillées et offrent de meilleures garanties que les anciens régimes.

Nous disposons cependant, désormais, des éléments permettant de définir les grands traits d'un régime général de la transaction pénale. Le Conseil d'Etat a en effet été amené à se prononcer, par un arrêt du 7 juillet 2006, sur un autre pouvoir de transaction, en matière de police de l'eau. Il a en effet saisi cette occasion pour dégager les grandes lignes d'un régime de transaction pénale respectueux des exigences constitutionnelles. Le texte de la décision du Conseil Constitutionnel sur la loi pour l'égalité des chances, du 30 mars 2006, a également fourni quelques indications sur la façon dont il fallait interpréter les pouvoirs de transaction créés par cette loi, non seulement celui accordé à la Haute Autorité, mais également celui accordé par la même loi aux maires pour les compétences liées à l'incivilité. Les régimes étant semblables, cette décision permet de mieux comprendre comment utiliser ce nouvel outil.

Le terme de « transaction » évoque un mode de règlement des litiges qui dépend, dans le Code civil, de l'idée d'un contrat qui met fin à une contestation. Cette idée est présente dans la transaction pénale, même si à l'origine d'une transaction pénale se trouve une décision unilatérale de l'administration de la proposer. L'auteur d'une discrimination n'a jamais le droit de demander à bénéficier d'une transaction. Une fois que la proposition a été formulée, cependant, la procédure est de nature contractuelle. La transaction devient la chose des parties, dès lors qu'elles ont consenti au principe de la transaction. Il faut noter que la Haute Autorité n'est jamais elle-même victime, contrairement aux autres administrations titulaires d'un pouvoir de transiger telles que le Fisc ou les Douanes. La Haute Autorité occupe toujours une position de tiers.

Les parties s'emparent de la proposition de transaction et des mesures qu'elle implique, et doivent y consentir. Le Conseil Constitutionnel a explicitement rappelé qu'aucune partie n'est tenue d'accepter une transaction, et que même une fois la proposition acceptée, il n'est pas possible de forcer son exécution. La nature contractuelle apparaît alors avec évidence, puisque cette exécution doit être volontaire. La transaction peut échouer si une des parties ne respecte pas ses engagements, mais ni l'autorité administrative, ni la victime ne peuvent demander l'exécution forcée.

Une fois que les parties se sont mises d'accord, qu'elles ont accepté certaines mesures ainsi que des délais de réalisation, une homologation par le Parquet est prévue.

Cette notion est celle qui a suscité le plus d'interrogations. En effet, il est inhabituel qu'une transaction pénale soit homologuée par le Parquet sans passer devant un juge. La plupart des procédures de transaction prévoient que le ministère public intervienne d'abord pour autoriser la transaction, pour qu'ensuite le juge du siège la valide. Le Conseil d'Etat, par sa décision du 7 juillet, a précisé que l'intervention de l'autorité judiciaire est nécessaire, dans la mesure où la transaction n'intervient que lorsque les actes qui ont été commis peuvent être qualifiés d'infractions. Mais puisqu'il s'agit d'éviter les poursuites, il n'est pas question de refaire une procédure judiciaire complète. Il faut pourtant que cette autorité puisse intervenir, puisque nous nous situons dans le champ pénal. Le choix de la

compétence du Parquet par rapport à celle du Siège dépend du résultat de la procédure devant l'autorité judiciaire. Tant que l'action publique n'est pas mise en œuvre, la compétence du Parquet est entière. En effet, comme le justifie le Conseil d'Etat, le juge du Siège n'est jamais amené à se prononcer à ce stade. Seul le ministère public peut décider de l'action publique. Puisque la procédure de transaction est antérieure à la mise en mouvement de l'action publique, il est logique que son homologation relève du Parquet. Dans les hypothèses où une procédure de transaction peut intervenir après la mise en mouvement de l'action publique, le Conseil d'Etat considère explicitement que l'homologation ne peut dépendre que d'un magistrat du Siège. Comme les transactions que peut mettre en œuvre la Haute Autorité interviennent avant la mise en mouvement de l'action publique, et qu'elles en sont une cause légale d'extinction, le système retenu a été celui de l'homologation par le Parquet.

Le Parquet à qui est présenté le dossier n'est pas obligé d'accorder une homologation, mais la circulaire de la chancellerie, finalement, ne lui laisse que peu de possibilités de refuser, dès lors que le dossier présenté a été correctement construit par la haute autorité. Il faudrait, pour refuser un tel dossier, que la haute autorité ait commis une erreur touchant à la qualification des faits. La question de la cohérence de la politique pénale pourrait également intervenir. En effet, la Haute Autorité n'a pas accès au casier judiciaire des personnes impliquées. Le Parquet peut donc estimer, au regard du passé pénal des personnes concernées, que la transaction pénale pourrait ne pas constituer une réponse suffisante, et décider de s'emparer du dossier afin d'engager des poursuites.

La circulaire prévoit donc que le refus d'homologation est l'exception, dès lors que les faits sont correctement qualifiés et que le dossier constitué est suffisamment probant. En théorie, du reste, il est difficile d'imaginer que des parties consentent à une transaction pénale si elles estiment que les faits ne peuvent être qualifiés comme ils le sont, et que le dossier est dénué de fondement.

Une fois l'homologation acquise, l'exécution volontaire de toutes les obligations par la personne qui a consenti à la transaction a pour effet d'éteindre l'action publique. A partir de ce moment, aucune poursuite n'est plus possible pour les mêmes faits. Cet effet est d'un intérêt majeur pour les personnes qui consentent à une transaction.

Nous pouvons donc voir que cette procédure doit fonctionner sur un mode assez traditionnel, malgré les quelques nouveautés. Elle répond à des objectifs pragmatiques d'efficacité et de rapidité. L'objectif est de créer une réponse médiane entre la faculté dont dispose déjà la haute autorité de proposer une médiation lorsque les faits sont très peu graves et que l'intérêt est avant tout de restaurer le lien social, et les situations où la poursuite pénale est la seule réponse adéquate, lorsque les faits concernés sont particulièrement graves. La procédure de transaction pénale permet donc de traiter un grand nombre de dossiers pour lesquels aucune réponse adaptée n'était apportée ; les parquets ne pouvaient les instruire, faute de temps. L'important est qu'une réponse pénale soit apportée à tout fait de discrimination, même si cette réponse n'est pas une poursuite.

Afin de nous rapprocher du titre de notre colloque, je souhaite vous lire un extrait des conclusions du commissaire du gouvernement dans l'affaire de France Nature Environnement du 7 juillet 2006 devant le Conseil d'Etat. Il précisait : « La procédure de transaction pénale a pour objet de soustraire les auteurs de faits répréhensibles à la main

de la justice. Elle ne saurait avoir pour effet de les placer dans celles de l'administration. L'essence même de cette procédure repose sur le caractère contractuel de son déroulement et le caractère consenti de son dispositif. »

Jean-Paul LEVY

Le pouvoir de transaction dont elle dispose fait de la HALDE une véritable autorité administrative de contrôle. Il s'agit en effet d'un pouvoir qui est également accordé au Conseil de la Concurrence, à l'Autorité des Marchés Financiers ou au CSA.

Quelle est la place des avocats dans ce dispositif, face à une autorité administrative qui, sur la base de la constatation d'une infraction pénale, va proposer une transaction ?

L'avocat a un rôle à jouer en amont de la procédure. Avant la délibération du collège, le dossier fait en effet l'objet d'une instruction. L'avocat peut déjà intervenir à ce moment. Que nous nous placions du côté de la personne mise en cause ou de la personne qui réclame, notre rôle est très important. La procédure, telle qu'elle est établie par les textes, comprend un caractère secret. Il n'est possible d'accéder au dossier qu'à condition d'y participer. Il est donc indispensable de participer à la mise en place de la procédure, d'être présent dès le début, afin de connaître toutes les données des dossiers.

Même si la délibération dépend du collège, un certain état de la situation va se dessiner dès l'instruction. Dès ce moment, un avocat pourrait proposer ou avancer les premiers jalons d'une transaction. Il peut évoquer l'hypothèse de cette transaction, dès lors que les faits sont reconnus ou parce que certaines explications, la méconnaissance de la loi par exemple, peuvent être avancées. Le rôle de l'avocat est alors proactif.

Le réclamant peut lui aussi avoir intérêt à viser une transaction, afin d'obtenir une réponse rapide. Notre rôle sera donc important dans cette situation également, afin de proposer les solutions qui nous semblent pertinentes.

Par ailleurs, l'article 11-1 de la loi mentionne expressément la possibilité de se faire assister par un avocat : « la personne à qui est proposée une transaction est informée qu'elle peut se faire assister par un avocat avant de donner son accord à la proposition de la Haute Autorité. » La légitimité de l'intervention de l'avocat est donc très forte, et nous devons occuper toute notre place ; nous devons apporter un conseil éclairé à notre client, en l'informant des conséquences de la transaction et des risques qu'il court à la refuser. Nous pouvons donc être satisfaits que la présence des avocats ait été formulée de cette manière, même si nous pouvons toujours déplorer que la Profession ne se voie pas reconnaître un monopole de représentation et d'assistance devant la Haute Autorité.

Le troisième moment où l'avocat peut intervenir est celui de l'homologation par le procureur de la République. Les refus d'homologation devraient être rares. Il est cependant possible qu'un cas se présente devant un parquet mettant en œuvre une politique pénale déterminée. L'avocat peut alors jouer son rôle en intervenant auprès du procureur, autorité dotée du pouvoir d'homologation. Il faudra alors conduire le même type de discussions que nous menons déjà en d'autres occasions auprès du procureur de la République, lorsqu'il est en charge du mode alternatif de règlement des conflits, lorsqu'il est en charge, par exemple, de la détermination du circuit pour le « plaidé

coupable ». Comme dans ces cas, les avocats doivent tenir toute leur place, surtout dans le cadre de cette procédure purement judiciaire qu'est l'homologation.

Il nous faut par ailleurs réfléchir au rôle que nous devons jouer au niveau de la définition et de la constitution de dossiers de préjudice. Il s'agit en effet d'un autre moment au cours duquel les enjeux seront formulés. Une partie de la transaction concernera en effet l'amende transactionnelle et les modalités spécifiques énumérées par l'article 11-2, c'est-à-dire la diffusion d'un communiqué, la transmission d'un communiqué au comité d'entreprise, la diffusion au Journal Officiel par exemple, mais la transaction devra également prévoir l'indemnisation des victimes. Il faudra donc constituer un dossier de préjudice, discuter et produire une démonstration afin d'aboutir à une véritable négociation sur le préjudice.

Débat avec la salle

De la salle

Puisque la transaction est une réponse pénale, est-il prévu qu'elle figure dans un fichier ou un casier judiciaire ?

Brigitte PESQUIE

Contrairement à la composition pénale, qui par ailleurs ressemble beaucoup à la transaction pénale, celle-ci ne donne lieu à aucune inscription dans aucun fichier ou casier judiciaire. Reste que la haute autorité peut mémoriser les transactions qu'elle effectue. Quelqu'un qui réitère les mêmes comportements ne saurait bénéficier de la procédure de transaction, ce qui reviendrait à provisionner pour les grandes entreprises une amende peu considérable. La transaction est une voie médiane, qui s'applique aux faits qui ne sont pas les plus graves. Si une même entité est concernée par un grand nombre de dossiers, la HALDE ne lui proposera pas de transaction.

Cette mention ne figure donc pas aucun fichier de police ou de casier judiciaire. Les parquets conservent cependant par ailleurs une trace de leurs décisions dans leurs bureaux d'ordre.

Jean-Paul LEVY

Les avocats pourront-ils proposer une transaction au nom de leur client ?

Brigitte PESQUIE

Il s'agit là du rôle classique du conseil. La décision administrative est cependant unilatérale ; elle est imposée. Il n'est donc pas possible de lui reprocher de ne pas avoir proposé une transaction. L'avocat peut cependant toujours expliquer à son client quel bénéfice il peut retirer d'une transaction.

De la salle

La saisine de la HALDE est-elle toujours le fait du réclamant ? Il semble que tel est bien le cas puisqu'il n'existe pas de procédure.

Brigitte PESQUIE

Toute personne peut saisir la HALDE, par lettre simple. Elle peut en outre être saisie par les parlementaires. Un dispositif d'auto-saisine est également prévu ; dès lors que certains faits sont portés à notre connaissance, nous pouvons décider d'instruire et de traiter un dossier les concernant.

De la salle

La saisine n'est envisageable que sur le terrain de la discrimination, qui doit être distingué, le cas échéant, de violences subies.

Brigitte PESQUIE

L'article 1 de la loi prévoit en effet que la Haute Autorité est compétente pour tous les faits de discrimination prohibés par la loi ou un engagement international. Les faits qui ont pour mobile la race, l'ethnie ou l'origine par exemple, qu'ils soient pénalement qualifiés ou non, ne sont pourtant pas suffisants pour nous saisir. Il est nécessaire d'entrer dans le cadre des différents champs prévus, c'est-à-dire les refus d'embauche, les licenciements ou les refus du bénéficiaire d'un droit par exemple.

Certains dossiers peuvent concerner des faits multiples. Dans ces cas, nous redirigeons vers le Parquet ce qui ne nous concerne pas.

De la salle

Le refus d'une transaction est-il confidentiel, ou la partie adverse peut-elle l'utiliser, comme un préjugement de la HALDE, face à une juridiction pénale ?

Brigitte PESQUIE

La haute autorité considère bien sûr que les procédures qu'elle initie ne peuvent être rendues publiques dès lors que l'on ne se trouve pas dans le cadre d'une publicité

normale. Une transaction, surtout lorsque sa mise en place est en cours, n'a pas vocation à connaître la publicité. Le texte n'oblige cependant pas les personnes qui participent à la transaction à garder un secret absolu sur les éléments de la discussion.

De la salle

Ce point pose problème pour nos clients, puisque la partie adverse pourrait utiliser le refus de la transaction dans le cadre d'une action pénale. Elle pourrait en effet mettre en avant le fait que si la HALDE a proposé une transaction, c'est qu'elle considère que les faits concernés impliquent une discrimination.

Brigitte PESQUIE

Lorsque la haute autorité propose une transaction, elle doit être à peu près sûre de la qualification des faits. De nouveaux éléments peuvent cependant remettre en cause cette appréciation.

C'est pourquoi une citation devant le tribunal ne suit pas systématiquement le refus d'une transaction. Il n'est jamais suffisant d'arguer que la haute autorité a jugé que la qualification pénale était certaine, ne serait-ce que parce qu'elle n'est pas une juridiction.

Jean-Paul LEVY

Si la transaction échoue, la partie civile ou l'association habilitée conservent le droit de citer directement, ou le Parquet peut mettre en place le processus de poursuite qu'il a décidé d'adopter.

De la salle

Vous avez évoqué la CRPC, qui repose sur un système de proposition et d'acceptation. Cette proposition est censée être indiscutable. Or la pratique montre que les discussions sont nombreuses lors des audiences de CRPC, entre l'avocat et le Parquet. Un système similaire est mis en place devant la HALDE. Le décret précise que la proposition peut être acceptée après que les personnes concernées ont été assistées, le cas échéant, par un avocat. La notion d'assistance suppose une comparution devant l'autorité qui formule la proposition. Lorsqu'une transaction sera proposée, nous devons par conséquent établir un contact direct avec la HALDE.

Brigitte PESQUIE

Ma lecture du terme « assistance » n'est pas si précise ; il me semble que la mission d'assistance qu'assure un avocat ne nécessite pas toujours qu'il rencontre l'ensemble des acteurs en présence. La HALDE peut toujours, sans qu'une transaction soit nécessairement proposée, organiser des auditions lorsqu'elles s'avèrent nécessaires. Dans ces cas, nous devons prévenir la personne concernée qu'elle peut être assistée par

un avocat. Il n'est cependant pas obligatoire d'organiser une procédure imitée d'une procédure judiciaire.

Par ailleurs, les CRPC concernent généralement des faits plus graves que ceux abordés par la HALDE.

Il ne me semble pas, d'ailleurs, qu'il serait très avantageux pour la défense que toute procédure devant la haute autorité ressemble à un procès.

Jean-Paul LEVY

Il convient tout de même de souligner l'existence d'un contradictoire, comme l'a rappelé une décision de la 1^{ère} Chambre civile au sujet des conditions d'intervention de la Commission des Opérations de Bourses. La règle du contradictoire doit s'imposer aux autorités administratives. Il nous appartient de lui accorder le rôle qui lui revient. Dès l'instant où nous serons présents, la discussion pourra s'installer. Elle ne s'installera, d'ailleurs, qu'à cette condition.

Brigitte PESQUIE

Il faut cependant souligner le fait que l'obligation de contradictoire qui incombe aux autorités que vous citez s'inscrit dans un processus de sanction. Le cas de la HALDE est différent, puisqu'elle ne détient pas de pouvoir de sanction. Le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs précisé, au sujet de la transaction du maire, que l'argument tiré du non-respect des droits de la défense ne saurait se poser ; il n'existe pas de droit de la défense tant que personne n'est accusé. Or nous ne disposons pas du pouvoir de décider d'une accusation.

De la salle

La transaction peut comprendre plusieurs mesures annexes telles que l'affichage de la décision ou sa communication au Comité d'entreprise. Je suis choqué par l'absence de confidentialité. En tant qu'avocat, je conseillerai justement à mon client de transiger afin d'éviter cette publicité.

Ne pourrait-on concevoir que cette transaction soit confidentielle, comme c'est le cas de nombreuses transactions touchant au droit du travail ?

Dans le cadre d'une transaction pénale, il sera possible qu'une victime accepte de transiger sur les dommages, mais refuse finalement le montant proposé. Pourra-t-elle alors utiliser les discussions menées avec la HALDE pour toucher des dommages et intérêts encore plus importants, mettant en avant le fait que l'employeur a reconnu, devant la HALDE, qu'il était en faute ?

Brigitte PESQUIE

S'il s'avère que la demande de discrétion d'une personne par ailleurs prête à payer une amende et à indemniser une victime est légitime, nous ne proposerons pas de mesure d'affichage. Quelqu'un qui ne pourrait accepter une transaction qu'à condition qu'elle soit discrète refusera sans doute, du reste, ce genre de mesure.

Pour de nombreux dossiers passés, d'ailleurs, la question de la confidentialité ne se posait pas, puisqu'ils avaient déjà été l'objet de toute l'attention publique. Dans ces cas, le communiqué au comité d'entreprise représente une satisfaction morale, non une source d'informations sur le fond du dossier.

Les mesures publicitaires n'ont pas le même effet dans tous les cas ; leur impact dépend notamment de la notoriété de l'entreprise impliquée. Elles peuvent toutefois constituer un mode de pédagogie autoritaire. Elles sont d'ailleurs parfois préférées au paiement d'une amende.

Jean-Paul LEVY

S'il arrive qu'une CRPC échoue, par exemple parce qu'elle n'est pas homologuée, la totalité du dossier disparaît. Il n'en existe plus de trace, pas même de la reconnaissance de culpabilité. Il faudrait peut-être réfléchir à ce mode de fonctionnement, car si la haute autorité ne réutilise pas ces éléments, la partie adverse, elle, aurait plutôt intérêt à mettre en avant le fait qu'une transaction avec la HALDE n'a pas été homologuée, ou que la transaction a été refusée, et que l'existence de l'infraction a dû dans ce cas être reconnue, puisque la transaction a été proposée.

C'est pourquoi nous devons nous demander ce qu'il faut faire du dossier si la transaction n'a pas aboutie.

Brigitte PESQUIE

Dans le cas de la CRPC, il est prévu dans les textes que nul ne peut en faire état si elle échoue. La haute autorité n'a pas vocation à faire de la publicité à propos des dossiers. Surtout que la discrétion est obligatoire dès lors que l'objectif est d'aboutir à un accord.

Dans le cas des discriminations par l'âge dans les petites annonces, dossiers que nous avons traité, un des tribunaux concernés, à Niort, avait souhaité recourir à la CRPC, dans le cas d'une personne qui considérait pouvoir y consentir. Or cette CRPC a échoué. Aucune trace ne subsistera dans le dossier transmis au juge, mais toute revue de presse pourrait en décrire les termes puisque l'association partie civile n'a pas concouru au secret.

Il est difficile d'imaginer toutes les parades à ces difficultés. Nous devons appeler les personnes concernées à la plus grande vigilance, et mettre en avant le fait que certains comportements peuvent rendre impossible la négociation en cours. Nous ne pouvons cependant pas mettre en place un dispositif qui garantisse qu'aucune tribune ne sera utilisée pour exercer une pression sur les organes publics.

De la salle

Si un de mes clients était accusé, je partagerais peut-être les inquiétudes qui viennent d'être exprimées, mais il ne faut pas perdre de vue que nous devons faire face à un problème de société considérable.

Prenons l'exemple des CV banalisés. Il apparaît que si un homme blanc envoie 280 CV, il sera invité à 100 entretiens. S'il s'agit d'une femme, elle sera invitée à 90 entretiens. S'il s'agit d'un homme portant un nom à consonances maghrébines, il ne recevra plus que 35 à 40 réponses positives. Pour les personnes handicapées, le nombre de ces réponses chute à 5.

Je me demande, en conséquence, si la procédure de transaction ne sert pas à éviter une publicité qui pourrait être salutaire. Il faut faire des exemples pour faire évoluer la situation. La HALDE peut en effet être saisie d'une affaire qui concerne de nombreuses personnes dans une même entreprise. Une condamnation pénale pourrait alors être exemplaire.

Brigitte PESQUIE

Il est certain que la publicité fâcheuse peut être pédagogique. Il semble cependant préférable d'apporter une réponse pénale et systématique à chaque dossier individuel, dans sa singularité. Il est possible d'estimer qu'une condamnation est exemplaire, mais seulement à condition qu'elle ait lieu. L'encombrement des tribunaux et le traitement des dossiers tel qu'il a été effectué jusqu'à présent ont eu pour conséquence que de nombreux dossiers ont été classés sans suite. Les dossiers ne doivent pas être traités à titre d'exemple, nous devons les considérer sur un mode individuel.

De la salle

La saisine de la HALDE interrompt-elle la prescription pénale ? Est-il possible de bénéficier de l'aide judiciaire pour être assisté auprès de la HALDE ?

Brigitte PESQUIE

L'aide judiciaire n'est pas nécessaire pour saisir la HALDE puisque pour ce faire il suffit d'envoyer une lettre simple.

La procédure ne donne lieu à aucune interruption des délais de prescription. C'est pourquoi nous indiquons aux personnes qui font appel à la HALDE quels sont ces délais et nous les incitons à faire valoir leurs droits au plus vite.

De la salle

Dans la mesure où la loi prévoit qu'on puisse être assisté d'un avocat, est-il possible de demander l'aide juridictionnelle ?

Jean-Paul LEVY

Je ne sais pas si cette mission est prévue parmi celles de l'aide juridictionnelle.

Odile BELINGA

L'aide juridictionnelle ne peut intervenir dans ces cas. Il faut se tourner vers l'aide juridique, qui prend en charge le conseil pour une éventuelle transaction.

Jean-Paul LEVY

Il ne s'agit pas, en effet, d'une mission qui figure dans la nomenclature de l'aide juridictionnelle.

De la salle

Je m'inquiète de la façon dont vous allez interpréter la gravité d'un cas. Comptez-vous, à partir d'un cas individuel et pour évaluer cette gravité, chercher s'il existe une systématisation de la discrimination au sein d'une entreprise ?

Il me semble par ailleurs que la transaction est un moyen pour les juges, qui n'ont pas tout à fait rempli leur rôle jusqu'alors en ce domaine, d'abandonner à la HALDE une partie de leur travail.

Le Président est mandaté par le collège, une fois que celui-ci a délibéré, pour proposer une transaction. Ce mandat ne porte en aucun cas sur la qualification des faits ou le montant de l'amende. Le président, ou la personne qu'il déléguera, avant de discuter avec les avocats et les personnes concernées, réfléchira-t-il directement au montant des amendes ou à une évaluation de préjudice, ou bien ces questions donneront-elles lieu à un débat entre les avocats ? Auquel cas il peut être problématique qu'une des personnes ne soit pas assistée d'un avocat.

Dans un cas où la HALDE ne procéderait pas à une citation directe à la suite de l'échec d'une transaction, mais où la victime déciderait de porter plainte et de se constituer partie civile, puisqu'elle peut demander l'intervention de la HALDE devant le juge pénal, la Haute Autorité devra faire état des investigations qu'elle aura menées jusqu'à la proposition de transaction. Il apparaîtra alors, sans doute, que le délit aura été constaté. Toute l'investigation sera donc conservée et pourra être produite dans le cadre des observations faites devant le juge pénal. La HALDE pourrait-elle, si une victime décide de porter son affaire devant le juge, demander d'intervenir pour faire état des résultats de son action ?

Brigitte PESQUIE

Pour proposer une transaction, le collège donne mandat au Président. La qualification ne dépend pas du Président. Lorsque le collège décide de proposer une transaction, il a préalablement vérifié que la qualification des faits lui paraissait convenable et démontrée.

Dès lors que le principe de la transaction est ainsi adopté, il peut également, éventuellement, décrire les mesures qu'il lui semble pertinent de proposer, ainsi que leur quantum. Une transaction aboutie, sur laquelle les parties se sont mises d'accord, peut cependant être validée par le président sans qu'une nouvelle délibération du collège soit nécessaire. Une nouvelle délibération reste toutefois possible si des changements substantiels sont intervenus au cours de la négociation.

Par ailleurs, si la Haute Autorité a proposé une transaction mais décide de ne pas procéder à une citation directe, c'est que certains éléments conduisent à penser qu'une poursuite pénale ne semble pas adaptée. La victime peut alors se constituer partie civile, ou effectuer une citation directe. Elle peut alors demander au juge qu'il exige de la HALDE qu'elle présente des observations. Si la Haute Autorité souhaite présenter des observations, elle peut le faire, depuis la loi de mars 2006. Sachez en outre que l'autorité judiciaire peut obliger la Haute Autorité à communiquer un dossier.

De la salle

Le dossier ainsi transmis comprendrait-il la phase de transaction ?

Brigitte PESQUIE

Il serait impossible de purger un dossier transmis à l'autorité judiciaire.

Jean-Paul LEVY

Les discussions concernant le montant de l'indemnisation, lorsqu'elles interviennent entre deux avocats, sont confidentielles. Le problème concerne plutôt la confidentialité des discussions lorsqu'une des parties n'est pas assistée d'un avocat.

De la salle

Il me semble, finalement, que le législateur a fait preuve de frilosité. Le phénomène de la discrimination, dans notre pays, est massif. Par conséquent, plutôt qu'appliquer une simple sanction pécuniaire, il conviendrait de confier ces questions au juge pénal. Le législateur a pourtant préféré mettre en place ces techniques de transaction.

Depuis que la loi a été promulguée, combien de dossiers de transaction la HALDE a-t-elle composés ?

Le procureur de la République procède à l'homologation des transactions. De quel procureur s'agit-il, dès lors que la HALDE se trouve à Paris, contrairement à certaines des entreprises impliquées ?

Quel rôle peut jouer une victime, au moment de l'homologation, si elle refuse la transaction proposée ?

Brigitte PESQUIE

Le refus de la victime n'intervient pas au moment de l'homologation. L'homologation est demandée lorsque l'accord des parties est déjà acquis. Par conséquent, si la victime refuse les termes de la transaction, celle-ci n'est pas possible.

La compétence retenue est celle du lieu de l'infraction. La cohérence de la politique pénale n'est possible, d'ailleurs, que si le Parquet saisi est celui qui détient toutes les informations nécessaires.

Je ne partage pas votre avis au sujet de la frilosité du législateur. Si les dossiers de discrimination sont classés par le Parquet, c'est souvent parce qu'ils ne sont pas suffisamment construits et ne parviennent pas à prouver les faits dénoncés. L'indifférence supposée des parquets à la discrimination n'est pas la raison du classement des dossiers. La HALDE peut à ce titre jouer un rôle important pour que ces dossiers soient correctement transmis aux tribunaux.

Il faut savoir que les saisines des tribunaux n'ont pas été massives, contrairement à ce que pourrait laisser penser l'importance des problèmes. Certes la procédure est difficile et de nombreux dossiers n'aboutissent pas parce que la preuve n'est pas rapportée. Les condamnations existent cependant pour les dossiers qui ont pu prospérer.

La politique pénale d'un parquet implique effectivement d'appliquer certains critères de hiérarchisation, établissant une échelle de gravité des faits. L'appréciation de la gravité *in abstracto* peut être difficile, mais lorsque sont transmis en même temps un dossier de violence aggravée avec un mobile raciste et un autre de discrimination à l'embauche, il est légitime que le tribunal porte davantage de moyens sur le premier. L'idéal serait bien sûr de traiter tous les dossiers, mais nous savons que la situation concrète ne le permet pas toujours.

Si les dossiers sont si peu nombreux devant les juridictions, c'est que nombre d'entre eux ne sont pas suffisamment consistants, en raison de la difficulté d'accès à la preuve. C'est une des raisons de l'existence de la haute autorité.

De la salle

Vous indiquez que le nombre des dossiers présentés aux tribunaux n'est pas considérable, ce qui est normal puisque la loi de modernisation ne date que de 2002. Vous affirmez par ailleurs que la procédure impliquant la HALDE existe parce que les dossiers, souvent, ne permettent pas de parvenir à la preuve. Comment expliquer qu'une autorité administrative ne parvienne pas à la preuve d'une infraction pénale ?

Mon métier est de défendre les salariés. Je me demande s'il n'arrivera pas que je me heurte à un classement sans suite au motif que je n'aurais pas saisi la HALDE.

Brigitte PESQUIE

Ce motif de classement n'existe pas.

De la salle

Je ne vois pas pourquoi, en outre, un employeur refuserait une transaction, si celle-ci est moins contraignante qu'une sanction. Il me semble que c'est là le moyen, au contraire, de développer les comportements discriminants. La meilleure solution à ces problèmes est l'audience publique.

Jean-Paul LEVY

Si vous estimez que l'audience publique est plus avantageuse qu'une transaction, vous n'aurez qu'à refuser cette dernière.

Brigitte PESQUIE

Le paradoxe, inhérent à l'octroi de ces nouveaux pouvoirs à la HALDE, est que certains craignent que la haute autorité détienne trop de pouvoirs par la transaction, alors que d'autres regrettent qu'elle ne possède aucun pouvoir de sanction.

De la salle

Accepteriez-vous d'intervenir devant le Conseil des Prud'hommes si je devais vous demander votre avis au sujet d'une éventuelle discrimination ? Autrement dit, la HALDE mettra-t-elle en œuvre une politique d'intervention volontaire ?

Brigitte PESQUIE

Les Conseils de Prud'hommes sont les instances qui nous sollicitent le plus, et qui ont le plus souvent l'occasion d'entendre les observations de la haute autorité. Le pouvoir de transaction dont nous parlons, cependant, ne concerne que le domaine pénal.

De la salle

Le fait qu'il n'existe qu'une seule HALDE, située à Paris, ne contribue-t-il pas à priver certaines personnes d'efficacité, dès lors qu'elles sont salariées loin de la capitale ? La possibilité d'envoyer des courriers et d'utiliser les réseaux de communication ne supprimera pas l'impression que tout se déroule trop loin, surtout lorsqu'un dossier sera classé. Il faudra donc que l'avocat se déplace, sans qu'une indemnisation des frais soit envisagée. N'était-il pas possible de prévoir des antennes de la HALDE en province ?

Brigitte PESQUIE

Des délégations régionales de la HALDE sont en train de se mettre en place, et les préfets, chargés de l'égalité des chances, doivent se mettre à notre disposition. Il était logique de ne pas prévoir un dispositif dispersé, étant donné le volume des dossiers

précédemment traités. Il était indispensable de rechercher autant que possible à profiter d'économies d'échelle.

De la salle

Le préfet se trouve donc être le représentant de la HALDE en province.

Brigitte PESQUIE

Les services de la préfecture sont à notre disposition, mais le service juridique, qui gère les dossiers, se trouve à Paris, ce qui n'a pas posé de difficulté particulière jusqu'alors. Nous avons pu constituer des dossiers consistants par téléphone ou par courrier.

Nous connaissons, pour revenir à une question précédente, l'exigence de la preuve pénale en matière de discriminations. Nous pouvons bien sûr regretter que l'exigence de la preuve ne soit pas la même dans tous les domaines du champ pénal, mais l'appréciation de la preuve pénale qui est celle de la haute autorité n'est pas différente de celle des juridictions. Notre objectif, au contraire, est de permettre aux dossiers de prospérer devant les juridictions ou de donner lieu à une transaction, où l'exigence de la preuve est toujours la même.

De la salle

Puisque vous luttez contre les discriminations, la HALDE applique-t-elle en son sein une politique de discrimination positive ?

Brigitte PESQUIE

Les procédures de recrutement que nous appliquons utilisent les outils préconisés par les textes, c'est-à-dire les CV anonymes et les épreuves sur table, qui permettent de recruter selon des critères objectifs. Je peux vous assurer que ces procédés permettent effectivement d'obtenir des résultats visibles sur la diversité des personnes recrutées.

De la salle

L'article 2 prévoit que le président et l'autorité doivent désigner un nombre égal d'hommes et de femmes.

Brigitte PESQUIE

Le droit français ne permet pas de discrimination positive. Une discrimination reste toujours une discrimination. Nous constatons d'ailleurs qu'une discrimination positive effectuée de bonne foi peut donner lieu à des réclamations par certains qui s'en estiment victimes. Certains hommes, par exemple, ont pu s'estimer victime d'une discrimination qui

a favorisé une femme. Les textes ne permettent nullement de ne pas reconnaître ces faits comme relevant d'une discrimination.

Le Testing

Pierre-Jacques CASTANET
Avocat au Barreau de Paris, membre du Conseil National

Frédéric BURNIER
Inspecteur du travail, coordinateur des enquêtes

Pierre-Jacques CASTANET

Le testing est-il un piège, un mode de preuve ou un moyen de prévention efficace ? Répondre à cette question, c'est nous interroger sur la nature exacte du testing. Certaines entreprises se demandent s'il ne s'agit pas d'un nouveau piège qui leur est tendu. Si nous considérons le testing comme un nouveau moyen de preuve, nous pouvons nous demander s'il n'entre pas en contradiction avec les règles applicables en droit du travail, qui insistent sur la transparence et la loyauté des modes de preuve. Nous pouvons en outre nous demander si le testing n'a pas vocation à devenir un moyen efficace de prévention des discriminations.

I. Un piège ?

Observons d'abord le contexte juridique. Un nouvel article du Code pénal, l'article 225-3-1, consacre la « pratique des tests de discrimination », terme utilisé de préférence à « testing », notamment en matière d'embauches. Cet article dispose que « les délits de discrimination sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie. »

Il semble que nous soyons proches d'une provocation au délit. Le test de discrimination se définit comme une opération qui vise à déceler des comportements discriminatoires en effectuant successivement des démarches analogues aux noms de personnes différentes par l'âge, l'appartenance, l'ethnie ou le sexe.

A première vue, ces tests peuvent être légitimement perçus par les entreprises comme une sorte de piège. Nous pouvons pourtant nuancer cette position en observant les limites qui existent en matière de tests de discrimination.

Il me semble important de rappeler que le test de discrimination a déjà fait l'objet d'une jurisprudence de principe, qui a reconnu la validité de ces tests de discrimination, sans pour autant estimer qu'un simple refus d'offrir une prestation soit constitutif d'un délit de discrimination. Rappelons en outre l'existence de l'arrêt qui accompagne la loi du 31 mars 2006, qui a apporté certaines limites aux testings à propos des démarches « fictives ».

Abordons d'abord la question des limites apportées par la jurisprudence, qui concerne surtout l'entrée dans les discothèques, où ont été repérées des pratiques discriminatoires. Le premier temps de la jurisprudence est un arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, du 11 juin 2002. L'association SOS Racisme avait organisé une opération réunissant trois groupes de trois personnes. Le premier groupe était composé d'une femme et deux hommes d'origine maghrébine. Les deux autres groupes étaient composés d'une femme et deux hommes d'origine européenne. La cour d'appel va dans cette affaire relaxer les prévenus au motif que le système mis en œuvre manquait de transparence et de loyauté, et qu'il ne constituait par conséquent pas une preuve valable. La Cour de cassation, le 11 juin 2002, remet en cause ce jugement, en admettant la validité de ce type de preuve.

Tout n'est cependant pas permis, comme le montre le second temps de la jurisprudence, un arrêt de la Chambre criminelle du 12 octobre 2004. Cet arrêt est celui qui suit l'arrêt de renvoi de la Cour d'appel de Lyon à la suite du premier arrêt de cassation. Pour ces mêmes faits, la Cour d'appel, statuant en renvoi, a reconnu la validité du testing comme mode de preuve, mais a tout de même débouté SOS Racisme de sa plainte et relaxé les prévenus. L'attendu qui justifie l'arrêt de la Cour d'appel, qui va être confirmé par la Cour de cassation, nous intéresse : « En l'absence d'une quelconque extériorisation d'une intention discriminatoire chez les prévenus, la seule acceptation de personnes d'origine européenne ne saurait conférer au refus incriminé le caractère discriminatoire qui lui est prêté. Aucun témoignage n'a été recueilli, aucune contestation n'a été faite qui aurait permis, à défaut de révéler de manière ostensible une intention discriminatoire, d'établir que les auteurs du refus n'avaient aucun autre motif d'agir ainsi qu'ils l'ont fait, et n'avaient donc pu être animés que par une volonté de discrimination. »

Le simple constat de l'acceptation ou de la non-acceptation d'un certain type de personnes ne signifie pas nécessairement que nous sommes en présence d'un délit de discrimination.

Il semble donc que le testing est effectivement un mode de preuve autorisé, mais que ses résultats ne suffisent pas nécessairement, à eux seuls, à caractériser un délit de discrimination.

Ainsi, dans un autre dossier de la Cour de cassation, du 7 juin 2005, un délit de discrimination, au sujet d'un offre de location, a été constitué, non seulement sur le seul fondement du testing mais parce qu'il est ressorti des témoignages recueillis que la personne chargée d'instruire les dossiers de location a clairement affirmé qu'elle « ne pouvait louer l'appartement à des gens de couleur sur ce dossier là. »

Cette jurisprudence, relativement équilibrée, semble se confirmer dans les décisions des juges du fond. Ainsi, par exemple, celle de la Cour d'appel de Pau, le 11 septembre 2003. Une opération de testing avait été organisée avec un groupe de personnes comprenant notamment le président du MRAP et un huissier. Ils étaient accompagnés d'hommes de type européen, et d'autres de type maghrébin. A l'entrée de la discothèque, les hommes de type européen ont dû payer 40 francs, alors que les autres ont dû en payer 150. Encore une fois, les juges du fond n'ont pas remis en cause le testing. Ils n'ont pas non plus estimé, à partir d'une simple différence de prix, que la discrimination était établie. Ils vont tenir compte des contradictions manifestes dans la justification de cette différence.

Le principal prévenu tenait en effet des propos parfaitement contradictoires pour justifier qu'il ait demandé 40 francs à certains, et 150 aux autres.

Observons ensuite une relaxe décidée par la Cour d'appel de Douai le 24 mars 2004. Quatre personnes se présentent à l'entrée d'une discothèque, dont trois personnes d'origine maghrébines et un journaliste. Seul celui-ci est invité à entrer. La Cour a estimé que le seul fait que les trois personnes ont été refoulées n'est pas à lui seul significatif, et que l'opération de testing n'eût été valable qu'en présence d'un huissier.

Nous voyons donc que les juges du fonds peuvent adopter des positions contradictoires.

Le dernier arrêt, celui de la Cour d'appel de Lyon du 18 janvier 2006, a concerné une opération de testing réalisée par un journal en présence d'un huissier. Au cours de cette opération, le couple d'origine maghrébine a été refusé dans 11 établissements. La Cour d'appel a mené une analyse très fine de ce testing, en indiquant qu'il a failli sur de nombreux points, en matière de rigueur et d'impartialité. En effet, l'huissier n'a pas entendu les propos tenus par les portiers, l'opération n'a pas été menée à son terme et il n'a pas été vérifié que le second couple avait effectivement été accepté dans toutes les discothèques. En outre, certains couples de type européen étaient déjà connus des responsables des discothèques ; ils pouvaient y entrer plus facilement. La condamnation de certains prévenus n'a donc pas seulement été décidée en fonction de cette opération de testing, mais surtout du fait de déclarations contradictoires de certains directeurs d'établissements, qui révélaient une intention et une pratique discriminatoires.

Enfin, un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 23 mars 2006 montre qu'une condamnation est possible même si aucun huissier n'est présent au cours de l'opération de testing. La Cour a estimé que la présence d'un huissier n'est pas toujours nécessaire, et que les résultats du testing étaient suffisamment probants, au vu des déclarations des différents prévenus, pour entrer en voie de condamnation.

Nous nous apercevons donc que la jurisprudence reste mesurée, et peut rassurer ceux qui craignent d'être pris dans un piège. La nouvelle loi n'a d'ailleurs pas manqué d'apporter certaines limites en indiquant qu'aucune condamnation ne pouvait être prononcée si le testing a révélé une discrimination à l'encontre d'une personne fictive. Ces éléments montrent que ce système ne conduira pas à des condamnations systématiques.

II. Un moyen de preuve ?

La question de savoir si le testing peut constituer un moyen de preuve ne se pose pas tant en droit pénal qu'en droit du travail. En droit pénal, ce mode de preuve est consacré par l'article de la loi de l'égalité des chances précédemment cité. Ce mode de preuve est-il transposable en droit du travail ?

En droit du travail vaut le principe de la preuve libre, ou du moins de la preuve de droit commun ; certains articles du Code du travail renvoient ainsi très précisément aux règles de preuve de droit commun, les articles L121-1 ou L516-0 par exemple. Cependant, de nombreuses dérogations et exceptions ont été accordées à ce principe de liberté de la preuve, tant par la loi que par la jurisprudence. Certains modes de preuve ont ainsi été

prohibés pour les employeurs. Les procédés clandestins dissimulés, par exemple, ont été interdits. Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement à leur insu d'image ou de paroles constitue un mode de preuve illicite. Cette solution a été consacrée par l'article L121-8 du Code du travail, qui dispose qu'aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à la connaissance du salarié ou du candidat à l'emploi. Nous savons par ailleurs, comme le montrent de nombreuses illustrations jurisprudentielles, que les comptes-rendus de filatures effectuées par un détective privé ne sauraient être recevables à titre de preuves pour appuyer un licenciement. Les constats d'huissiers, lorsque les renseignements sont collectés sous une fausse qualité, ne sont pas davantage recevables.

Le droit du travail prohibe par conséquent l'utilisation d'un procédé clandestin ou dissimulé de surveillance.

Du côté du salarié, la jurisprudence reconnaît que lorsque les documents mobilisés ont été portés à la connaissance du salarié dans l'exercice de ses fonctions et que ces documents, soustraits à l'employeur, servent à sa défense, ils ne sauraient constituer une preuve.

Comment, dans ce contexte, apprécier une preuve apportée par testing, qui ne peut fonctionner qu'à condition d'être dissimulé ? Un employeur pourrait-il donc déclarer que les résultats du testing ne lui sont pas opposables parce qu'il s'agit d'un mode de preuve qui ne respecte pas les principes de transparence et de loyauté du droit du travail ?

Nous pouvons également poser la question de la preuve pour les discriminations. Le droit du travail prévoit deux étapes pour cette question. Le salarié doit d'abord établir des faits qui laissent supposer qu'il existe une discrimination. L'employeur doit ensuite justifier que la situation n'est pas fondée sur des motifs discriminatoires. Nous pouvons donc nous demander si les tests de discrimination ne vont pas permettre aux salariés de disposer d'un moyen de franchir assez facilement la première étape ; il lui suffira d'apporter les résultats d'un test de discrimination pour la passer.

Il apparaît donc que le test de discrimination vient troubler la question de la preuve en droit du travail.

Reste que la pratique du testing, pour le droit du travail, n'est pas d'une grande facilité. Il est possible d'envisager ces opérations dans les cas d'embauches. Cependant, les personnes concernées ne sont pas salariées de l'entreprise. Une telle affaire n'entre donc pas dans le cadre du droit du travail. Il est par ailleurs difficile d'imaginer qu'existe, au sein d'une entreprise, un groupe de salariés qui demanderait d'abord une augmentation pour ensuite tirer argument des refus et des acceptations qui leur ont été adressées pour plaider la dénonciation de pratiques discriminatoires.

Les tests de discrimination ne semblent donc pas être aisés à mettre en œuvre pour les salariés d'une entreprise.

III. Un moyen de prévention efficace ?

C'est pourquoi je me demande si le test de discrimination n'est pas, avant tout, un moyen efficace de prévention de la discrimination.

Le premier exemple que je souhaite évoquer est un celui d'un test de discrimination mené par la HALDE auprès de trois grandes entreprises, à propos des embauches. Il ressort de ces tests que les écarts entre les catégories de personnes concernées ne sont pas très significatifs ni pertinents. Ces tests ont d'ailleurs montré que ces entreprises étaient assez sensibilisées, par exemple, à la question des personnels handicapés.

La valeur de ce type d'opération est d'exemplarité, parce qu'il permet de sensibiliser les entreprises et remplit une fonction préventive.

L'utilité des tests de discrimination est également manifeste lorsque sont mises en œuvre des pratiques d'« auto-testing ».

Ainsi, le groupe PSA, pour s'assurer de l'efficacité et de la validité d'un accord sur la diversité, a organisé une opération de testing, qu'elle a confiée à un tiers. Il s'agit là d'un moyen pédagogique d'inciter les membres d'une entreprise à limiter autant que possible les phénomènes de discrimination.

Il me semble qu'en ce domaine comme en d'autres, la dissuasion est le moyen d'éviter le conflit. Peut-être la crainte de faire l'objet d'un test de discrimination, organisé en interne ou non, sera-t-elle le meilleur moyen de limiter les discriminations. Nous pouvons donc nous demander si le test de discrimination, à l'avenir, ne relèvera pas davantage d'une politique de prévention que d'une politique de répression.

Frédéric BURNIER

La HALDE a déjà procédé, et procédera encore, à des testings statistiques ou sociologiques, qui visent à montrer qu'existent des pratiques discriminatoires pour l'accès à l'emploi ou au logement dans un secteur professionnel donné, un bassin d'emploi ou une ville. Ces testings doivent couvrir un large territoire et concerner des pratiques nombreuses ; leur rigueur ne peut, de ce fait, être suffisante pour qu'ils puissent être présentés devant des tribunaux. Leur avantage principal est que leurs résultats sont suffisamment significatifs pour que les entreprises ou les bailleurs sociaux s'interrogent et fassent évoluer leurs pratiques. Il s'agit donc d'un utile moyen d'action dont dispose la HALDE, qui n'entre cependant pas dans le cadre judiciaire.

De la même façon, la HALDE encourage les entreprises, en particulier celles qui sont engagées dans une démarche de promotion de la diversité, à se tester elles-mêmes, et à s'assurer que les bonnes pratiques de management qu'elles mettent en place sont efficaces. Les managers se trouvent ainsi placés face aux tests ou à la menace de tests.

Mon exposé portera exclusivement sur les testings effectués dans une démarche judiciaire, ceux, autrement dit, qui peuvent être présentés devant un juge pénal. Nous nous interrogeons encore sur la possibilité d'utiliser ces testings devant un juge civil.

La loi a introduit la légalisation du testing dans le code pénal. Le texte initial faisait mention des autorités qui pouvaient effectivement conduire ces tests de discrimination. Le Sénat a décidé de supprimer cette mention. Tout le monde peut désormais effectuer des testings ; plusieurs associations, d'ailleurs, ont déjà développé ce type de pratique, ce qui a notamment permis un développement important de la jurisprudence.

Si la Haute Autorité doit aujourd'hui s'emparer de cet outil, élaborer ses propres méthodes, les faire valider par les tribunaux et encadrer ces testings afin qu'ils soient efficaces et probants, c'est pour qu'ensuite l'ensemble des acteurs s'en saisisse et devienne producteur de testings. La Haute Autorité ne détient aucun monopole en la matière. En fait, nous pouvons affirmer que la lutte contre la discrimination se généralisera en même temps que la pratique du testing.

Sans revenir sur la totalité de la jurisprudence déjà exposée, je souhaite me tourner vers la position de la Cour de cassation. Elle a effectivement, dans un premier temps, validé le principe du testing. Dans les arrêts ultérieurs, cependant, elle semble plutôt s'en référer à l'appréciation souveraine des juges du fond au sujet des conditions d'effectuation des testings, au lieu de simplement reprendre à son compte les exigences des Cours d'appel. De fait, tous les arrêts de la Cour de cassation renvoient les parties à l'appréciation souveraine des juges du fond. Les appréciations que portent les Cours d'appel sur les testings sont différentes, et portent des exigences diverses, plus ou moins importantes.

Monsieur Castanet a décrit plusieurs arrêts relativement sévères pour les testings. Celui de la Cour d'appel de Douai doit être cité : « Le doute, si léger fût-il, doit profiter au prévenu. » Cette phrase montre que le juge ne saurait estimer qu'un testing est convaincant qu'à la condition qu'il soit extrêmement rigoureux. Souvent, les juridictions admettent de recevoir le testing et en font un des éléments du dossier. C'est surtout la valeur probante, discuté au cours de l'audience, qui fait plus ou moins défaut.

C'est pourquoi la Haute Autorité, lorsqu'elle construit ses méthodologies, cherche à s'assurer que ses tests seront aussi rigoureux que possible.

Il est d'abord apparu que cette rigueur passait par la précision avec laquelle les testings sont effectués, et celle avec laquelle ils doivent être relatés. De nombreuses Cours d'appel estiment en effet que les constats d'huissiers ou les témoignages qui leur sont présentés sont insuffisants, parce que, par exemple, tous les éléments n'ont pas été correctement et exhaustivement notés ou rapportés. Nous nous assurerons par conséquent que notre méthode soit rigoureuse, mais également que tous les faits soient retranscrits par un huissier ou enregistrés, par conservation des pièces qui auront été produites pendant le testing.

Il n'est pas nécessaire que le test soit renouvelé de multiples fois. Certaines Cours d'appel acceptent que le test ne se soit produit qu'une seule fois et n'ait concerné qu'un seul groupe de personnes discriminées et une personne de référence. Ainsi, de même, une circulaire du ministère de la justice précise que l'envoi de deux CV identiques, celui de la personne discriminable recevant une réponse négative quand l'autre reçoit une réponse positive, suffit à engager l'action publique.

De multiples expériences ont montré que le testing seul ne suffit pas. Les affaires qui ont prospéré et abouti à une condamnation comprennent, outre le testing, des opérations

d'enquête plus classiques, effectuées par les services de gendarmerie ou de police, telles que l'audition des témoins qui ont réalisé le testing et des personnes qui auraient discriminé ou le recueillement des documents existant. Souvent, ces auditions permettent de manifester des contradictions, ou même donnent lieu à des aveux. Ces éléments vont permettre de fonder la conviction des juges.

Un arrêt de la Cour d'appel de Lyon rappelle par ailleurs qu'il n'existe pas d'aménagement de la charge de la preuve en matière pénale ; la partie réclamante doit prouver l'existence d'une intention de discriminer, et non le prévenu prouver qu'il n'a pas discriminé.

Ce rappel semble cependant se trouver en contradiction avec les pratiques des autres Cours d'appel, ou avec celles de la Cour d'appel de Lyon dans d'autres cas. En effet, dès que le testing met en évidence des traitements différenciés, la personne qui a discriminé sera interrogée et invitée à se justifier. Le juge écoute ses explications. Généralement, de l'insuffisance des explications données ou de leur contradiction, le juge va conclure à la réalité du délit pénal de discrimination. De sorte que, si nous ne pouvons certes parler d'aménagement de la charge de la preuve, il apparaît que lorsque le testing est convaincant, il constitue un indice important pour le juge, qui demandera au prévenu de démontrer que la discrimination constatée était effectivement justifiée. Nous assistons donc, d'une certaine façon, à un glissement de la charge de la preuve.

L'apport de la circulaire du Ministère de la justice concerne surtout la qualité des testeurs. Ainsi, le Ministère précise que les testeurs « discriminables » doivent être des victimes potentielles mais réelles. Autrement dit, les CV des personnes discriminables doivent effectivement être leurs propres CV. Il n'est pas possible d'inventer de faux CV de femmes, de personnes d'origine maghrébine ou de personnes handicapées pour effectuer ces tests. La personne handicapée dont on teste l'employabilité doit effectivement être handicapée et les mentions de son CV doivent être véridiques. Seule la personne test, la personne de référence, peut être fictive ; il est possible, à partir du CV de la personne handicapée, de construire un CV similaire qui ne soit réellement celui de la personne. Ainsi, si un traitement différencié est avéré, la personne handicapée sera vraiment considérée comme une victime et pourra engager une action judiciaire. Cette indication est très importante pour nous, mais elle est aussi relativement lourde en matière de logistique, puisque nous devons disposer de vraies victimes potentielles. Sachez toutefois que si la personne doit être réelle, il n'est pas nécessaire, dans le cas d'un test portant sur l'accès à un logement par exemple, qu'elle cherche effectivement un logement, ou qu'elle cherche réellement un emploi.

La circulaire préconise en outre, sans l'imposer, que les constats soient effectués par les autorités de pouvoir constater, huissiers de justice, officiers de police judiciaire ou agents de la Haute Autorité lorsqu'ils seront assermentés.

Disposant de tous ces éléments, la Haute Autorité va s'efforcer de construire ses testings.

Nous avons décidé que tous les faits seront constatés par un tiers, qui viendra s'ajouter aux testeurs ; nos testings seront effectués en présence d'un agent de la Haute Autorité qui pourra constater les éléments du testing, ou en présence d'un huissier. Cet élément ne pourra donc pas être contesté devant le juge. Les constats doivent être aussi précis que possible, effectués par des professionnels du constat, de façon à ce que ces constats soient aussi peu critiquables que possible.

Nous devons par ailleurs veiller à construire des paires de victimes potentielles et de personnes de référence similaires. La similitude des paires sera fondamentale, mais également problématique. Nous ne pouvons, par exemple, envoyer 3 CV à une petite entreprise qui recrute en ne changeant qu'un seul critère. Nous devons trouver les moyens pour que le juge considère comme similaires les expériences professionnelles qui ne figurent pas exactement de la même façon sur le CV. Par ailleurs, certaines entreprises se sont dotées de méthodes permettant de détecter les testings. Nous devons donc réfléchir aux moyens d'élaborer des CV effectivement similaires, qui ne se différencient pas du point de vue des compétences ou de la formation, de façon à mettre en avant le critère de discrimination seul. Par exemple, si le testing concerne les critères d'âge, nous ne pouvons construire le même CV pour deux personnes dont une serait âgée de 45 ans quand l'autre n'aurait que 30 ans. Il est pourtant nécessaire que la personne qui reçoit le CV puisse porter un jugement similaire sur les deux expériences, et que la différence ne puisse se formuler qu'en termes d'âge.

Nous chercherons par ailleurs à observer la réaction des tribunaux à ce travail et à ces outils.

Même si une paire de victimes potentielles suffit à montrer l'existence d'une discrimination, nous souhaitons autant que possible envoyer plusieurs paires pour une même offre d'emploi, par exemple, afin que les résultats du test soient tout à fait significatifs et emportent la conviction du juge.

Il est par ailleurs important de d'abord faire participer au test le candidat discriminable, avant, après que se soit passé un temps relativement bref, que le candidat de référence envoie sa propre candidature, afin que les conditions du test n'aient pas été modifiées entre temps.

Il est en outre nécessaire que tout ce qui est produit dans le cadre du testing soit strictement consigné, afin d'éviter tout reproche d'insuffisance.

Nous allons nous efforcer d'effectuer ces tests pour les dossiers individuels qui nous sont transmis. Une telle mesure demande une extrême rapidité de réaction. En effet, lorsqu'une personne nous saisit à propos d'une offre d'emploi, celui-ci, souvent, est déjà pourvu. Il est donc probable que les testings effectués par la Haute Autorité s'inscriront le plus souvent dans le cadre d'une auto-saisine, soit parce qu'une réclamation nous fera suspecter certaines pratiques d'une entreprise, soit parce que nous disposerons de certaines informations qui semblent indiquer que les comportements d'un bailleur ou d'un employeur sont discriminatoires.

Le testing ne sera qu'un élément du dossier et de l'enquête. Il ne sera pas à lui seul suffisant pour, si le délit est constaté, proposer une transaction ou transmettre le dossier au Parquet. Les résultats du testing feront l'objet d'une enquête plus classique, au cours de laquelle les personnes mises en causes seront interrogées et les différents documents seront étudiés, avant que la Haute Autorité porte son appréciation sur la situation.

Débat avec la salle

De la salle

Je vous remercie pour les précisions apportées pour l'interprétation des derniers arrêts de la Cour de cassation.

Je souhaite vous interroger sur la manière dont la HALDE envisage de mener ses testings. Vous avez insisté sur la nécessité qu'autant d'acteurs que possible s'emparent de l'outil du testing, ce qui était facilité par le fait qu'il suffisait de n'effectuer qu'un test et par le celui que la présence de l'huissier n'était pas considérée comme absolument nécessaire, par exemple. Cependant, si la HALDE est plus exigeante que les jurisprudences les plus sévères, en systématisant le recours à un huissier ou en procédant à plusieurs tests, n'est-il pas à craindre que les standards du juge ne soient également élevés, de sorte que nous serons empêchés, si nous ne passons pas par la HALDE, de faire valoir les résultats de nos tests ? Ne craignez-vous pas, en d'autres termes, de remettre en cause la démocratie de l'outil, que vous affirmez souhaiter ?

Frédéric BURNIER

Nous ne cherchons pas à relever les standards du juge. Nous combinons les standards des différentes Cour d'appel. Nous n'aurons pas, ainsi, à adapter nos testings à la politique de chacune d'entre elles. Les standards du juge ne sont pas déterminables à l'avance. Nous devons pourtant y répondre. C'est pourquoi, si nous voulons être efficaces et que nos testings soient validés, nous devons nous conformer aux standards de l'ensemble des juges. Une fois que la Haute Autorité bénéficiera d'une crédibilité suffisante, nous pourrions revoir ces standards à la baisse, afin, éventuellement, de nous montrer plus innovants ou audacieux.

De la salle

Ne serait-il pas intéressant, plutôt que d'envisager l'extension du testing au droit du travail ou au droit du logement, d'utiliser les outils qui sont déjà à notre disposition, la comparaison ou la discrimination indirecte par exemple.

Frédéric BURNIER

Le testing ne peut pas résoudre tous les problèmes, et il est nécessaire d'utiliser l'ensemble des outils à notre disposition. Les testings seront limités, pour la question du travail, aux problématiques liées à l'embauche. Il ne portera pas sur les questions telles que les augmentations de salaire. Au cours du processus d'embauche, la victime n'a accès à aucun document autre que son CV, la réponse éventuellement reçue par l'employeur et ainsi que celles, par exemple, reçues par ses amis si elle a effectué le test avec eux. Pour la victime seule ou ceux qui l'accompagnent, seul le testing, nous semble-t-il, peut remettre en cause le fait que le choix de sélection était objectif. Même si la HALDE peut accéder aux autres documents liés à la procédure de recrutement, il est

difficile d'apporter la preuve d'une discrimination à l'embauche sans disposer de l'élément du double CV. Lorsque qu'une personne a envoyé un double CV et a reçu des réponses différentes, il est possible de demander des explications à l'employeur sur ces différences de traitement. Si une personne n'a pas été retenue et n'a envoyé qu'un CV, il est très difficile à la HALDE, même en disposant de l'ensemble des documents qui portent sur ce recrutement, de montrer que le choix s'est effectué en fonction de critères discriminants.

De la salle

Quelle enveloppe budgétaire la Haute Autorité va-t-elle consacrer aux testings ?

Lorsque vous serez saisis par une victime, comment déciderez-vous de mettre en œuvre ou non un procédé de testing ? Sans doute ne procéderez-vous pas à un testing à chaque fois qu'une victime ne parvient pas à apporter la preuve d'une discrimination. Quels critères permettront de décider de l'utilisation de ce mode opératoire ?

Frédéric BURNIER

La Haute Autorité souhaite beaucoup investir dans le testing. Elle a d'ailleurs lancé un appel d'offres, puisqu'elle ne peut assurer elle-même le fonctionnement des testings, qui sont exigeants d'un point de vue logistique. Il est par conséquent nécessaire que des personnes morales, sous le contrôle de la Haute Autorité, les mettent en œuvre. L'appel d'offres publié pour la question de l'emploi s'élève à près de 1,4 million d'euros. La volonté de développer le testing et d'y apporter les moyens nécessaires est donc certaine.

Nous n'avons pas encore engagé de testing, nous ne savons pas encore comment nous sélectionnerons les cas qui donneront lieu à ce type d'opération. Nous évaluerons la pertinence d'effectuer un testing au moment où nous sommes saisis. Si la procédure de recrutement est achevée ou si le logement est déjà occupé, il est difficile d'effectuer un testing. Un employeur, par exemple, peut discriminer pour l'emploi concerné, mais ne pas le faire pour tous. Nous ne pouvons pas toujours aisément savoir à quel niveau a été prise une décision discriminatoire. Un chef d'atelier, par exemple, peut décider de ne pas embaucher une personne handicapée alors qu'un autre, au sein de la même entreprise, souhaitera au contraire l'engager. Il n'est donc pas possible de tirer de conclusions, à partir d'un testing opéré pour un emploi, sur les autres emplois de l'entreprise concernée. C'est pourquoi, dans le cas de réclamations individuelles, nous n'engagerons de testing qu'à condition de disposer des moyens de réagir rapidement et que le réclamant nous saisisse suffisamment tôt, avant que la procédure de recrutement soit terminée. Le testing sera donc difficile à mettre en œuvre dans les cas individuels.

De la salle

Combien d'agents de la HALDE peuvent-ils constater un délit de discrimination ? Ne faudrait-il pas former les agents de la police pour qu'ils constatent ces délits ?

Frédéric BURNIER

Les agents de la HALDE n'étant pas encore assermentés, aucun ne peut constater de délit de discrimination. Nous ne sommes que 20 à 25 juristes à pouvoir, à l'avenir, être assermentés. C'est pourquoi les constats effectués lors des testings le seront surtout par des huissiers.

Par ailleurs, nous travaillons actuellement à la formation des officiers de police judiciaire, pour qu'ils prennent en compte les plaintes pour discrimination et qu'ils les traitent. Tous les acteurs qui peuvent remplir un rôle similaire, les inspecteurs du travail par exemple, seront sensibilisés et formés, pour que notre action soit efficace.

De la salle

J'interviens en tant que déléguée du personnel et membre élu du CHSCT d'une entreprise. Nous avons constitué un dossier, après que l'inspecteur du travail nous a indiqué qu'il l'étudierait. Nous comptons ensuite déposer ce dossier à la HALDE. Faute de moyens financiers, nous n'avons pu engager un avocat. Comment s'articule le travail de la HALDE avec celui de l'inspection du travail ? Chacun traitera-t-il le dossier de son côté, ou vous concerterez-vous ?

Frédéric BURNIER

Il est d'abord nécessaire que nous soyons informés du fait que l'inspection du travail a été saisie, ce que nous ne savons pas toujours d'emblée. Nous essayons, autant que possible, de travailler en collaboration, afin d'éviter que les mêmes tâches soient effectuées deux fois. Cette collaboration peut permettre, par exemple, de décharger l'inspection du travail d'une partie des tâches nécessaires au traitement d'un dossier, pour qu'elle se consacre à d'autres tâches. L'inspection du travail, de son côté, peut mener des opérations qui nous interdites, telles que les visites inopinées dans les entreprises. Au maximum, nous essaierons donc de collaborer. Au minimum, nous prendrons contact avec l'inspection afin de connaître les éléments de l'enquête déjà menée, de déterminer quelles enquêtes supplémentaires pourraient être menées, et demander les documents produits au cours de l'enquête. Ensuite, si les deux instances ont été saisies, au moment de se prononcer sur une situation, nous tâcherons de nous assurer de l'absence de divergences dans les appréciations.

De la salle

Si un dossier est déposé et est recevable, quand prenez-vous contact avec l'entreprise ?

Frédéric BURNIER

Nous prenons d'abord contact avec les réclamants qui nous ont saisi, afin, avec eux, d'étoffer le dossier. Puis nous procédons de la même façon avec les autres acteurs, les personnes qui ne sont pas mises en cause mais qui sont susceptibles de nous apporter de nouveaux éléments. A partir de ce moment, une fois que nous disposons d'éléments

concrets et que nous pouvons poser des questions précises, nous pouvons préparer l'interrogation de l'entreprise.

De la salle

Comment agit la HALDE quand l'entreprise concernée est une administration ?

Frédéric BURNIER

De la même façon que dans les autres cas.

De la salle

Combien de dossiers sont-ils suivis par la HALDE ? Quels sont les délais de leur traitement ?

Frédéric BURNIER

En 2006, la HALDE doit traiter environ 5 000 dossiers. Les traitements de dossiers de fond, qui donnent lieu à une instruction et à une décision de la Haute Autorité, sont traités en 6 ou 8 mois environ. Il faut savoir que de nombreux dossiers nous sont transmis pour lesquels nous ne sommes pas compétents.

De la salle

Combien de transactions ont-elles été conclues ?

Frédéric BURNIER

Aucune transaction n'a pour l'instant été conclue. Pour un cas un mandat a été accordé au Président pour qu'il propose une transaction. Plusieurs autres dossiers seront présentés au collège, qui sont en cours de préparation.

L'Indemnisation du préjudice

Sylvie KERN
Chef du pôle entreprise

Odile BELINGA
Avocat au Barreau de Lyon, membre du Conseil National

I. L'indemnisation du préjudice en matière sociale.

Sylvie KERN

Le principe de l'indemnisation de la victime vise à l'indemnisation intégrale du dommage, c'est-à-dire à la réparation du préjudice matériel, du préjudice moral, de l'impact sur l'état de santé, notamment en cas de harcèlement, ainsi que du préjudice « par ricochet », lorsque la discrimination concerne l'organisation du travail et l'ensemble de la carrière de la victime, et que cela a un retentissement sur le niveau de vie de ses proches. La réparation du préjudice comprend également les droits à la retraite, dans la mesure où la perception d'un salaire moindre entraîne une sous-évaluation de son montant. A ce sujet, nous pouvons rappeler l'affaire Peugeot, en matière de discrimination syndicale, dans laquelle le juge des référés, en 2000, s'est déclaré compétent pour connaître du cas des discriminés retraités. La Chambre sociale de la Cour de cassation, en 2002, a confirmé cette décision, en précisant qu'il n'y avait pas de prescription quinquennale dans la discrimination syndicale, mais une prescription trentenaire.

L'article L122-45, qui prohibe toutes les discriminations, prévoit, dans son dernier alinéa, que toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit. Par conséquent, en cas de licenciement, le salarié peut faire le choix soit de demander sa réintégration, et son contrat de travail se poursuivra, soit de renoncer à ce droit, et demander une indemnisation au titre de la nullité de son licenciement.

1. Lorsque le salarié licencié ne demande pas sa réintégration

Le salarié qui ne demande pas sa réintégration peut bien sûr demander à ce que lui soient payées les indemnités de rupture, y compris l'indemnité compensatrice de préavis, même si le contrat de travail est suspendu et qu'il ne peut effectuer ce préavis, en cas d'arrêt maladie par exemple. Il peut également demander une indemnité qui répare le préjudice subi.

Un arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 2000 précise explicitement que le salarié a droit, d'une part, aux indemnités de rupture, et, d'autre part, à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, au moins égale à celle prévue par l'article L122-14-4 du Code du travail, quels que soient l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise. L'indemnité réparant le préjudice subi est donc appréciée souverainement par les juges du fond et est au moins égale aux salaires des six derniers mois. Les juges du fond doivent prendre en compte les salaires dont le

salarié a été privé, mais sans qu'il y ait un droit automatique au paiement des salaires perdus depuis le licenciement. Ils doivent également considérer tous les éléments relevant des différents préjudices. Si l'ancienneté du salarié n'égale pas six mois, son indemnité est cependant égale aux salaires qu'il aurait perçus durant six mois.

Un cas particulier se présente lorsque le licenciement nul concerne une femme enceinte ou qui se trouve en congé de maternité. Dans ce cas, l'article L122-30 du Code du travail affirme que l'employeur doit payer à la femme salariée le montant du salaire qui aurait dû être perçu au cours de la période couverte par la nullité. Un arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 2003 a généralisé le droit à réintégration de la salariée au bénéfice de chaque salarié victime d'un licenciement nul, et ce même si le texte ne le prévoit pas. Or il ne le prévoit pas pour la femme enceinte ou en congé maternité. Depuis cet arrêt, elle pourra donc demander sa réintégration.

Un autre cas particulier est celui du licenciement qui fait suite à une action en justice, autrement dit lorsque le licenciement est une mesure de représailles ou de rétorsion. Dans ce cas, l'article L122-45-2 nous dit que le salarié a droit à une indemnité supplémentaire qui ne peut être inférieure au salaire des six derniers mois.

La jurisprudence de la haute autorité est la suivante : le licenciement (s'il n'a pas de cause réelle et sérieuse) qui fait suite à une action auprès de l'employeur visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement est considéré de la même manière que celui qui fait suite à une action en justice visant à faire respecter ce même principe. La haute autorité considère donc que le licenciement (sans cause réelle et sérieuse) consécutif à une plainte(pour discrimination) formulée au niveau de l'entreprise constitue une sanction prohibée par la loi. Elle fait application de l'article 11 de la directive européenne 2000/78/CE du 27/11/2000 qui dispose que « les travailleurs doivent être protégés contre tout licenciement ...en réaction à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement ».

2. Lorsque le salarié souhaite continuer à travailler dans l'entreprise

Lorsque le salarié souhaite poursuivre son contrat, le principe est le même et vise à la réparation intégrale du dommage.

La jurisprudence la plus récente concerne la discrimination syndicale, selon l'article 412-2 du Code du travail, et en particulier l'arrêt de la Cour de cassation « Toullec contre EDF » du 23 novembre 2005, qui précise : « la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu. Les dispositions de l'article 412-2 du Code du travail ne font pas obstacle à ce que le juge ordonne le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée. » Les faits que vise cet arrêt sont simples ; ils concernent un salarié titulaire de plusieurs mandats représentatifs qui s'estime victime de discrimination dans l'avancement de sa carrière et demande la reconnaissance rétroactive d'un nouveau classement ainsi que la perception de la rémunération correspondante. La Cour d'appel l'a d'abord débouté, au motif qu'il ne pouvait demander que l'indemnisation du préjudice résultant de son défaut d'avancement et non la modification de sa classification qui relève des prérogatives de l'employeur. La Cour de cassation censure cette décision en

expliquant que les dommages et intérêts prévus par l'article L412-2 du Code du travail ne sont pas exclusifs d'autres mesures.

Dans ce cas, le problème ne portait pas sur une annulation des mesures discriminatoires, mais sur les modalités de la réparation. En effet, le comportement discriminatoire de l'employeur était négatif (refus d'avancement du salarié). La nullité n'était donc pas adaptée. La Cour de cassation s'était déjà prononcée sur le principe d'une réparation en nature en 2004, mais dans un cas plus simple, qui impliquait un retour au *statu quo ante*. Cette fois, l'arrêt du 23 novembre 2005 va plus loin en permettant au juge de prononcer le reclassement du salarié, pour le placer « dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu. »

Cet arrêt a notamment été analysé par le professeur Césaro, qui précise qu'en évaluant l'avancement d'un salarié au regard des statuts (EDF) ou de la convention collective, le juge ne viole pas la liberté contractuelle mais fait application des règles qui s'imposaient à l'employeur. Monsieur Césaro en conclut que la véritable portée de cet arrêt est la suivante : « l'avancement reposant sur la négociation individuelle entre employeur et salarié, appelle une réparation par équivalent (dommages-intérêts) tandis que l'avancement reposant sur des critères collectifs obligatoires peut être imposé par le juge. »

3. La prescription en matière de discrimination : 5 ou 30 ans ?

En 2000 et en 2002, la Chambre sociale a jugé que les salariés victimes de discrimination syndicale pouvaient, en application des dispositions de l'article L412-2 alinéa 4 du code du travail, demander à être indemnisés du préjudice salarial qu'ils avaient subi sur une période de trente ans. La Cour de cassation dans sa formation plénière, par deux arrêts du 15 mars 2005, a, d'une part, confirmé que les actions en justice visant, sous couvert de dommages et intérêts, à obtenir le paiement de créances salariales ou afférentes à des salaires sont prescrites par cinq ans et, d'autre part, a précisé que les actions visant à obtenir le versement d'arriérés de salaires imputables à une discrimination syndicale se prescrivent par 30 ans. »

II. L'indemnisation en matière de biens et services

Odile BELINGA

Notre préoccupation porte sur le rôle de l'avocat dans l'évaluation du préjudice subi par la victime, afin qu'elle puisse être indemnisée le mieux possible. La jurisprudence que nous pouvons étudier est assez riche, sur la question des indemnisations de victimes de préjudices subis en matière de biens et de services.

Je souhaite dès à présent attirer votre attention sur l'indigence des dommages et intérêts qui sont alloués, pour le préjudice matériel comme pour le préjudice moral. Il est nécessaire que les avocats innovent en cette matière, instruisent et argumentent correctement les dossiers pour que le préjudice soit convenablement indemnisé.

Etre victime d'une discrimination dans la fourniture de biens et de services peut en effet entraîner des dommages importants, aussi importants que n'importe quel autre comportement fautif. Nous ne pouvons qu'être surpris du décalage qui existe entre la surmédiation de certaines affaires et l'indemnisation attribuée par les tribunaux au profit des victimes.

Des inquiétudes ont été formulées au sujet du quantum de la transaction pénale et de la sanction envisageable pour l'auteur. Or on constate que les montants, pour une personne privée, n'atteignent que 30 000 euros et 15 000 euros pour une personne morale. Les montants correspondant aux condamnations prononcées par les juridictions répressives sont très rarement atteints. La marge de manœuvre me semble encore très large, et il est inutile de s'inquiéter du rôle important que pourront jouer la HALDE et les avocats.

Je vous propose d'étudier la jurisprudence récente en matière de discriminations dans la fourniture de biens et de services, en distinguant deux grands types de préjudice, matériel puis moral.

1. Le préjudice matériel

a. La discrimination pour l'accès au logement

Nous pouvons déjà distinguer deux types de discriminations qui concernent les biens et les services, les discriminations dans l'accès au logement et la discrimination dans l'accès aux loisirs.

Le premier exemple que je souhaite vous exposer est celui de la réparation d'un préjudice matériel pour l'accès à un logement. Il s'agit d'un arrêt de la Cour de cassation de la Chambre criminelle du 25 novembre 1997. Je vous rappelle les faits. Un couple sollicite un contrat de bail auprès d'un particulier. Le propriétaire et les candidats locataires font affaire et soumettent leurs documents puis signent le contrat de bail. En signant le contrat, l'un des deux colocataires fournit, parmi les justificatifs de ses revenus, une attestation d'allocation d'adulte handicapé. En lisant cette attestation, le propriétaire s'aperçoit que son locataire est atteint du Sida. Avant de remettre les clés, le propriétaire fait pression sur les deux colocataires pour leur faire signer un avenant au contrat de bail, pour lequel ils devaient fournir deux cautions supplémentaires, qui devaient elles-mêmes fournir trois bulletins de salaire et une fiche d'état civil.

Il a été considéré que ces demandes revêtaient un caractère manifestement exorbitant, dans la mesure où le contrat de bail avait été signé, que l'avenant avait été imposé 48 heures avant la possible remise des clés, et que le propriétaire avait voulu se garantir de façon surabondante. Les justifications invoquées par le propriétaire étaient en outre peu convaincantes. Il a par exemple affirmé qu'il considérait que le Sida était une clause résolutoire du contrat.

La décision rendue n'a indemnisé l'un des deux colocataires que sur le fondement de son préjudice matériel. Le propriétaire envisageait en effet de garder par devers lui le dépôt de garantie, qui a été restitué.

Le second exemple que je souhaite évoquer concerne le rejet d'une demande d'indemnisation pour préjudice matériel, dans le cas d'une demande de logement. L'affaire oppose un propriétaire et son locataire, porteur d'un nom de consonance maghrébine. Ce cas a fait l'objet d'une sorte de testing. Un ami de la famille a téléphoné au propriétaire, en indiquant les mêmes caractéristiques que le candidat locataire précédent, à part, bien sûr, son nom. Pour le propriétaire, ce candidat locataire au nom à consonance européenne pouvait tout à fait faire l'affaire. La victime a lors du procès fait état d'un préjudice matériel, mais le tribunal, constatant que ce préjudice matériel n'était pas causalement lié à la discrimination, a rejeté sa demande.

Il est certain que la restitution d'un dépôt de garantie est une indemnisation matérielle. Il serait cependant envisageable de demander le remboursement de tous les frais engagés à l'occasion de la conclusion du contrat de bail, ou d'autres frais telles que l'obligation de placer les biens meubles dans un garde-meubles ou d'autres frais liés à des actes notariés. Il semble qu'il faille absolument envisager l'ensemble du préjudice matériel subi par la victime.

b. D'autres cas de discriminations

Une première décision, qui date de novembre 2004, a été prise à l'initiative de la LICRA à l'encontre d'une société qui s'était vue exigée par un acheteur la présentation d'un certificat montrant que le transport des marchandises de la Société ne comportait aucun matériel ou matériau émanant d'Israël, n'avait pas fait l'objet d'aucun transports par une main d'œuvre israélienne, ou que la Société n'avait effectué aucun transport par le canal d'un transporteur israélien ou effectué un transit par Israël.

Ce certificat a été signé par la Société, qui a expliqué que si elle ne signait pas, elle eût perdu le marché. Un délit de discrimination entravant l'exercice d'une activité économique a été reconnu à l'encontre de cette Société. Si la LICRA a été déboutée de ses demandes d'indemnisation, c'est surtout du fait de difficultés liées à la procédure, plutôt que sur le principe. Si dans un cas similaire la victime est une entreprise qui peut démontrer qu'elle a été écartée parce qu'une partie de sa main d'œuvre était de nationalité israélienne, elle pourra réclamer une indemnisation du préjudice ainsi subi.

Le cas suivant, qui concerne une discrimination liée au handicap, n'a pas donné lieu à une réparation du préjudice matériel, encore une fois à cause d'un problème de procédure. Les faits sont les suivants. Les guichets d'une entreprise de cinéma, située à Niort, sont inaccessibles aux personnes handicapées qui se déplacent en fauteuil roulant. Le responsable de la Société gérant les cinémas en question a expliqué que le refus de délivrer des billets de cinéma aux personnes en fauteuil roulant se justifie par des raisons de sécurité. En effet, a-t-il poursuivi, l'installation de rampes pour les fauteuils réduirait le passage et, en cas d'incendie, empêcherait de garantir la sécurité des personnes. Si la Cour d'appel a rejeté la demande de réparation matérielle qui consistait à imposer à cette Société de mettre en place une rampe d'accessibilité ouverte aux personnes à mobilité réduite, c'est parce que les conditions d'organisation et d'installation de ces rampes étaient soumises à des décrets d'application du Conseil d'Etat qui n'étaient pas encore publiés. Nous pouvons supposer que si ces décrets avaient été publiés, les victimes auraient pu obtenir que la Société soit contrainte d'installer la rampe d'accessibilité.

Un autre arrêt concerne Madame Mégret, maire de Vitrolles, et son Conseil municipal, dont la délibération a institué l'octroi d'une prime de naissance aux parents de nationalité française. Encore une fois, un problème procédural a fait que la Chambre criminelle n'a pas pu faire droit aux demandes d'indemnisation des victimes ; en effet, il ne relevait pas de l'objet des associations qui s'étaient constituées partie civile de le faire dans ce type de dossier. La difficulté tenait au fait que le support de la discrimination était la publication. Ce cas relevait donc de l'application de la procédure pénale applicable en matière de délit sur la presse. Dans la mesure où l'association qui avait engagée l'action était irrecevable à le faire, et que cette action n'était pas engagée par le Parquet, toute la procédure a été éteinte, puisque le délai de prescription, de trois mois, était atteint. Aucun déclenchement de l'action publique n'était plus possible. Ces associations ont néanmoins agi auprès du préfet, qui a lui-même agi sur le terrain administratif. Le tribunal administratif de Marseille a donc ensuite décidé d'annuler la délibération du Conseil municipal. Cette décision a par ailleurs dû être publiée.

Le cas que je souhaite vous présenter concerne un couple portant un nom de consonance maghrébine, qui souhaite acheter une maison à un autre couple. Avant que l'achat soit conclu, le maire a exercé son droit de préemption, en expliquant qu'un local associatif était nécessaire pour les jeunes du quartier, et que cette maison était tout à fait appropriée pour remplir cet emploi. Le prix que le maire a proposé pour l'achat de la maison était inférieur de 120 000 francs à celui proposé par le couple candidat dont le nom était de consonance maghrébine. Les vendeurs ont refusé le droit de préemption offert par le maire. Plus tard, un autre couple se propose pour acquérir la maison, qui leur est finalement vendue.

Les propriétaires n'ont pas joué le jeu du maire et se sont montrés extrêmement choqués par les raisons qu'il a invoquées pour exercer son droit de préemption. Le comportement du maire était par ailleurs connu, puisque le notaire du couple en question les avait prévenu qu'ils rencontreraient des difficultés. Ce couple a finalement pu voir indemniser son préjudice matériel dans la mesure où leur ont été remboursés certains frais, notamment les frais d'expertise et les frais d'actes notariés. Ils avaient également demandé que leur soit remboursée la différence qu'ils avaient dû verser entre le prix d'achat qui leur était proposé par les premiers propriétaires et le prix qu'ils ont dû verser pour l'achat d'une autre maison, dans une autre commune. Cette demande, parce que les prestations étaient différentes, a été rejetée. Le premier projet concernait en effet une maison existante, alors que le second concernait une construction.

2. Le préjudice moral

a. Discriminations dans l'accès au logement

Alors que le préjudice moral semble plus facilement indemnisable que le préjudice matériel, il est l'un de ceux qui est le moins indemnisé.

Le premier exemple que je souhaite vous présenter concerne une discrimination dans l'accès au logement. Un propriétaire est condamné après avoir refusé de louer un appartement à une personne qui portait un nom de consonance maghrébine. Les dommages et intérêts pour préjudice moral qui ont été décidés s'élèvent à 300 euros.

Dans un cas du même type, qui concernait une jeune femme dont le nom et le prénom sont de consonance maghrébine et un agent immobilier, celui-ci ayant reçu des consignes pour ne pas louer l'appartement à des personnes d'origine étrangère, les dommages et intérêts alloués au titre du préjudice moral ce sont élevés à 1 euro symbolique.

Le tribunal n'a sans doute pas spontanément décidé de prononcer des dommages et intérêts de ce montant. Le travail des avocats en cette matière est sans doute avant tout de tâcher de déculpabiliser les victimes sur la question de l'appréciation de leur préjudice moral. De nombreuses victimes, dans ces cas, expliquent que si la discrimination est déclarée et que l'auteur en est déclaré coupable, ils se contentent d'une indemnisation qui, à mon avis, est insignifiante et ne prend absolument pas en compte le préjudice subi. Il nous appartient de les encourager et de les aider à apprécier l'ampleur de ce préjudice.

Nous pouvons comparer cette situation à celle des indemnisations accordées par le passé pour des cas d'abus sexuels sur des mineurs. Très souvent, l'usage voulait que les parents demandent un préjudice moral à hauteur de 1 euro symbolique, au motif qu'il serait honteux de gagner de l'argent en ces occasions et que l'important était la reconnaissance des droits de l'enfant.

Le paradoxe, dans les cas que j'ai évoqué, est que les montants alloués au titre des frais irrépétibles sont importants, souvent plus importants que ceux qui sont accordés dans le cadre d'affaires similaires, devant le tribunal correctionnel, par exemple, ou devant une juridiction civile. Nous pouvons interpréter ce fait comme le paiement déguisé de dommages et intérêts.

b. Discriminations pour la fourniture de biens et de services

Le premier exemple que je souhaite évoquer est celui d'une jeune femme paraplégique, qui souhaitait prendre un taxi. Lorsque le chauffeur de taxi est arrivé et a aperçu le fauteuil roulant, il est sorti de la voiture en criant « encore un ! » ou encore : « Je ne prends pas les personnes handicapées. Je ne prends ni les personnes handicapées ni les chiens. » La jeune femme a refusé de monter dans le taxi, bien que la standardiste ait essayé de rappeler le chauffeur de taxi à un comportement plus digne. L'indemnisation de cette jeune femme, qui non seulement a manqué son taxi mais a été humiliée en pleine rue, s'est élevée à 1 euro de dommages et intérêts et 750 euros sur le fondement des dispositions de l'article 475-1.

Un autre exemple concerne un jeune homme qui suit une trithérapie. La prise de ses médicaments faisait qu'il lui arrivait de s'assoupir. Il avait pour habitude de prendre son café dans une brasserie, laquelle a finalement refusé de le servir en invoquant le fait qu'on le soupçonnait de se droguer, et que son comportement était bizarre. Comme en outre le jeune homme, à mesure que son état se dégradait, devait se déplacer à l'aide de béquilles, il « faisait désordre » et renvoyait une image que ne souhaitait pas voir la responsable de l'établissement. Cette fois, les dommages et intérêts versés ont été plus importants puisque le préjudice moral a été évalué à 4 000 euros. Cette somme a été allouée à son frère ayant droit, puisque la victime était entre temps décédée. Je suis d'ailleurs persuadée que le décès de la victime a influé sur l'allocation de ces dommages et intérêts. Sachez que la somme initiale demandée par son frère s'élevait à 10 000 euros.

L'exemple cité précédemment, qui concernait l'accès à une salle de cinéma aux personnes handicapées, a donné lieu au versement de 2 000 euros de dommages et intérêts, alloués à l'Association des paralysés de France au regard des intérêts qu'elle défend.

2 000 euros ont également été accordés dans l'affaire qui opposait un couple et un maire ayant abusivement usé de son droit de préemption, et 1 euro à SOS Racisme.

Dans une affaire classique, qui a donné lieu à un testing et portait sur une discrimination à l'entrée d'une discothèque, les jeunes gens concernés ont été indemnisés à hauteur de 1 euro de dommages et intérêts.

Dans l'arrêt de janvier 2006 de la Cour d'appel de Lyon qui a été cité précédemment, la partie civile et les associations qui les accompagnaient ont obtenu 50 euros de dommages et intérêts.

Un autre exemple, dans une procédure sur intérêt civil, concerne Patrick Segal, qui a obtenu, pour un refus d'embarquement dans un avion sous prétexte que l'avion était inadapté à son fauteuil roulant, 10 000 francs.

Il me semble donc qu'une jurisprudence reste à construire. Il est impératif d'évaluer correctement et précisément le préjudice, et en particulier le préjudice moral de ces victimes. Il est indispensable de les décomplexer sur la légitimité de leur demande.

J'ai attentivement suivi la période de testings en matière de biens et de services qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon de janvier 2005. Il faut savoir que ces pratiques sont extrêmement éprouvantes pour les personnes qui les accomplissent. Les testeurs sont fortement touchés, même s'ils accomplissent ces tests en étant entourés par des associations, dans un but précis, et qu'ils ne se trouvent pas dans la situation d'un groupe de jeunes gens qui souhaitent passer une soirée en discothèque. Les quatre testeurs, aussi bien le couple de morphotype maghrébin que celui de morphotype caucasien, ont expliqué à quel point ces opérations étaient pénibles à mener. C'est pourquoi il est absolument nécessaire d'insister sur ce thème du préjudice moral subi.

Un autre arrêt de la Cour de cassation, Chambre civile, porte sur une discrimination en matière de logement, en raison de convictions religieuses. Les demandeurs expliquaient qu'ils étaient de confession juive et que le bailleur avait électrifié toutes les issues de l'immeuble. Il n'existait aucune solution de secours équipée d'ouvertures mécaniques. Les demandeurs ne pouvaient donc pas respecter le shabbat, puisqu'ils étaient obligés d'entrer et de sortir de chez eux en utilisant un système électrique. La Chambre civile de la Cour de cassation a confirmé, le 18 décembre 2002, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, qui a considéré que « les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique. » Or la France a plus tard été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, en estimant qu'il existait dans ce cas une discrimination fondée sur les convictions religieuses des personnes.

Le dernier exemple que je souhaite aborder celui de Monsieur Amadou Diop, qui, alors qu'il avait obtenu le grade de sergent-chef dans l'armée française, a vu sa pension convertie, après l'indépendance du Sénégal, en une pension correspondant à une

indemnité insusceptible d'être revalorisée dans les conditions prévues par le code des pensions civiles et militaires de retraites. Le Conseil d'Etat a considéré que le Ministre de la défense ne pouvait en aucun cas faire de distinction entre les anciens combattants. Il a précisé qu'« une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire, au sens des dispositions de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs. » Il a donc été décidé que les pensions de retraite de cet homme devaient être réévaluées de la même façon que les autres pensions civiles et militaires. Cette réévaluation est rétroactive.

Débat avec la salle

De la salle

Pouvez-vous nous faire part d'autres exemples d'indemnisation par ricochet que ceux que vous avez évoqué ? Je connais l'arrêt Michelin, qui a décidé de l'indemnisation de l'enfant d'un salarié qui aurait dû être cadre. En connaissez-vous d'autres ?

Sylvie KERN

Je ne peux vous fournir de références exactes, mais les militants syndicaux parviennent à démontrer dans certains cas que le niveau de vie d'une famille a été affecté à cause de la discrimination dont a été victime un père ou une mère.

De la salle

Comment s'articulent les procédures de la HALDE et celles des Prud'hommes ?

Sylvie KERN

Si le collège de la haute autorité estime qu'il existe une discrimination, une délibération est rendue précisant que la haute autorité présentera ses observations à l'audience du Conseil de Prud'hommes. L'avocat de la haute autorité intervient dans la procédure et la représente à l'audience. Cette audition de la haute autorité est de droit depuis la loi du 31 mars 2006. Avant cette loi, elle pouvait seulement y être invitée par la juridiction, à la demande de la victime.

De la salle

Je n'ai pas parfaitement saisi le sens de la décision du Conseil d'Etat dans l'arrêt Diop, votre dernier exemple. Il me semblait que le Conseil d'Etat avait estimé, sur la question de la revalorisation des pensions, qu'il n'y avait pas de discrimination entre les anciens combattants résidant en métropole et ceux n'y résidant pas, du fait de la différence du coût de la vie dans les deux situations.

Odile BELINGA

Le Conseil d'Etat a annulé la décision du Ministre de la défense, qui estimait qu'il fallait faire une différence entre les anciens militaires issus des anciennes colonies et les militaires français. Le Conseil d'Etat a considéré qu'aucune distinction ne devait être faite et qu'il convenait donc de réévaluer les pensions de la même façon dans tous les cas.

Cette décision n'est pas générale, elle ne concerne qu'un seul militaire. Le Conseil d'Etat ne répond qu'à la question posée par cet homme, et considère que sa pension militaire doit être réévaluée au même titre que les autres.

De la salle

Monsieur Diop, qui est mort il y a deux ans, n'a pas été indemnisé.

Il me semble par ailleurs que l'arrêt porte exclusivement sur le respect de l'article 1^{er} du protocole de la convention européenne des droits de l'homme, et non sur l'article 14, qui concerne les discriminations.

Odile BELINGA

Le Conseil d'Etat s'est prononcé de manière générale en 2002. Sa décision n'a pas été exécutée par l'Etat français. La Cour européenne s'en est émue, en expliquant que l'Etat français devait absolument régulariser cette situation. Il n'est pas normal que l'indemnisation ne soit pas intervenue. Le problème d'analyse et de reconnaissance d'une discrimination doit pourtant être distingué du problème de l'exécution.

De la salle

L'arrêt ne porte pas sur la question des discriminations mais avant tout sur le respect par la loi française de l'article 1^{er} du protocole de la Convention européenne des droits de l'homme.

Odile BELINGA

Le terme discrimination figure cependant en toutes lettres dans l'arrêt du Conseil d'Etat.

De la salle

Il me semble que la situation française est explosive, et que les remèdes que l'on essaie d'y apporter sont inadéquats. La dangerosité de cette situation s'est manifestée l'année dernière, mais aujourd'hui encore plusieurs incidents signalent la persistance de problèmes graves. Je me demande par conséquent si les outils juridiques dont nous essayons de nous doter sont adéquats, pour régler ce problème, qui est absolument massif. Le phénomène de la discrimination touche en effet des centaines de milliers de personnes. Comment la cinquantaine de fonctionnaires que compte la HALDE pourrait-elle traiter un tel problème ?

Etant Américain et membre du Barreau de Paris, je peux comparer les droits des deux pays. J'exerçais aux Etats-Unis alors que, dans les années 1960 et 70, les questions de discriminations sont apparues dans le droit américain. La question que je me pose aujourd'hui est celle du moyen de faire en sorte que la question de la discrimination devienne, en France, un contentieux de masse.

Aux Etats-Unis, cette question a été réglée dans le domaine civil, et non dans le domaine pénal, par la fixation de règles obligeant les entreprises auteurs de discrimination à payer des dommages importants, qui n'équivalaient pas seulement au dommage causé à une victime, mais représentaient une pénalisation de leur malveillance. Ces mesures constituaient un encouragement à changer de comportement.

En France, les préjudices moraux sont à ce point infimes qu'ils ne modifieront le comportement de personne.

Il est vrai qu'il est possible, en France, d'agir au niveau pénal, en se constituant partie civile. Peut-être est-ce là une solution. En tout cas, il nous faut travailler aux moyens de produire du contentieux en cette matière. Les personnes victimes de discriminations ne sont pas toujours conscientes des possibilités qui leurs sont offertes pour faire valoir leurs droits.

De la salle

L'idée avait été envisagée de constituer des *class actions*, qui pourraient permettre, dans le cas de grandes entreprises dont les pratiques sont discriminantes, de traiter des affaires plus importantes du point de vue du nombre des victimes concernées et, par suite, d'obtenir des indemnités plus élevées pour les préjudices causés. Cette façon de procéder pourrait constituer une méthode de prévention intéressante, qui obligerait les entreprises à modifier leurs comportements et leurs processus de sélection.

Odile BELINGA

Il faut savoir par ailleurs que les sanctions pénales décidées dans ces affaires de discrimination sont de l'ordre d'un mois de prison avec sursis, 500 ou 300 euros d'amende. Ces sanctions, manifestement, sont la plupart du temps très peu importantes.

De la salle

Vous évoquez la nécessité d'un contentieux de masse. Il me semble que la situation est telle qu'un parti politique sera bientôt créé pour défendre les étrangers. Nous parvenons en effet à un moment de prise de conscience des enfants issus de l'immigration.

Odile BELINGA

Le contentieux de masse existera à condition de faire émerger les dossiers.

Souvent, les dossiers qui sont présentés sont mal instruits, et les personnes sont mal conseillées. Le testing a d'ailleurs été adopté pour résoudre en partie ces difficultés. Il devait permettre d'apporter au tribunal des éléments prouvés.

Il est également nécessaire de signaler que les victimes de discriminations ne sont pas toujours désireuses d'évoquer leurs problèmes. Il est plus simple de les évoquer en groupe. Les personnes victimes de discriminations, souvent, disent avoir honte d'en

parler. Souvent, il ne leur est possible d'en parler qu'à condition d'être accompagnée, des membres d'une association par exemple.

Il faut mener une entreprise d'éducation générale. La prise de conscience générale fera sans doute que les victimes accepteront d'être plus revendicatives.

Clôture des travaux

Luc FERRAND
Directeur juridique de la HALDE

Trois mots clés doivent surtout être retenus des interventions précédentes. Il faut d'abord insister sur le principe de contradictoire dans la procédure de transaction pénale. Ce caractère contradictoire n'était pas obligatoire, mais la Haute Autorité a pris l'engagement de respecter une procédure de ce type. C'est la raison pour laquelle nous souhaitons débattre avec vous de la place de l'avocat. Il est extrêmement important que l'avocat soit présent des deux côtés de la barre, pour que les dossiers se construisent de manière intelligente et que, lorsque le niveau de preuve exigible est atteint, une indemnisation suffisante puisse être apportée.

La réparation intégrale du préjudice constitue la deuxième notion fondamentale mise en évidence aujourd'hui.

Le troisième terme fondamental est celui de l'exigence au regard de la preuve. L'acte de discrimination se banalise, mais ne devient pas pour autant une infraction banale. Il me semble que la notion de contentieux de masse conduirait à dévaloriser le contentieux de la discrimination et contribuerait à une certaine banalisation de ce phénomène. A ce titre, il me semble inopportun de tendre vers un fonctionnement impliquant des *class actions*, dans la mesure où le caractère extrêmement grave des faits ne saurait justifier l'organisation d'un contentieux qui dépersonnalise la réparation qu'il faut apporter aux victimes.

La HALDE doit jouer un rôle prépondérant dans l'émergence d'un droit nouveau. Elle doit être un accélérateur et un facilitateur de procédures.

Les victimes doivent savoir que la Haute Autorité est là pour les accueillir et les accompagner.

Notre exigence en droit est importante et véritable. C'est pourquoi nous organisons annuellement ce colloque avec les avocats. La mobilisation de tous constitue sans doute une façon efficace de favoriser l'émergence du contentieux que nous appelons de nos vœux. Vous étiez plus nombreux cette année que l'année dernière, j'espère que vous le serez encore davantage l'année prochaine. Notre action est par ailleurs insérée dans un ensemble d'autres, qui tendent notamment à la formation des Barreaux et des élèves avocats, par la formation des formateurs au sein des CNFP, ainsi qu'à la formation des magistrats professionnels et non professionnels.

Les débats ont été particulièrement riches, et parfois même très vifs, ce qui est, pour nous, un signe fort d'encouragement et, pour le Conseil National des Barreaux, la

manifestation d'une obligation d'exigence qui permette de continuer à progresser sur tous les aspects de la formation des avocats.

Index

Nous vous signalons que nous n'avons pu vérifier l'orthographe du nom suivant :

professeur Césaro 33