

"Les discriminations"

20/11/2020



Discours prononcé par M. François Molins, procureur général près la Cour de cassation, en ouverture du colloque "*Les discriminations*"

Mesdames, Messieurs, Chers collègues,

J'ai le plaisir d'ouvrir aujourd'hui ce colloque organisé par le parquet général près la Cour de cassation sur un sujet, « Les discriminations », que j'ai souhaité, dès mon arrivée à la Cour, mettre ainsi en lumière.

J'étais procureur de la République à Bobigny lorsque les pôles de discriminations ont été créés en 2007 : l'objectif était alors de dynamiser la politique pénale relative à ce contentieux, de développer le travail partenarial et d'améliorer les réponses pénales apportées à ces infractions (dépêche GDS du 11 juillet 2007). En 2009, au moment de l'extension de la compétence de ces pôles, deux axes étaient alors définis comme prioritaires : la lutte contre les faits à caractère raciste ou antisémite dans les enceintes sportives et la répression des messages tendant à la haine raciale ou religieuse véhiculés par internet (dépêche GDS du 5 mars 2009). Deux priorités hautement sensibles aujourd'hui encore !

Ce colloque sur « Les discriminations » a été reporté à deux reprises en raison de la situation sanitaire, et se déroulera finalement sans public présent dans la Grand'Chambre, mais en diffusion simultanée sur le site internet de la Cour et ses réseaux sociaux. Je regrette que la Cour ne puisse pas accueillir comme à l'accoutumée toutes les personnes intéressées par ce sujet, mais j'espère que la retransmission permettra néanmoins au plus grand nombre de pouvoir suivre les

débats.

Je souhaiterais évoquer brièvement quelques éléments concernant le droit relatif aux discriminations, en rappeler les évolutions récentes et souligner certaines des interrogations qui subsistent dans le domaine.

Si le droit de la non-discrimination n'existe pas en droit français de manière stricto sensu, on peut rappeler que le principe de non-discrimination procède du principe d'égalité, qui est un principe constitutionnel.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et ses articles 1er et 6, ont tout d'abord limité le périmètre de l'égalité au droit public. L'égalité des hommes par-delà les frontières s'est ensuite exprimée dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et a été déclinée à l'échelon européen dans les principes du Conseil de l'Europe et ceux de l'Union européenne. Au-delà de la sphère du droit public, le champ des discriminations combattues par la loi s'est étendu aux comportements privés, notamment à ceux relevant du droit du travail, du droit de la consommation, ou du droit de la santé, et la lutte contre les discriminations est devenue aujourd'hui le terrain de l'application de la proportionnalité, qui s'est pleinement intégrée dans notre droit comme vecteur de l'appréciation des atteintes tolérables au principe d'égalité.

Si la non-discrimination est un principe traditionnel du droit anglo-saxon, il n'est ainsi apparu qu'assez tardivement en droit français, lequel lui a longtemps préféré le principe d'égalité. En France, la construction du principe d'égalité a consisté à définir des différences de traitement qui doivent être interdites en toutes circonstances, et d'autres acceptables, soit au regard de différences de situations, soit justifiées par des motifs d'intérêt général. Ainsi, la discrimination peut devenir positive quand elle exprime une volonté de corriger et de compenser des inégalités manifestes dont pâtit une population particulière. La discrimination positive repose sur une conception de la justice qui privilégie l'équité sur la stricte égalité de traitement.

La spécificité de notre droit relatif aux discriminations réside dans l'éparpillement des dispositions législatives et des régimes procéduraux : si la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse réprime certaines infractions commises avec une visée discriminatoire et instaure une procédure particulière, de nombreuses autres dispositions ont été successivement ajoutées dans le code pénal, le code du travail, ou d'autres codes encore.

Clef de voûte de notre démocratie, le principe d'égalité est bien souvent victime d'atteintes quotidiennes, insidieuses ou affirmées, souvent minimisées, et pourtant dangereuses pour notre pacte social.

Les discriminations trouvent souvent leur origine dans les préjugés et les stéréotypes, qui sont réducteurs, induisent des erreurs d'interprétation, et alimentent les idées racistes, sexistes, homophobes, etc.

Au sens juridique du terme, la discrimination est le fait de traiter de façon inégale deux ou plusieurs personnes placées dans une situation comparable, en raison de critères interdits par la loi.

La liste des critères de discrimination s'est considérablement allongée au fil du temps.

Aujourd'hui, l'article 1er de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, maintes fois réformée, ne contient pas moins de vingt-cinq critères de discrimination prohibés, et rappelés aux articles 225-1 et suivants du code pénal. Parmi les plus récents, issus de deux lois de 2016 : « l'identité de genre », « le lieu de résidence », « la perte d'autonomie », « la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique apparente ou connue », ou encore « la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français », et dont la mise en œuvre concrète peuvent interroger.

Le code du travail, quant à lui, mentionne, aux articles L. 1132-2 et suivants, quatre autres comportements discriminatoires, dont « la discrimination en raison de l'exercice normal du droit de grève ou « la discrimination pour avoir lancé une alerte professionnelle ».

Aux critères traditionnels fondés sur l'état de la personne (décision de la Cour de cassation du 30 septembre 2015 sur la discrimination en raison du sexe, concernant un homme candidatant pour être surveillant d'enfants en milieu scolaire, ou du 22 septembre 2016 en raison de l'orientation sexuelle concernant un cadre de la BNP) ou l'exercice d'une liberté (décision de la Cour de cassation dans l'affaire Baby Loup du 25 juin 2014), se sont ainsi ajoutés de nouveaux critères fondés sur l'état social dans laquelle se trouve une personne.

Outre les discriminations directes et indirectes, le champ d'application de la discrimination continue par ailleurs de s'étendre avec la prise en compte de la discrimination « par ricochet ». C'est le sens de la décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 21 juin 2016 qui a jugé discriminatoire le refus de l'employeur de renouveler le CDD d'un salarié du fait de l'engagement politique de son frère.

La lutte contre les discriminations s'est progressivement renforcée, et des évolutions procédurales importantes sont apparues :

- L'aménagement de la charge de la preuve

Le contentieux de la discrimination est caractérisé par une inégalité des armes entre les parties au procès car il est rare qu'une discrimination soit clairement exprimée. Le motif discriminatoire est le plus souvent dissimulé derrière des motifs légaux, créant une réelle difficulté en matière de preuve, qui a conduit à privilégier la voie pénale plutôt que le recours aux juridictions civiles, car la mise en œuvre de l'action publique décharge la victime du fardeau de la preuve.

La voie pénale a cependant pu montrer ses limites en termes d'efficacité notamment du fait de la difficulté à prouver l'intention discriminatoire et de la faiblesse de certaines sanctions prononcées. De plus, la nécessité de démontrer l'élément intentionnel pour établir la culpabilité de l'auteur d'une infraction ne permet pas de sanctionner pénalement les discriminations indirectes.

C'est pourquoi le législateur s'est attaché depuis plusieurs années à développer les recours à la voie civile. Par exception au principe général repris à l'article 1315 du code civil selon lequel la charge de la preuve incombe au demandeur, la loi du 16 novembre 2001 a introduit dans le code du travail un partage de la charge de la preuve entre le demandeur et la partie défenderesse dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

Cette solution a été par la suite transposée au secteur du logement locatif par la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, avant d'être étendue à toutes les matières par la loi du 27 mai 2008 précitée, à l'exception cependant de la matière pénale afin de préserver la présomption d'innocence.

Selon l'article L. 1134-1 du code du travail, les éléments de fait présentés par le salarié doivent laisser supposer l'existence d'une discrimination, ce qui accroît significativement les chances du demandeur de voir sa demande prospérer.

- De nouveaux instruments procéduraux en faveur de la victime de discrimination

Aux moyens de preuves classiques, s'est par ailleurs ajouté le recours au testing, d'abord reconnu licite par la Cour de cassation, qui a rappelé qu'aucune disposition légale ne permet au juge répressif d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale (Cass. crim., 11 juin 2002), le testing a été consacré par la loi du 31 mars 2006 dans l'article 225-3-1 du code pénal.

En droit du travail, le testing est désormais un mode de preuve admis par la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, qui avait été précédée par un testing initié par le gouvernement en mars 2016 concernant 40 grandes entreprises françaises, et visant à évaluer les discriminations à l'embauche liées à l'origine selon les noms et prénoms figurant dans les CV.

Par ailleurs, la loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle du 18 novembre 2016 a étendu le champ d'application de l'action de groupe à plusieurs domaines (après la consommation et la concurrence, et la santé), dont celui des discriminations. Toutes les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans et intervenant dans la lutte contre les discriminations peuvent agir.

- Des progrès en matière de politique pénale

Comme je le rappelais en introduction, les réformes mises en place ces dernières années en matière de lutte contre les discriminations, et notamment depuis l'instauration des pôles anti-discriminations au sein des parquets, ont cherché à faciliter le dépôt de plainte des victimes, améliorer l'exercice de l'action publique, et garantir une réponse pénale efficace et dissuasive.

Si la définition d'une politique pénale claire, réactive et adaptée aux évolutions de notre société est indispensable, il importe également que les magistrats chargés de ce contentieux particulier soient spécialisés et que leur réflexion et leurs pratiques soient mutualisées : d'une part parce qu'il s'agit d'un contentieux technique qui nécessite un investissement fort des praticiens, et d'autre part parce que ce contentieux exige également la mise en place de partenariats locaux dynamiques avec les pouvoirs publics et le milieu associatif sur le plan préventif et sur le plan répressif, avec le développement des sanctions à visée pédagogique.

Des échanges avec les partenaires institutionnels incontournables et essentiels, tels que le Défenseur des droits ou la DILCRAH, dépend également l'efficacité de la politique de lutte contre les discriminations.

Des interrogations multiples apparaissent dans ce contentieux complexe :

Il est indispensable de mener un examen critique du développement du droit relatif aux discriminations, de l'évolution des politiques pénales en la matière, afin d'en extraire une exigence renouvelée, et de contribuer ainsi plus efficacement encore à la lutte contre les discriminations, à la promotion de l'égalité et au développement de l'accès aux droits.

Au regard des dispositions législatives actuelles en matière de discriminations, on peut s'interroger aujourd'hui sur plusieurs points :

- La multiplication des critères de discrimination permet-elle une meilleure efficacité de la lutte contre les discriminations ?
- Comment appréhender les difficultés à identifier les causes ou les responsabilités de distinctions toujours plus insidieuses ?
- L'arsenal légal et répressif est-il pour les victimes, les juges, la société toute entière un levier, voire un outil d'effectivité ? Les sanctions sont-elles suffisamment dissuasives ? Le caractère pédagogique des peines à l'attention des primo-délinquants notamment est-il efficace ? (en pratique, la peine d'affichage ou de diffusion de la décision pénale est peu requise et peu prononcée)
- Y a-t-il une sensibilisation accrue des services d'enquête aux spécificités probatoires et procédurales de ces infractions ?
- Les victimes de comportements discriminatoires sont en général dans des situations de dépendance ou de vulnérabilité, et sont peu enclines à déposer plainte : qu'est-ce qui pourrait améliorer leur prise en charge ?
- Les dispositifs de prévention au pénal, ou en droit du travail, dans les entreprises, sont-ils ambitieux et opérants ?
- L'influence de la CEDH et de la CJUE dans ce domaine est incontestable, mais l'on peut aussi s'interroger sur nos particularités internes en matière de critères discriminatoires, et veiller à mettre en place un dialogue fructueux et équilibré entre les juges français, les juges européens et ceux de l'Union européenne.

Le nombre des dispositions comme des acteurs mobilisés dans la lutte contre les discriminations n'ont cessé d'augmenter, résonnant comme une mise en garde, parfois comme un aveu d'impuissance, mais surtout comme une

chance qui permet à la fois de réagir, de prévenir, de sanctionner, de réparer, mais aussi de mieux comprendre et de sensibiliser les esprits, et finalement d'avancer et de progresser vers plus de justice, de dignité et d'humanité.

Notre vigilance doit être permanente pour éduquer, instruire, et, le cas échéant, condamner.

Dans ce domaine, la sanction n'est en effet pas le seul outil : l'éducation et la prévention, par des politiques publiques ciblées, sont des réponses tout aussi nécessaires. La lutte contre les discriminations implique un effort de pédagogie et de sensibilisation de la part de tous, et elle participe au vivre-ensemble qui impose le respect de la dignité de chacun.

Je remercie chaleureusement tous les intervenants qui sont présents aujourd'hui, et qui nous font l'honneur de présenter leur vision d'universitaire, de magistrat, en juridiction du fond ou à la Cour de cassation, et d'autorité indépendante, dans un domaine très riche, tant au pénal qu'en droit du travail.

Je vous souhaite d'avoir des débats riches et fructueux à l'occasion de cette journée, et je vous remercie de votre attention.

Colloques

Discours

Procureur général

Par François Molins