

# Réglementation du travail

## LE DROIT DÉVERTÉBRÉ DE LA LUTTE CONTRE LA DISCRIMINATION

« C'est un grand agrément que la diversité. Nous sommes bien comme nous sommes. Donnez le même esprit aux hommes, Vous ôtez tout le sel de la société. L'ennui naquit un jour de l'uniformité. ».

Antoine Houdar de la Motte, « Les Amis trop d'accord », Fables, 1719, éditeur Prault l'Ainé, Paris, p. 1754.



Si l'on reconnaît les sujets dits « de société » au nombre d'initiatives législatives qu'ils suscitent, tant au niveau français que communautaire, alors la lutte contre les discriminations est indiscutablement au nombre de ces sujets. Pas moins de cinq directives communautaires et onze articles répartis dans deux codes (pénal et du travail) pour définir les discriminations. Pour autant, il est bien difficile de savoir ce qu'elles sont et encore plus mal aisé de connaître l'exakte étendue des pouvoirs de la Halde.

Dans son ouvrage, « La Démocratie en Amérique » Tocqueville remarquait : « Le fait particulier, dominant qui singularise les siècles démocratiques, c'est l'égalité des conditions ; la principale passion qui agite les hommes dans ces temps-là, c'est l'amour de cette égalité. Ne demandez point quel charme singulier trouvent les hommes des âges démocratiques à vivre égaux, [...] l'égalité forme le caractère distinctif de l'époque où ils vivent ; cela seul suffit pour expliquer qu'ils la préfèrent à tout le reste »<sup>1</sup>.

Près de deux siècles plus tard, la quête de l'égalité est toujours la grande affaire du moment, l'objectif poursuivi étant la mise en œuvre pleine et entière du principe d'égalité exprimée par l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune », sans pour autant que la voie à suivre pour réaliser cet objectif soit toujours très nette.

Cette quête a donné naissance à un corps de règles abondant dont la lisibilité soulève de nombreuses interrogations qui paraissent difficilement compatibles avec l'impératif catégorique qu'est la lutte contre les discriminations, lutte qui ne peut être efficace qu'en présence de règles simples et équilibrées, afin que le souci légitime de résorption des discriminations ne puisse donner lieu à une sordide litanie de délations.

Pour autant, le chemin à parcourir afin d'aboutir à un corps de règles cohérent paraît bien long pour au moins trois raisons. Tout d'abord, malgré de nombreux textes, la notion de discrimination reste énigmatique. Ensuite, l'intervention de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) en matière de discrimination suscite de nombreuses interrogations relatives à l'exercice des pouvoirs qu'elle détient et, parmi ces derniers, tout spécialement ceux qu'elle peut exercer en matière judiciaire.

1. A. de Tocqueville, « De la Démocratie en Amérique (1835-1840) », Paris, Flammarion, 1981, t. 2, p. 120.

## ■ L'IMPOSSIBLE DÉFINITION DES DISCRIMINATIONS

En préambule, on rappellera que toute distinction faite entre deux ou plusieurs personnes n'est pas, en soi, répréhensible.

Si aux termes de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation », cette prescription générale trouve ses limites s'agissant de distinctions opérées sur le fondement de critères objectifs, justifiés par un but légitime conduisant à la mise en œuvre de moyens pour réaliser ce but qui soient nécessaires et appropriés<sup>2</sup>.

Ceci étant rappelé, il peut paraître paradoxal d'affirmer que la notion de discrimination est énigmatique, alors même qu'elle fait l'objet de textes nombreux. En réalité, la notion de discrimination est loin d'être unitaire et les nombreuses définitions textuelles, codifiées ou non, ne sont pas d'un grand secours faute de cohérence.

### LE FOISONNEMENT DES TEXTES – UN « DROIT HORS SOL »

Tout d'abord, il n'y a pas une définition unitaire des discriminations. À la définition du Code pénal (articles 225-1 à 225-4 et 432-7), s'ajoutent en effet celle du Code du travail (articles L. 1132-1, L. 1142-1, L. 1142-3, L. 1153-2, L. 2141 et L. 3221-2), mais également celles issues de textes non codifiés<sup>3</sup>. Enfin, s'y ajoutent « les discriminations par détermination de la Halde », puisque l'article 11 de la loi n° 2004-1486 énonce que la Halde peut « formuler des recommandations tendant à remédier à tout fait ou à toute pratique qu'elle estime être discriminatoire, ou à en prévenir le renouvellement ».

Cette fois-ci, il n'y a plus de texte permettant de rechercher quel est le comportement prohibé, la Halde ayant, semble-t-il, tout pouvoir pour déterminer les pratiques relevant de l'attitude discriminatoire. En pratique toutefois, on voit mal que cette dernière puisse se référer à autre chose qu'aux cas de discriminations directes, voire indirectes.

Il convient de s'attarder sur la loi 2008-496 du 27 mai 2008 adoptée suite à diverses procédures de manquement dirigées contre la France pour avoir insuffisamment transposé trois directives européennes dans les délais impartis<sup>4</sup>. Ceci a conduit à deux mises en demeure et un avis motivé de la part de la Commission européenne.

Les mises en demeure, en date du 21 mars 2007, concernaient la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 et la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002<sup>6</sup>. L'avis motivé, en date du 27 juin 2007, avait pour objet la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000<sup>7</sup>.

De manière résumée, les griefs formulés par la Commission européenne portaient sur une définition insuffisamment précise des notions de discrimination directe et indirecte, une approche incomplète de la notion de harcèlement, en raison, notamment, d'une définition trop centrée sur les relations de travail, une définition trop restrictive des discriminations prohibées, une absence de protection efficace contre les rétorsions à l'encontre des personnes ayant relaté des faits de discrimination et enfin, une insuffisance de détermination des conditions dans lesquelles des différences de traitement non discriminatoires sont possibles.

Ainsi, les dispositions des codes pénal et du travail, de même que quatre lois en deux ans<sup>8</sup> ont été jugées comme étant insuffisantes afin d'assurer une protection efficace contre les discriminations. On soulignera que, s'agissant des discriminations indirectes, dès avant cette loi du 27 mai 2008, celle-ci faisaient l'objet de dispositions législatives<sup>9</sup>, mais leur définition ne relevait que d'une circulaire criminelle d'octobre 2005<sup>10</sup>.

L'édifice législatif antérieur à la loi de 2008 était peut-être incomplet, le voilà désormais atomisé.

entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail et 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Par ailleurs, cette loi transpose en partie de la directive 2006/54 du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, ainsi que les dispositions de la directive 2004/113 du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

5. Directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail qui devait être transposée au plus tard le 2 décembre 2003.
6. Directive modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (qui devait être transposée au plus tard le 5 octobre 2005).
7. Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, pour laquelle l'échéance du délai de transposition était fixée au 19 juillet 2003.
8. Loi du 30 décembre 2004 instituant la Halde, loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, loi du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances instituant l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances et dotant la Halde du pouvoir de proposer une transaction en matière de discriminations.
9. Article L. 122-45 du Code du travail (devenu L. 1132-1), la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires prohibe toute distinction directe ou indirecte entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions, leur origine, leur orientation sexuelle, leur âge, leur patronyme, leur état de santé, leur apparence physique, leur handicap leur appartenance ou leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race et leur sexe, article premier de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Halde et article L. 111-7 du Code des assurances prohibant toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe dans le calcul des primes et des prestations.
10. La circulaire CRIM 2005-22 CAB/03-10-2005, donne une définition de la notion de discrimination indirecte : « Au sens du droit communautaire, la discrimination indirecte est caractérisée lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre, est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime, et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires ».

2. Article 1<sup>er</sup> de la loi de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.  
3. Notamment loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, loi n° 2008-496.  
4. Il s'agissait des directives : 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, 2002/73 du 23 septembre 2002 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement

Cette loi de 2008 est pour le moins surprenante. Tout d'abord, l'intention du législateur n'a pas été de réviser l'article 225-1 du Code pénal réprimant les discriminations, la définition donnée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi 2008-496 étant plus restreinte que celle dudit code. On notera par ailleurs que la loi passe ainsi sous silence les discriminations fondées sur la situation de famille, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, les caractéristiques génétiques, les opinions politiques (encore que l'article 2 de la loi évoque les « convictions » sans davantage de précision).

S'agissant des discriminations directes visées dans l'article 1-1<sup>o</sup> de la loi 2008-496, ce dernier évoque notamment : « Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement, intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». C'est ici qu'intervient un droit « hors sol ».

En effet, si cet article 1-1<sup>o</sup> fait référence au harcèlement sexuel, délit réprimé au titre de l'article 222-33-2 du Code pénal<sup>11</sup>, la définition qu'il en donne n'est pas codifiée. En outre, on comprend mal en quoi le harcèlement, pour répréhensible qu'il soit, puisse être considéré comme une forme de discrimination. Certes, une telle approche peut se recommander de la définition communautaire du harcèlement qui fait l'objet de cinq directives<sup>12</sup>, harcèlement qui est présenté comme étant une forme de discrimination ou une situation dans laquelle un comportement non désiré lié à l'un des motifs pris en considération par les directives se manifeste et « qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Deux remarques s'imposent, une fois encore le rapport entre harcèlement sexuel et discrimination n'est pas évident et, d'autre part, ces textes ne font pas la distinction entre harcèlement moral et sexuel.

Dès lors, le harcèlement sexuel fait désormais l'objet de deux définitions concurrentes avec un risque de manque de lisibilité. D'un côté, les définitions du Code pénal et du Code du travail (article L. 1153-1) et, de l'autre, la définition de la loi 2008-496, non assortie de sanctions pénales, mais dont le périmètre est beaucoup plus large, puisqu'un acte isolé suffit pour qualifier le harcèlement, alors que l'article L. 1152-1 du Code du travail, fait référence « à des agissements répétés... ». De même, se pose la question de l'interprétation à donner aux termes « un agissement à connotation sexuelle [...] créant un environnement offensant ».

Certes, le législateur a répondu aux griefs articulés par la Commission européenne, notamment en ce qui concerne la répétition des agissements qui n'est plus

une nécessité, pour autant, il n'est pas certain que cette cacophonie soit la manifestation d'un progrès dans la lutte contre les discriminations.

La définition pénale de la discrimination n'ayant fait l'objet d'aucune modification (les discriminations visées par l'article 225-1 du Code pénal demeurent), l'article premier de la loi du 27 mai 2008 tend à mettre en évidence une sorte de définition générale de la discrimination, sans en tirer pour autant aucune conséquence en termes de procédure. L'article 4 de la loi précise en effet qu'il appartient à la personne qui s'estime victime de discrimination de saisir « la juridiction compétente ». Si le choix se porte sur la juridiction pénale, le plaignant devra vérifier que son cas est de ceux qui sont énumérés à l'article 225-1 du Code pénal lequel, comme tout texte de nature pénale, est d'interprétation stricte en vertu de l'article 111-4 du même code.

Si le droit pénal ne s'applique pas, restera le droit de la responsabilité civile avec la question de l'indemnisation du préjudice causé par le comportement discriminatoire et de l'application de la notion de perte de chance au bénéfice de celui ou celle qui n'aura pu accéder à un emploi ou à service à raison même de cette discrimination. Mais quid de la discrimination qui sera exercée, par exemple, à l'endroit d'un salarié et de l'indemnisation due au titre « d'un environnement offensant », notion dont la subjectivité permet toutes les interprétations, voire divagations ? Quid également de la gestion de la preuve de ce genre de situations ?

La conséquence procédurale directe de ces discriminations « hors codes » est l'inapplicabilité de l'article 11.1 de la loi instituant la Halde (telle que modifiée par la loi n° 2006-396). Cette disposition énonce que la Halde peut, s'agissant de faits qualifiés de discriminatoires sanctionnés par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal et L. 1132-1 et L. 1142-1 du Code du travail, mais n'ayant pas donné lieu à la mise en mouvement de l'action publique, proposer à l'auteur des faits le paiement d'une amende transactionnelle dont le montant ne peut être supérieur à 15 000 € s'agissant d'une personne morale et 3 000 € s'agissant d'une personne physique. Le montant est fixé, en application de l'article 44 de la loi du 31 mars 2006, en fonction de la « gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de la personne ».

Par conséquent, la lettre de l'article 11.1 indique de manière claire que l'amende transactionnelle ne devrait en principe s'appliquer qu'à des faits de discriminations pénalement réprimés, les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal faisant référence aux discriminations directes prévues par l'article 225-1 du même code. A contrario, ceci signifie que ladite amende transactionnelle ne devrait pas s'appliquer aux « discriminations hors-sol » de la loi 2008-496.

Si le périmètre des pratiques discriminatoires, de même que le régime qui leur est applicable est sujet à interrogations, il en va de même de la procédure applicable à la constatation desdites pratiques, ainsi qu'aux prérogatives dont dispose la Halde lors du déroulement de la procédure.

11. « Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

12. 2000/43, 2000/78, 2002/73, 2004/113 et 2006/54.

## MAUVAISES DISCRIMINATIONS ET DISCRIMINATIONS LICITES – QUEL PÉRIMÈTRE ?

### Les mauvaises discriminations, à partir de quand ?

Par construction, une discrimination n'est ni bonne ni mauvaise puisque la discrimination est l'action de distinguer avec précision<sup>13</sup>. Par conséquent, la question qui se pose est celle des circonstances qui font que la distinction opérée entre deux ou plusieurs personnes devient sanctionnable. La simple lecture du catalogue<sup>14</sup> des faits discriminatoires, qu'ils se trouvent dans un code ou un texte non codifié, ne peut suffire pour se faire une opinion sur ce qui fait qu'une distinction est discriminatoire.

Peut-être faut-il adopter une autre grille de lecture et se tourner vers la notion d'égalité pour trouver une définition « en creux » de la discrimination. Tout d'abord, la France ne reconnaît d'autre peuple que le peuple français (article 3 de la constitution de 1958). Il n'y a donc ni minorité ethnique, ni race, ni peuple, mais des citoyens égaux dans leurs relations avec l'État.

Sur ce sujet, il y a convergence de vue entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel : à situation identique, traitement identique. Ainsi, les usagers des services publics se trouvant dans une situation identique doivent recevoir un traitement identique<sup>15</sup>. Le Conseil constitutionnel<sup>16</sup> énonce quant à lui « si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes ». Le principe est donc, à situation égale traitement égal, position également partagée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui sanctionne un état qui n'applique pas un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations « sensiblement différentes »<sup>17</sup>.

Par conséquent, à l'aune de cette position, il ne peut y avoir de discrimination positive, laquelle n'est positive qu'à l'égard de ceux qui en bénéficient tandis qu'elle n'est rien d'autre qu'une discrimination pour ceux qui sont exclus de son bénéfice. Pourtant, à tout principe son exception et la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999, relative à l'égalité entre les hommes et les femmes, a ajouté à l'article 3 de la Constitution de 1958 la disposition suivante « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ». En l'espèce, il n'y a donc pas, techniquement, de discrimination positive, mais émergence d'un principe de valeur constitutionnel. Il est croustillant de constater que cette réforme a été vue par certain(e)s comme une vision sexuée de la société contraire au principe d'égalité<sup>18</sup>.

13. « Dictionnaire de l'Académie » 8<sup>e</sup> édition 1932, p. 403.

14. Pas moins de dix huit chefs de discrimination dans le Code du travail et plus d'une vingtaine si l'on retient l'ensemble des textes relatifs à cette notion.

15. CE, Sect., 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, Rec. 151.

16. Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979.

17. CEDH 6 avril 2000, n° 34369/97, Thlimmenos C/Grèce.

18. E. Lépinard, « L'égalité introuvable. La parité, les féministes et la République »,

Depuis, le modèle égalitaire français semble avoir évolué. En 2006 ont notamment été votées les lois n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes et n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances. Entre autres choses, cette loi comportait une série de mesures destinées à renforcer le pouvoir de la Halde, notamment au travers du prononcé d'amendes transactionnelles, pour autant que l'action publique n'ait pas été mise en mouvement<sup>19</sup>. On notera également qu'une proposition de loi<sup>20</sup>, adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale, le 20 janvier 2010 entend instaurer une mixité sexuelle au sein des conseils des sociétés cotées<sup>21</sup>.

L'égalité, notion originellement transcendante et absolue, devient une notion casuistique désormais compatible avec des discriminations par détermination de la loi, dès lors que celles-ci sont « socialement utiles » (ou réputées telles) ou bien encore simplement « politiquement opportunes ». En dehors de cette exception légale, jusqu'où est-il permis de distinguer, sans pour autant discriminer ?

### Les discriminations licites, jusqu'où ?

Selon la jurisprudence de la CEDH, une distinction est discriminatoire, et viole ainsi l'article 14 de la Convention EDH, dès lors que celle-ci ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé<sup>22</sup>.

L'examen de la nationalité, en tant que critère de discrimination, permet de souligner les incohérences entre une prohibition de principe des distinctions fondées sur la nationalité et les obligations, tant législatives que réglementaires, qui commandent au contraire aux établissements de crédit de prendre en considération la nationalité en tant que critère pertinent.

Le Conseil d'État a ainsi jugé, le 30 octobre 2001<sup>23</sup>, que l'utilisation du critère de la nationalité dans l'attribution des crédits n'est pas en soi discriminatoire, s'opposant en cela à une délibération de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) n° 98-101<sup>24</sup>. Dans cette affaire, le Conseil d'État a jugé à cette occasion :

« Mais considérant que la référence à la nationalité comme l'un des éléments de pur fait d'un calcul automatisé du risque, dont la mise en œuvre n'entraîne pas le rejet d'une demande sans l'examen individuel de celle-ci, ne constitue pas une discrimination et dès lors n'entre pas, en tout état de cause, dans le champ d'application de l'article 6 du traité

Presses de Sciences Po. 2007.

19. Article 41 de la loi n° 2006-396 ajoutant un article 11.1 à la loi n° 2004-1 486.

20. Proposition de loi Copé-Zimmermann relative à la « représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle ».

21. F.X. Lucas, « "La modernitude" s'invite dans les conseils d'administration », Bull. Joly sociétés 2009, p. 945. Du même commentateur, « Femmes...je vous aime », JCP. éd. E 2010, n° 1170, spéc. n° 5 et note 6.

22. Karlheinz Schmidt c/ Allemagne, 18 juillet 1994, Série A, n° 291. B ; Van Raalte c/ Pays-Bas, 21 février 1997 et Larkos c/ Chypre, 18 février 1999.

23. Association française des sociétés financières - n° 204909.

24. Délibération 98-101 du 22 décembre 1998 - Délibération portant modification de la recommandation relative à la gestion des crédits ou des prêts consentis à des personnes physiques par les établissements de crédits - NOR : CNI19993376X. JO du 27 janvier 1999, p. 1411.

CE, devenu, après modification, l'article 12 CE ; qu'elle ne saurait davantage, en l'absence d'élément intentionnel, être regardée comme tombant sous le coup des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal.

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'Association française des sociétés financières, l'Association française des banques et l'Association française des établissements de crédit sont fondées à demander l'annulation de la délibération n° 98-101 du 22 décembre 1998 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés portant modification de la recommandation relative à la gestion des crédits ou des prêts consentis à des personnes physiques par les établissements de crédit...»

Il ressort clairement de cette décision que la référence à la nationalité, en tant qu'élément de pur fait, intégré parmi un panel d'autres critères de calcul automatisé du risque, ne peut, à elle seule, constituer une discrimination. On notera que l'alinéa 2 de l'article 1<sup>er</sup> de la loi 2008-496<sup>25</sup> énonce qu'il n'y a pas discrimination indirecte dès lors que la pratique est « objectivement justifié[e] par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

À cet égard, on ne peut perdre de vue que la réglementation bancaire<sup>26</sup> relative au renforcement de la solidité et de la stabilité du système bancaire tend à une affectation, la plus précise possible, des fonds propres de telle sorte que cette affectation soit cohérente avec la réalité des risques sous-jacents, dont notamment le risque clientèle.

Cette évaluation précise doit permettre aux établissements de mieux évaluer les risques pris en accordant des crédits et, selon que le profil client présente un risque élevé ou faible, la durée du prêt, les garanties prises, l'immobilisation des fonds propres, pourront varier à la hausse ou à la baisse. La connaissance du client est donc un enjeu majeur.

Quid également des personnes politiquement exposées (PPE) visées la recommandation n° 6 du Gafi<sup>27</sup> ? L'article 3 (définitions) de la directive 2005/60 donne des PPE la définition suivante : « Les personnes physiques qui occupent ou se sont vues confier une fonction publique importante ainsi que les membres directs de leur famille ou des personnes connues pour leur être étroitement associées ». Ces personnes, qui doivent faire l'objet d'une vigilance complémentaire en matière de lutte antiblanchiment, sont des personnes résidant dans un autre pays que la France (article R. 561-18-1 du Code monétaire et financier – Comofi). On voit clairement que la distinction fondée sur la nationalité repose ici sur un motif parfaitement légitime.

La question de la nationalité joue également un rôle important s'agissant de la procédure du droit au compte prévue par l'article L. 312-1 du Comofi. Un jugement en référé du tribunal administratif de Paris<sup>28</sup> a estimé que la

Banque de France ne pouvait opposer un refus d'accès au service bancaire de base à une personne étrangère, en situation irrégulière, au motif que l'article L. 312-1 du Comofi n'impose que deux conditions pour l'ouverture d'un tel compte : justifier d'un domicile et d'une identité.

La crainte des établissements de crédit en pareille circonstance est double. D'une part, le risque de blanchiment des capitaux n'est pas à exclure dans la mesure où une personne séjournant en situation irrégulière ne peut, de ce fait, travailler que de manière dissimulée et les fonds domiciliés sur le compte seront le produit d'un délit<sup>29</sup> réprimé par l'article L. 8224-1 du Code du travail<sup>30</sup>.

D'autre part, l'article L. 622.1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda) énonce : « Toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 euros ». Face à cette situation, la Direction des affaires criminelles et des grâces a estimé que, dans la mesure où l'ouverture d'un tel compte est réglementée par le Comofi, elle n'est pas susceptible d'entrer dans le champ de l'infraction par application de l'article 122-4 du Code pénal.

La Chancellerie considère qu'il ne pourrait en aller autrement que dans l'hypothèse où l'ouverture de compte serait motivée par la volonté délibérée de l'employé de banque, agissant de mauvaise foi, de faciliter le séjour sur le territoire national d'un étranger en situation irrégulière. La Chancellerie estime de surcroît que seule la responsabilité personnelle de l'agent pourrait être mise en cause sur le plan pénal et non celle de la personne morale.

Cette prise de position semble sujette à caution pour au moins deux raisons. Tout d'abord, la déclaration de principe selon laquelle la personne morale n'encourt aucun risque paraît bien péremptoire. D'autre part, les auteurs soulignent que l'ordre peut très bien émaner de l'autorité légitime tout en étant irrégulier du fait d'une illégalité évidente, appréciée *in abstracto* et que le citoyen moyennement avisé pourrait percevoir avec certitude<sup>31</sup>.

Certes, à l'occasion des travaux de transposition de la troisième directive antiblanchiment<sup>32</sup>, un article L. 561-22-V a été introduit dans le Comofi. Cet article énonce en substance que la responsabilité pénale des établissements de crédits ne peut pas être mise en jeu pour, trafic de stupéfiants, recel ou blanchiment, en cas d'ouverture d'un compte sur injonction de la Banque de France dans le cadre de la procédure du droit au compte de l'article L. 312-1, ni pour les opérations réalisées dans ce cadre dès lors que le client aura fait l'objet d'une déclaration auprès du service Tracfin et d'une vigilance renforcée au sens de l'article L. 561-10 du même code.

25. Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

26. Ratio international de solvabilité de 1988 (dit ratio « Cooke »), puis accord « Bâle II » publié par le Comité de Bâle en juin 2004 et, enfin, la directive sur l'adéquation des fonds propres (Capital Requirements Directive – CRD).

27. Le Groupe d'action financière (Gafi) est un organisme intergouvernemental visant à développer et promouvoir des politiques nationales et internationales afin de lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

28. TA Paris 16 mars 2005, req. n° 050280519, Mme X c/ Banque de France.

29. Article L. 8251-1 du Code du travail. Article L. 8251-1 : « Nul ne peut, directement ou par personne interposée, embaucher, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France ».

30. Trois ans d'emprisonnement et une amende de 45 000 €.

31. « Répertoire de droit pénal et de procédure pénale », Dalloz, V° Ordre de la loi, n° 37.

32. Directive n° 2005/60/CE du 26 octobre 2005 transposée par l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009.

Cet article réserve toutefois le cas d'une concertation frauduleuse du teneur de compte avec le propriétaire des sommes ou l'auteur de l'opération. Si la loi absout la banque qui défère à la demande de la Banque de France de toute responsabilité en matière de blanchiment des capitaux, sauf concertation frauduleuse, quid des autres incriminations liées à l'ouverture de ce compte ?

Faut-il faire application du principe selon lequel les dispositions spéciales relatives au droit au compte l'emportent sur celles générales du Cesda et donner à l'article L. 561-22-V une portée la plus large possible ? Peut-être peut-on évoquer l'article L. 622-4-3° de ce même Cesda qui prévoit qu'il ne peut y avoir de poursuites pénales lorsque « l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte ». Encore faudra-t-il caractériser et rapporter la preuve de l'existence d'une telle situation.

Pour l'heure, la Halde, dans une délibération 2006-245 du 6 novembre 2006<sup>33</sup>, estime que la condition de validité du séjour est illégale puisqu'elle « vise les seuls clients de nationalité étrangère et revêt, de ce fait, le caractère d'une discrimination prohibée par l'article 19 de la loi du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ».

De cette délibération, on tirera deux observations. À tout le moins, une harmonisation des textes serait souhaitable afin de tarir définitivement ce genre d'interrogation. D'autre part, hormis les discriminations positives établies par la loi, on voit ici que les « autres » distinctions, se recommanderaient-elles du respect d'impératifs d'ordre public, ne trouvent pas nécessairement grâce aux yeux de l'autorité chargée de la lutte contre les discriminations.

La question qui se pose alors est celle du déroulement de la procédure lorsqu'une personne physique ou morale aura mis en œuvre une discrimination jugée interdite par la Halde.

## ■ LOYAUTÉ DE LA PROCÉDURE DEVANT LA HALDE – TOUS LES COUPS SONT-ILS PERMIS ?

### LOYAUTÉ DANS LA CONSTATATION DES DISCRIMINATIONS – INCITATION NE VAUT PAS DISCRIMINATION

L'article 45 de la loi n° 2006-396 pour l'égalité des chances ajoute au Code pénal un article 225-3-1 ainsi rédigé :

« Les délits prévus par la présente section 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. »

33. Idem, délibération n° 2010-27 du 1<sup>er</sup> février 2010.

Cet article vient consacrer la pratique du testing, laquelle avait été d'ores et déjà recueillie en jurisprudence. Ainsi, le 11 juin 2002, la Cour de cassation<sup>34</sup> a clairement pris position à l'égard de cette méthode de constatation en soulignant que, du point de vue de sa recevabilité, le caractère licite ou illicite du moyen de preuve utilisé est indifférent car « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ».

Si testing il doit y avoir, la recevabilité de la preuve ainsi constituée doit être appréciée avec d'autant plus de rigueur qu'il apparaîtra que toutes les précautions pour en assurer la loyauté<sup>35</sup> n'auront pas été prises. Ce devoir s'imposera avec d'autant plus d'évidence que ledit testing aura été mené à l'instigation de la Halde.

À cet égard, il convient de souligner que la circulaire criminelle du 26 juin 2006<sup>36</sup> apporte une précision quant à la personne des testeurs. Cette circulaire précise :

« Il ne faut pas considérer que l'article 225-3-1 consacre en droit pénal une forme de test de discrimination de nature "générale et statistique", qui permet par exemple d'adresser une série de demandes fictives, comme des demandes d'emploi ne différant que sur des éléments susceptibles de donner lieu à des discriminations prohibées, tels que l'origine, le sexe ou le handicap, afin de constater, notamment au plan statistique, le rejet de certaines demandes<sup>37</sup>. Parce qu'il traite des éléments constitutifs du délit, cet article ne permet pas qu'une condamnation soit prononcée à la suite d'une opération au cours de laquelle la ou les personnes qui se sont vues opposer un refus auraient menti sur leur identité ou leur qualité, ou seraient purement fictives (par exemple si est adressé un faux CV, concernant une personne imaginaire et/ou avec un cursus et des diplômes inexacts). Dans de tels cas en effet, il n'y a pas de délit, puisque le refus a été opposé à une personne qui n'existe pas, ou qui n'est pas vraiment victime.<sup>38</sup> »

La circulaire se poursuit ainsi :

« Le texte n'autorise dès lors pas que, dans une finalité répressive, soient adressées des demandes fictives ou inexacts qui permettraient de condamner des personnes alors que celles-ci n'auraient en réalité discriminé aucune victime individuellement identifiée. En revanche, il n'interdit pas de recourir à des demandes fictives ou inexacts pour démontrer, par comparaison, le caractère discriminatoire d'un comportement. »

Cette circulaire préconise également que les constats soient effectués par des autorités dotées du pouvoir de constater, à savoir huissiers de justice, officiers de police judiciaire ou agents de la Halde lorsqu'ils seront assermentés. On sait en effet que les articles 2 alinéa 7 et 8<sup>39</sup>

34. Cass. Crim., 11 juin 2002 : Bull. Crim. n° 131 ; L. Collet-Askri, « Testing or not testing, à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 11 juin 2002 ? », D. 2003, chr. p. 1309.

35. Sur cette question, cf. notamment Méline Douchy-Oudot, « La loyauté procédurale en matière civile », Gaz. Pal. 17 novembre 2009 n° 321, p. 3.

36. CRIM 2006-16 E8/26-06-2006 - NOR : JUSD630082C.

37. Ainsi que le précise notamment l'avis n° 214 (2005-2006) de la Commission des lois du Sénat en date du 22 février 2006.

38. Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation en juin 2002, des personnes avait effectivement fait l'objet d'un refus, dont le caractère discriminatoire pouvait être prouvé par comparaison avec la situation faite aux deux autres groupes « test » qui s'étaient présentés devant les discothèques, et qui avaient pu y pénétrer.

39. « La Haute autorité peut, après avis adressé aux personnes intéressées et avec leur accord, charger un ou plusieurs de ses membres ou de ses agents de procéder à des vérifications sur

de la n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 permettent à la Halde, au travers d'agents assermentés et habilités par le Procureur de la République, de constater par elle-même des faits discriminatoires.

En tout état de cause, le *testing* ne devrait être qu'un élément, parmi d'autres, d'appréciation du dossier, sauf à considérer que la constatation des discriminations puisse se satisfaire de preuves collectées de manière massives, on n'ose dire « industriellement ». On relèvera que la cour d'appel de Douai<sup>40</sup> a pu juger, s'agissant d'une mesure de *testing* relative au filtrage des entrées dans une boîte de nuit que « le doute, si léger fût-il, doit profiter au prévenu ».

De même, en cas de recours à des enquêtes menées par des officiers de police judiciaire ou bien encore par des agents assermentés de la Halde, s'appliquera la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation relative aux provocations. Ainsi, par une décision du 28 octobre 1991<sup>41</sup>, a été rejeté un pourvoi formé par les douanes à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avaient déclaré irrecevable la preuve issue de documents bancaires dérobés en Suisse par deux employés de banque ayant agi sur instructions des douaniers. Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt du 9 août 2006<sup>42</sup> dans lequel un policier avait provoqué une mise en scène destinée à « *appâter* » deux mineurs afin que ceux-ci commettent un vol à la roulotte.

À cette occasion, la Chambre criminelle décide que la provocation à la commission d'une infraction emporte la nullité de la procédure, non seulement à l'égard de l'auteur objet direct de la provocation, mais également à l'égard du ou des coauteurs.

En ce qui concerne la notion de provocation, la jurisprudence évalue son existence au terme d'une analyse casuistique qui ne permet pas de se faire une opinion d'ensemble. La doctrine, en revanche, estime qu'il y aura provocation dès lors qu'il y aura incitation directe à la commission de l'infraction, soient que les manœuvres aient suscité l'intention délictueuse, soit encore, qu'elles n'aient fait que renforcer une intention d'ores et déjà présente chez l'auteur de l'infraction<sup>43</sup>. On ne voit pas ce qui permettrait d'exclure de cette jurisprudence les *testing* menées pour le compte de la Halde, que ce soit par les autorités de police ou des agents assermentés.

La ligne de partage des eaux semble donc résider dans l'origine des provocations. Si un délit est commis suite à une provocation d'origine policière ou assimilable, la

jurisprudence de la Chambre criminelle paraît rigoureuse. Si en revanche la provocation est issue d'une personne privée, elle est alors abordée avec davantage de compréhension pour peu que les éléments de ladite provocation puissent être ensuite débattus à l'occasion d'un procès équitable<sup>44</sup>, la Cour de cassation rejoignant en cela la position adoptée par la CEDH dans son arrêt du 6 décembre 1988<sup>45</sup>.

En tout état de cause, on voit mal qu'un *testing* puisse, à lui seul, constituer une solution miracle en matière de lutte contre les discriminations dans la mesure où un constat ponctuel ne peut rendre suffisamment compte de situations qui perdurent dans le temps (par exemple, moindre progression professionnelle d'un syndicaliste pour n'évoquer que le monde du travail) et dont les causes sont complexes.

## VERS UNE GÉNÉRALISATION D'UNE « PRÉSUMPTION SIMPLE DE CULPABILITÉ CIVILE » ?

L'article 4 de la loi du 27 mai 2008 énonce :

« Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le présent article ne s'applique pas devant les juridictions pénales. »

En matière de discriminations, le droit français du travail prévoit déjà un tel aménagement de la charge de la preuve. L'article L. 1134-1 du Code du travail dispose :

« Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ». Il appartient alors à la partie défenderesse « de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. »

Une rédaction identique avait été adoptée par la loi du n° 2002-73 du 17 janvier 2002 à propos du harcèlement moral. Ceci avait suscité, de la part du Conseil constitutionnel, une réserve d'interprétation, au motif que le demandeur ne pouvait être dispensé « d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'[il] présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décision prise à son égard... procéderait d'un harcèlement moral ou sexuel au travail ». Le Conseil constitutionnel<sup>46</sup> s'était prononcé, s'agissant d'une disposition pénale et au regard de la présomption d'innocence, laquelle n'existe pas en matière civile.

En l'espèce, il suffira à la personne invoquant une discrimination de présenter « des faits qui permettent d'en présumer l'existence », pour que la partie adverse soit alors tenue de

place, dans les locaux administratifs, ainsi que dans les lieux, locaux, moyens de transport accessibles au public et dans les locaux professionnels, à condition que ces derniers soient exclusivement consacrés à cet usage ».

40. CA Douai 24 mars 2004, inédit cité in colloque « Les Nouveaux pouvoirs de la Halde et l'exercice des droits de la défense » (<http://archives.cnb.avocat.fr/PDF/colloques/halde2006-10-12.pdf>).

41. Cass. Crim., 28 octobre 1991 : Bull. Crim., n° 381 ; JCP, 1991.II.21704, note J. Pannier.

42. Cass. Crim. 9 août 2006, n° 06-83.212 ; AJ Pénal, 2006, 510, obs. Saas ; Gaz. Pal. 28 au 28 mars 2007, p. 13. Idem, Cass Crim 11 mai 2006, AJ. Pénal 2006, 354 obs. Verges.

43. Sur ce point, cf. Kuty, « Justice pénale et procès équitable. Notions générales. Garantie d'une bonne administration de la justice », *op. cit.* n° 848. On notera qu'un arrêt du 8 juin 2005, (Cass. Crim. Gaz. Pal. 14 janvier 2006, p. 15) a estimé qu'il n'y avait pas provocation policière dès lors que le stratagème n'a pas déterminé la commission de l'infraction.

44. Cass Crim 19 janvier 1999, D. 1999, IR. 84.

45. CEDH, 6 décembre 1988, Barbara, Massegue et Jabardo c/ Espagne, série A, n° 146.

46. Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002.

rapporter la preuve du caractère non directement ou indirectement discriminatoire de la pratique contestée.

Ce régime particulier d'administration de la preuve met en relief le caractère tout à fait particulier du harcèlement évoqué par la loi n° 2008-496. Si la présomption d'innocence applicable devant les juridictions pénales exclut définitivement une telle gestion de la preuve, la question est moins évidente devant les juridictions civiles. On peut redouter que le texte introduise, en pratique, une présomption simple de discrimination.

Dans un arrêt de la CJCE *Bilka-Kaufhaus et autres*<sup>47</sup> est évoquée la nécessité d'une justification objective du comportement argué de discrimination, au travers de motifs autres que la discrimination, dès lors que ledit comportement répond à un besoin réel de la part de l'employeur et qu'il est appropriée et nécessaire à la satisfaction d'un objectif légitime.

On soulignera le caractère particulièrement déséquilibré la loi de 2008, caractère qui ne pourra qu'être renforcé par l'intervention éventuelle de la Halde. En effet, cette dernière pourra, au travers des mesures de *testing*, faciliter considérablement la tâche du plaignant, lequel doit uniquement présenter des faits permettant de présumer la discrimination.

## LA HALDE DANS LA PROCÉDURE DEVANT LES JURIDICTIONS

### Ce que l'on sait...

L'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 énonce : « Les juridictions civiles, pénales ou administratives peuvent [...] inviter la Haute autorité ou son représentant à présenter ses observations. Dans les mêmes conditions, les juridictions pénales peuvent, à la demande de la Haute autorité, l'inviter à présenter des observations, y compris à les développer oralement au cours de l'audience ». Par la suite, l'article 42 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 a ajouté à cet article 13 de la loi n° 2004-1486 : « La Haute autorité peut elle-même demander à être entendue par ces juridictions ; dans ce cas, cette audition est de droit ».

Ce texte démontre, à l'évidence, le rôle de magistrature d'influence que la Halde est appelée à jouer, dès lors qu'elle aura les moyens d'orienter la religion du juge en la matière, façonnant ainsi indirectement son propre périmètre d'intervention.

On notera que la Chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>48</sup> a jugé que cet article 13 pouvait recevoir application, y compris s'agissant de faits antérieurs à l'entrée en vigueur de ce texte, aux motifs que ce dernier « ne contient que des dispositions de procédure fixant les modalités des poursuites et immédiatement applicables, au sens de l'article 112-2 du Code pénal, aux infractions commises antérieurement à son entrée en vigueur ».

47. CJCE 13 mai 1986 affaire 170/84 *Bilka-Kaufhaus*, Recueil 1986, p. 1697. Cf. également CJCE du 26 juin 2001 affaire C-381/99 *Susanna Brunnhofer c/ Bank der österreichischen Postsparkasse AG*.

48. Cass. Crim. 24 janvier 2007, pourvoi n° 06-88080.

Le régime de cette intervention n'est prévu par aucun texte. Seule la circulaire de la Direction des affaires criminelles du 3 octobre 2005<sup>49</sup> énonce :

« La Haute autorité doit être représentée à l'audience par un agent muni d'un pouvoir spécial. La faculté donnée à la Haute autorité de présenter des observations devant les juridictions ne lui confère pas la qualité de partie à l'instance. Les observations émises par la Haute autorité devront, en tout état de cause, être soumises à la discussion des parties. »

Cette circulaire criminelle indique également que les invitations « devront être formalisées par écrit dans la mesure du possible ». On déduit de ceci que, seule l'invitation peut éventuellement se dispenser d'un écrit, en revanche il ne peut y avoir de « consultation occulte » de la Halde, consultation qui serait absolument contraire au principe du contradictoire. Cette même circulaire précise que les observations de la Halde présentées devant les juridictions pénales « ne constituent ni un témoignage, ni une expertise et n'ont la valeur probante que de simples renseignements ».

On notera qu'une seconde circulaire du 26 juin 2006<sup>50</sup> prévoit, s'agissant de l'application de l'article 13 de la loi de 2004, que lorsque des poursuites auront été engagées par la Halde elle-même, à la suite de l'échec d'une transaction, le représentant de la haute autorité est alors « entendu comme partie poursuivante, après la partie civile s'il y a lieu, et avant le procureur de la République, sans qu'il soit nécessaire qu'il prête serment »<sup>51</sup>.

S'agissant de l'éventuelle rupture dans l'équilibre de la procédure, la Cour de cassation, dans une décision du 2 juin 2010<sup>52</sup>, a jugé que la faculté offerte à la Halde par l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 lui permettant de présenter des observations portées à la connaissance des parties, ne méconnaît pas « les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement à ces observations et que le juge apprécie la valeur probante des pièces qui lui sont fournies et qui ont été soumises au débat contradictoire ». Ce faisant, il n'y a là aucune contrariété aux principes d'égalité des armes et du procès équitable posés par l'article 6 de la CEDH.

Cette décision de la Cour de cassation soulève toutefois un certain nombre de questions relatives aux circonstances de l'espèce dont avaient à connaître les hauts magistrats. En effet, la Cour de cassation balaye un certain nombre d'arguments au motif que « la procédure applicable devant les juridictions statuant en matière prud'homale étant orale, les pièces sont présumées, sauf preuve contraire, non rapportée en l'espèce, avoir été communiquées et débattues contradictoirement ».

Les auteurs du pourvoi soulignaient notamment que la Halde en ce qu'elle est chargée, en application de l'article 5 de la loi du 30 décembre 2004, de « recueillir toute

49. Circulaire portant sur les relations entre la Halde et l'autorité judiciaire, CRIM 2005-22 CAB/03-10-2005 NOR : JUSD0530132C.

50. Circulaire relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances relatives à la lutte contre les discriminations et du décret n° 2006-641 du 1er juin 2006 relatif aux transactions proposées par la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité - CRIM 2006-16 E8/26-06-2006 NOR : JUSD630082C.

51. En ce qui concerne la prestation de serment, on se reportera ci-après à nos commentaires relatifs à la notion de témoin.

52. Cass. Soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628.

information sur les faits portés à sa connaissance », constitue ainsi une « instance d'instruction » au sens de la directive 2000/43/CE (considérants 15 et 22, article 5.5). À cet égard, l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme exigeait que cette « instance » respecte les principes d'impartialité et d'équité, notamment en ce qui concerne la communication des diverses pièces. Si les spécificités liées à l'oralité de la procédure prud'homale pouvaient éventuellement couvrir un certain nombre de manquements, qu'en aurait-il été dans un autre contexte ? Notons, qu'en l'espèce, la preuve d'une mauvaise communication des pièces n'était pas rapportée, ce qui paraît bien juste pour conclure à l'innocuité des interventions de la Halde dans le déroulement d'une instance.

Enfin, on soulignera que la Halde ne peut déclencher l'action publique que dans la seule hypothèse d'un refus ou d'inexécution d'une transaction acceptée et homologuée par le procureur de la République (article 11-3 alinéa 3 de la loi de 2004).

En revanche, si l'action publique a été déclenchée par le parquet ou la victime, et si la Halde est saisie de faits donnant lieu à enquête pénale ou pour lesquels une information judiciaire est ouverte ou des poursuites judiciaires sont en cours, la Halde doit recueillir l'accord préalable des juridictions pénales saisies ou du parquet pour la mise en œuvre des prérogatives qu'elle détient en application des articles 5 à 9 de la loi de 2004<sup>53</sup>.

### ...et ce que l'on ignore

Deux questions principales se posent. Quelle est la nature de la faculté offerte à la Halde d'être entendue en justice et quelles sont les conséquences de cette faculté sur l'équilibre de la procédure ?

### Qualification juridique de l'audition de la Halde

En ce qui concerne la nature de la faculté offerte par l'article 13 de la loi de décembre 2004, on peut hésiter entre les notions d'intervention forcée, de témoin et d'*amicus curiae*.

Outre les hésitations relatives à ces diverses définitions, s'ajoute la difficulté relative au fait qu'il convient de distinguer les interventions de la Halde selon qu'elles se déroulent devant les juridictions civiles ou répressives.

### La notion d'intervention

La lettre même de la circulaire pénale d'octobre 2005 ne permet pas de recourir à la notion de d'« intervention volontaire » afin de qualifier l'intervention de la Halde permise au titre de l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004. En effet, l'intervention prévue par l'article 66 du nouveau Code de procédure civile<sup>54</sup>, a pour effet de faire de l'intervenant une partie au procès, soit au titre d'une demande

accessoire à celles présentées par une partie originaire au procès, soit au titre d'une prétention propre au tiers intervenant<sup>55</sup>.

Au cas d'espèce, la Halde ne pourrait interférer dans la procédure qu'au titre d'une intervention accessoire en sa qualité de « témoin » ou de « sachant », puisqu'aussi bien l'on voit mal comment elle pourrait présenter des observations relatives à la préservation de droits qui seraient distincts de ceux de la victime des actes argués de discrimination.

L'intervention de la Halde en tant que partie au procès conduirait à un déséquilibre certain de la procédure. On relèvera à cet égard une décision de la cour d'appel de Nîmes du 25 avril 2007<sup>56</sup> qui, sous le visa de l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, a jugé : « Les dispositions dudit article 6 font obstacle à ce que la Halde puisse, à l'égard des mêmes personnes physiques ou morales et s'agissant des mêmes faits, exercer tout à la fois les pouvoirs de recommandation et la faculté de demander son audition en justice, ce qui est le cas en l'espèce ». Étaient notamment visés les principes de l'égalité des armes et du contradictoire.

La Cour de cassation<sup>57</sup> a pris position quant à la qualification de l'audition de la Halde prévue par l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004. Les Hauts magistrats ont estimé que si les juridictions peuvent, lorsqu'elles sont saisies de faits relatifs à des discriminations, d'office ou à la demande des parties, inviter la Halde à présenter des observations et que la Halde peut elle-même demander à être entendue par les juridictions civiles ce qui est, dans ce cas, de droit, ce n'est pas au titre d'une intervention. En effet, au regard notamment des articles 31, 66 et 330 du Code de procédure civile, la Cour de cassation estime que la Halde « n'a pas le statut de partie » et, par suite, la cour d'appel ne pouvait, sans violer les textes, déclarer son intervention recevable. Elle devait se contenter « d'entendre la Halde ».

On doit toutefois pondérer ces remarques en matière pénale, domaine dans lequel la Halde peut avoir le statut de partie poursuivante suite à l'échec d'une transaction (cf. *supra* la circulaire criminelle du 26 juin 2006).

Si la faculté offerte à la Halde de présenter ses observations n'est pas une intervention forcée, la question est celle de la qualification juridique de ladite faculté.

### Les notions de témoin et d'*amicus curiae*

■ **Devant le juge pénal.** Peut-on recourir à la notion de témoin dès lors que si la Halde demande à être entendue, cette audition est de droit, sans que le juge ait, semble-t-il, la moindre faculté d'appréciation quant à l'opportunité de procéder à pareille audition ?

La lecture conjointe des articles 11-1 à 11-3, 12 et 13 de la loi du 31 mars 2006 permet de distinguer deux situations distinctes. La première est celle dans laquelle la Halde possède le pouvoir de déclencher l'action publique

53. Droit d'investigation, de dresser des procès-verbaux de transaction de saisir le juge des référés d'une demande motivée aux fins d'ordonner toutes mesures d'instruction que ce dernier juge utile.

54. « Constitue une intervention la demande dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires. Lorsque la demande émane du tiers, l'intervention est volontaire ; l'intervention est forcée lorsque le tiers est mis en cause par une partie ».

55. Article 329 du NCP.

56. CA Nîmes, ch. soc., 25 avril 2007, Bruno Grégoire c/ EDF-GDF, n° 06/03 376.

57. Cass. Soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628.

devant les juridictions pénales (article 11-3 alinéa 3), la seconde est celle dans laquelle la Halde doit être entendue par les juridictions civiles et pénales dès lors qu'elle en fait la demande (article 13).

La faculté pour la Halde de déclencher l'action pénale est limitée au cas d'un refus de la proposition de transaction ou bien encore, d'une inexécution de la transaction acceptée et homologuée par le ministère public. Dans ce cas, la Halde, partie poursuivante, ne peut être entendue comme témoin et ne peut donc être assujettie à une prestation de serment<sup>58</sup>.

En revanche, lorsque la Halde n'aura pas été à l'initiative des poursuites, elle ne fait qu'être entendue et elle ne peut alors être déchargée de l'obligation de prêter serment puisqu'on voit mal à quel autre titre que celui de témoin<sup>59</sup> elle intervient à l'instance. Cette analyse n'est toutefois pas celle de la circulaire du 3 octobre 2005<sup>60</sup> portant sur les relations entre la Halde et l'autorité judiciaire.

Cette circulaire énonce en effet que « la faculté donnée à la Haute autorité de présenter des observations devant les juridictions ne lui confère pas la qualité de partie à l'instance... Ces observations ne constituent ni un témoignage, ni une expertise et n'ont la valeur probante que de simples renseignements ».

La question qui se pose est de savoir sur quoi repose une telle pétition de principe ? Deux arguments militent fortement en faveur de la qualification de témoin. Le premier est relatif à l'équilibre de la procédure, selon une doctrine autorisée<sup>61</sup> : « On ne peut entendre sans serment et à titre de simples renseignements des agents de l'administration ; ce serait une manifestation du pouvoir discrétionnaire, lequel est réservé au président de la Cour d'assises ».

Le second argument repose sur jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>62</sup> laquelle, dans un arrêt du 3 mai 1990, a jugé, s'agissant de la loi du 1<sup>er</sup> août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services, que les agents de la Direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) ne tenaient d'aucun texte la possibilité d'intervenir comme partie à l'instance, en sorte que les dispositions de l'article 446 du Code de procédure pénale, qui prévoient que les témoins entendus à l'audience doivent, avant de commencer leur déposition, prêter le serment de « dire toute la vérité, rien que la vérité », s'appliquent aux agents des administrations.

La position de la Halde sur sujet a été exposée dans les termes suivants<sup>63</sup> :

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

Aujourd'hui, notre ligne de conduite est la suivante. Une fois le constat fait par l'agent assermenté, le dossier est communiqué au Parquet sur le fondement de l'article 12 de la première loi Halde. Le Parquet poursuivra l'enquête et décidera ou non d'audier. L'agent de la Halde pourra alors être entendu comme témoin. Dans ce cas, la Halde ne présentera pas d'observation. Si en revanche, la procédure suit son cours en interne et si la Halde décide de présenter des observations, ce sera sans doute dans l'hypothèse où l'agent assermenté ne sera pas intervenu et où la preuve aura été apportée par des voies différentes. »

■ **Devant le juge civil.** L'article 205 du Code de procédure civile prévoient que « chacun peut être entendu comme témoin », l'article 208 du même code prévoyant que cette audition se déroule en présence des parties ou celles-ci appelées. Rien n'interdit donc d'entendre la Halde en qualité de témoin. Une fois encore, la situation est complexe.

Si la Halde, entendue par le juge civil, l'est en tant qu'*amicus curiae*<sup>64</sup>, on notera que cette notion ne fait l'objet d'aucune disposition légale ou réglementaire si ce n'est une référence très indirecte sous les articles 27 alinéas 2<sup>65</sup> et 181<sup>66</sup> du Code de procédure civile. En jurisprudence, il a été jugé que l'*amicus curiae*, n'est ni un témoin ni un expert et que sa seule fonction est de fournir « en présence de toutes les parties intéressées, toutes les observations propres à éclairer les juges dans leur recherche d'une solution au litige »<sup>67</sup>.

Pour autant, à la lecture de ces deux dispositions, le statut d'*amicus curiae* trouve difficilement à s'appliquer à la Halde sauf peut-être dans la mesure où elle n'aurait pas déjà été en mesure de donner son appréciation sur

58. Par analogie, Cass. Soc. 7 avril 1993 pourvoi n° 92-82 343 : « Les fonctionnaires qualifiés par la voie réglementaire pour exercer, conjointement avec le ministère public, toutes les poursuites et actions en réparation des infractions aux dispositions du titre II du Livre III – devenu le titre III du Livre II – du Code rural, et des textes pris pour son application, à l'exception des infractions à l'interdiction de pêcher sans la permission du détenteur du droit de pêche, ont le droit d'exposer l'affaire devant la juridiction appelée à en connaître et d'y être entendus à l'appui de leurs conclusions ; que ce droit s'oppose à ce qu'ils soient entendus comme témoins, serment préalablement prêté par application des dispositions de l'article 446 du Code de procédure pénale ».

59. Les articles 444 alinéa 1 et 331 alinéa 5 du Code de procédure pénale, relatifs aux témoins devant la juridiction correctionnelle et la cour d'assises, prévoient que les témoins déposent soit sur les faits reprochés, la personnalité et la moralité du prévenu ou de l'accusé.

60. Circulaire portant sur les relations entre la Halde et l'autorité judiciaire CRIM 2005-22 CAB/03-10-2005 NOR : JUSD0530132C.

61. B. Bouloc, « Précis de procédure pénale », 20<sup>e</sup> édition, paragraphe 852, p. 812.

62. Cass. Crim. 3 mai 1990, pourvoi n° 89-83 163.

63. L. Ferrand, actes du colloque Halde-CNB, 15 novembre 2007, « Discrimination : nouveaux risques et enjeux », p. 45.

64. G. Cornu : « Vocabulaire Juridique », association Henri-Capitan : « *Amicus curiae* : expression latine signifiant littéralement "ami de la cour", empruntée au droit anglais pour désigner la qualité de consultant extraordinaire et d'informateur bénévole en laquelle la juridiction saisie invite une personnalité à venir à l'audience afin de fournir, en présence de tous les intéressés, toutes les observations propres à éclairer le juge, l'opinion de l'*amicus curiae* ne liant pas le juge à l'instar de l'avis de l'expert ou du consultant ne pouvant, à la différence de cet avis, porter sur des questions de droit... parfois nommé au Canada "intervenant bénévole" ou "désintéressé" ou encore "allié du Tribunal" ». Y. Laurin, « L'*amicus curiae* », JCP éd. G. 3603, p. 345.

65. Le juge « a la faculté d'entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision ».

66. « Le juge peut, au cours des opérations de vérification, à l'audience ou en tout autre lieu, se faire assister d'un technicien, entendre les parties elles-mêmes et toute personne dont l'audition paraît utile à la manifestation de la vérité ».

67. CA Paris, 21 juin et 6 juillet 1988 : Gaz. Pal. 1988, 2, p. 699 et 700 ; D. 1989, p. 341, note Y. Laurin.

les faits. On voit mal quelle serait l'utilité de recourir à la Halde en tant que « sachant » si cette dernière a, d'ores et déjà, non seulement pu donner son avis sur la qualification des faits, mais également pris une part active, si ce n'est prépondérante, dans la collecte des éléments de preuve soumis aux juges. Il y aurait là un cumul d'interventions dont on voit mal l'utilité.

En tout état de cause, ceci ne règle en rien la question relative au statut très particulier de la Halde intervenant comme témoin, particularité d'autant plus importante que cette intervention se fera à sa demande, sous le visa de l'article 13 de la loi de 2004.

Est-il opportun d'aller chercher dans les codes de procédure, civile ou pénale, ce que, en tout état de cause, on ne saurait y trouver, tant il est vrai que le statut procédural de la Halde est un objet juridique non identifié<sup>68</sup>.

Un auteur<sup>69</sup> résume le poids de la Halde dans une procédure, poids qui est loin d'être celui d'un témoin quelconque :

« En effet, en pratique, la saisine de la Halde antérieurement à toute procédure pénale semble fréquente, en sorte que la Halde, invitée à présenter des observations devant la juridiction pénale saisie, sera dès lors dans la situation d'une administration devant livrer un témoignage sur des faits qui ont été portés directement à sa connaissance et sur lesquels elle aura certainement exercé ses pouvoirs d'investigation et ce, d'autant que le premier réflexe d'un juge d'instruction consistera en pratique à auditionner la Halde comme n'importe quel témoin soucieux de narrer des faits portés à sa connaissance. »

■ **Risques induits par l'audition de la Halde devant les juridictions.** Nonobstant la décision redue par la Cour de cassation le 2 juin 2010<sup>70</sup>, on ne peut s'empêcher de s'interroger au sujet du déséquilibre induit par l'audition de la Halde, que ce soit à son initiative ou bien encore, à celle du juge. En effet, la question ne nous semble pas être de savoir si déséquilibre il y a, mais bien plutôt quelle en est la profondeur, s'agissant d'affaires dans lesquelles la Halde sera intervenue au titre des prérogatives qui sont les siennes, à savoir porter assistance à une partie au procès, notamment en apportant des moyens de preuve.

Qu'il nous soit autorisé de ne pas partager la vision lénifiante de la Halde sur cette question. Pour celle-ci, elle ne serait tout au plus qu'un modérateur permettant d'aboutir à une solution la plus conforme aux intérêts des parties<sup>71</sup>.

On notera qu'il a été jugé que l'exercice par la Halde des prérogatives qui lui sont dévolues par l'article 13 de la loi de 2004 n'est pas constitutive d'une décision susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir<sup>72</sup> :

« Considérant, d'autre part, que le simple rappel par la haute autorité de la possibilité ouverte aux parties par l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 de demander aux juridictions civiles, pénales ou administratives, lorsqu'elles sont saisies de faits relatifs à des discriminations, de l'inviter à présenter des observations ne saurait être regardé comme présentant le caractère d'une décision faisant grief. »

Pour autant faut-il déduire de cette jurisprudence une totale innocuité procédurale de l'audition de la Halde ? On ne peut que redouter la « magistrature d'influence » de cette dernière, crainte qui sera d'autant plus grande que la Halde interviendra en tant que partie poursuivante lors d'une instance pénale.

Dans de telles conditions, peut-on réellement penser que l'intervention de la Halde n'est pas de nature à « faire grief » c'est-à-dire de nature à produire des effets juridiques au détriment de la personne suspectée de discrimination ?

Qu'on le veuille ou non, la participation de la Halde sera, en tout état de cause, fortement « connotée » l'article 7 de la loi du 30 décembre 2004 énonçant clairement le fait que cette dernière « assiste la victime dans la constitution de son dossier ». On conçoit dès lors difficilement que son intervention puisse s'écarter de manière radicale de cette finalité et que, par voie de conséquence, elle ne soit pas de nature à entraîner une inégalité de traitement entre les parties à l'instance.

En matière pénale se pose la question de l'égalité des armes qui figure dans le premier article préliminaire du Code de procédure pénale qui fixe les principes qui doivent « éclairer » l'ensemble des règles que contient ce Code : « La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ».

On notera que les actes d'enquête conduits par la Halde, sous le visa des articles 6, 8 et 9 de la loi du 30 décembre 2004, constituent des prérogatives de nature juridictionnelle, qualification dont il faut tenir compte dans l'appréciation de son intervention dans la procédure.

Par ailleurs, l'intervention de la Halde est-elle compatible avec le principe selon lequel l'instance est la chose des parties ainsi qu'en témoignent notamment les articles 2, 15 et 132 du Code de procédure civile ? Or, en matière de discrimination, la Halde qui n'est pas partie à l'instance, se taille la part du lion.

Face à une telle situation, on peut se demander si le Défenseur des droits<sup>73</sup> aura une attitude différente, sachant toutefois que le projet de texte est rédigé dans des termes tout à fait proches des lois de 2004 et 2006 relatives à la Halde. Ce Défenseur, qui a pour mission de veiller « au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics,

68. Un auteur évoque le « statut procédural sui generis de la Halde » : P. Henriot, « La Halde dans le débat judiciaire : une « intervention » qui suscite bien des questions », *Petites Affiches*, 9 juillet 2008, n° 137, p. 10.

69. V. Nioré : « La Halde : ni partie ni témoin La recherche de son statut dans le procès pénal », *Gaz. Pal.* 29 septembre 2007 n° 272, p. 2.

70. *Cass. Soc.*, 2 juin 2010, n° 08-40.628.

71. En ce sens, actes du colloque Halde-CNB du 15 novembre 2007, L. Ferrand, « Discrimination : nouveaux risques et enjeux », p. 43 : « Quand la Halde intervient devant une juridiction, elle ne le fait pas au soutien du salarié. La Halde n'intervient pas seulement d'office devant les juridictions. Elle peut intervenir à la demande des parties ainsi qu'à la demande du juge en tout état de la procédure. »  
« En outre, il lui arrive plus souvent de donner raison au défendeur qu'au demandeur. Dans 90 ou 95 % des dossiers, la Halde constate l'absence de discrimination. »

72. Conseil d'État 13 juillet 2007 « éd. Tissot », décision n° 294165. Idem Conseil d'État 13 juillet 2007 « Riviera » n° 295761.

73. Article 71-1 de la Constitution de 1958 issu de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences »<sup>74</sup> remplacerait, non seulement la Halde, mais également la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS), le Défenseur des enfants et le médiateur de la République.

Une proposition de loi organique, actuellement débattue, devrait apporter plus de clarté sur les prérogatives de ce Défenseur à l'égard des autorités administratives indépendantes (AAI). Cette loi doit notamment prévoir « les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa. Il peut se saisir d'office ».

Devant le Sénat, la Garde des Sceaux<sup>75</sup> a ainsi déclaré que dans l'esprit du gouvernement, « la création du Défenseur des droits des citoyens est le prélude à une réflexion plus générale sur l'ensemble des autorités administratives indépendantes chargées de protéger les droits des citoyens ». Par-delà les questions d'équilibres procéduraux, les prérogatives de ce Défenseur sont vues comme une possible solution à la multiplication des AAI dont les coûts de fonctionnement sont l'objet de critiques nombreuses.

Enfin, se pose la question de l'application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009<sup>76</sup> instaurant la question prioritaire de constitutionnalité. Ce texte précise les conditions d'application de l'article 61-1 de la Constitution qui ouvre aux citoyens le droit de contester, à l'occasion des procès intentés devant les juridictions administratives et judiciaires ou celles régies par le Code des juridictions financières, la constitutionnalité d'une disposition législative portant atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Sous le visa de l'article 61-1 de la Constitution et de la loi organique du 10 décembre 2009, toute personne pourra désormais, à l'occasion d'une instance, invoquer la contrariété d'une disposition législative avec la Constitution. Cette question pourra être soulevée devant toutes les juridictions, à toute étape de la procédure. Elle sera renvoyée au Conseil d'État et à la Cour de cassation qui s'assureront que les critères de renvoi sont bien réunis. Ces cours suprêmes transmettront alors la question au Conseil constitutionnel, seul juge de la constitutionnalité de la disposition législative, qui pourra, le cas échéant, abroger celle-ci.

74. D. 2008. Act. lég. 1976, obs. Royer.

75. Rachida Dati, JO Sénat 25 juin 2008, compte rendu intégral de la séance du 24 juin 2008, p. 3394, 2<sup>e</sup> col.

76. Loi complétée par le décret n° 2010-148 précisant les règles de procédure gouvernant la question de constitutionnalité applicables aux juridictions régies par les codes de justice administrative, de procédure pénale et de procédure civile et le décret n° 2010-149 relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel.

La procédure observée par la Halde (demain par le Défenseur des droits), ne serait-elle pas justiciable d'une telle procédure ?

## ■ UN ÉQUILIBRE À INSTAURER

Si la lutte contre la discrimination est un impératif catégorique, la question majeure qui reste posée, malgré les nombreux textes adoptés, est celle de la définition de ce qu'est une discrimination et de l'équilibre à instaurer en la matière.

La loi 2008-496 du 27 mai 2008 s'est bornée à répondre aux griefs, pas nécessairement fondés, de la Commission européenne sans toutefois s'attarder sur la précarité juridique induite. Par-delà cette insécurité, cette loi soulève une difficulté de fond relative au périmètre des discriminations. Loin de défendre un traitement identique des personnes se trouvant dans des situations identiques, elle ne fait que prôner la prise en considération des différences, au risque de susciter une atomisation de la société, conséquence d'un repli identitaire.

En définitive, la question n'est peut-être pas celle de la définition des discriminations, mais bien plutôt celle de la nature de l'égalité que l'on souhaite promouvoir et, au-delà celle de la société que l'on souhaite façonner<sup>77</sup> ? Dans son ouvrage « La démocratie providentielle - essai sur l'égalité contemporaine »<sup>78</sup>, Dominique Schnapper dénonce la propension de nos politiques à vouloir répondre au besoin d'accroissement du bien-être individuel au travers d'une « démocratie providentielle » substituant, au souci transcendant du « nous » incarné dans la Nation, la préoccupation individualiste du « je ». À terme, qu'importeront les talents et compétences en présence d'une politique aveugle du quota égalitariste ?

Il appartient à la Halde, ou au Défenseur des droits, d'être le censeur de ces dérives, il en va de la légitimité de la lutte contre les discriminations, il en va aussi, sans doute, de l'équilibre de notre société. ■

77. Sur cette question, cf. les remarques de la sénatrice Muguette Dini dans son rapport au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

78. Dominique Schnapper, NRF Essais, Gallimard.