

**« TU NE DISCRIMINERAS PAS... »,
L'APPORT DU DROIT COMMUNAUTAIRE AU DROIT INTERNE**

Edouard DUBOUT *

ATER en droit public à l'Université de Rouen

« Il semble bien que soit injuste tant celui qui s'écarte de la loi, que celui qui cherche à avoir plus et s'écarte de l'égalité [...]. Le droit consiste donc dans le légal et dans l'égal ».

Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, 2.

Comme le prédisait de manière étonnement actuelle Tocqueville, « les nations aujourd'hui ne sauraient faire que dans leur sein les conditions ne soient pas égales »¹. Renforcer l'égalité et contribuer ainsi à promouvoir une certaine conception de la justice, tel semble être désormais un des objectifs de la construction communautaire. Le traité d'Amsterdam a en effet introduit dans le système communautaire un article 13 du traité instituant les Communautés européennes (CE) qui autorise le Conseil de l'Union à légiférer « [...] en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle »².

* L'auteur tient à remercier tout particulièrement Sarah Pellet pour sa contribution à la préparation de cette étude.

¹ Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, extraits reproduits in Jean-Michel BESNIER, *Tocqueville et la démocratie*, Paris, Hatier, 1995, p. 155.

² Le texte intégral de l'article 13 CE se lit ainsi (le paragraphe 2 a été introduit par le traité de Nice du 26 février 2001) :

«1. Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites que celui confère à la communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Par dérogation au précédent paragraphe, lorsque le Conseil adopte des mesures d'encouragement, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres, pour appuyer les actions des Etats membres prises en vue de contribuer à la réalisation des objectifs visés au présent article, il statue conformément à la procédure visée à l'article 251 ».

Souvent qualifiée de « clause générale de non-discrimination »³, l'article 13 CE est avant tout une simple base juridique, qui ne vaut pas, *per se*, interdiction des discriminations dans l'ordre juridique communautaire, et *a fortiori* dans l'ordre juridique interne⁴. Malgré une parenté certaine avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), l'article 13 CE se distingue donc nettement de son homologue conventionnel sur ce point. La doctrine a également pu faire remarquer que la liste des motifs de l'article 13 CE, bien que limitative, vise expressément certains motifs de discrimination qui ne figurent pas dans les clauses « traditionnelles » de non-discrimination en droit international des droits de l'homme⁵ : le handicap, l'âge, et l'orientation sexuelle⁶. De plus, la compétence communautaire de lutte contre les discriminations, à l'image de l'article 1 du Protocole n° 12 à la CEDH et de l'article 26 du Pacte international des droits civils et politiques (PIDCP), est totalement indépendante : elle n'est pas restreinte à la jouissance de certains droits et libertés, comme cela est le cas pour les articles 14 CEDH et 2 § 1 du PIDCP⁷. Ainsi, l'applicabilité de l'article 13 CE est potentiellement illimitée *ratione materiae* puisque le bénéfice non-discriminatoire de n'importe quel droit ou avantage est susceptible de rentrer dans le syncrétique « champ communautaire ».

Ces caractéristiques intrinsèques de la base juridique qu'est l'article 13 CE vont se répercuter sur les législations prises sur son fondement et, conformément au système d'intégration communautaire, sur le droit interne des Etats membres en matière de lutte contre les discriminations. Deux directives et un programme d'action ont été adoptés à l'unanimité, ainsi que le prévoit l'article 13 CE, par le Conseil de l'Union en juin et novembre 2000, marquant ainsi la volonté des Etats membres de renforcer la protection du principe de non-discrimination⁸. L'approche retenue dans les directives est à la fois catégorielle et sectorielle ainsi qu'en témoigne leur intitulé :

- La première directive, qui initialement aurait dû être examinée en second, date du 29 juin 2000 et est relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique

³ Notamment par le professeur Frédéric SUDRE, "La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits fondamentaux ?", *JCP G*, 1998, I, 100, "Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne", in Joël RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit – Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, spéc. pp. 22-25 .

⁴ Pour un commentaire sur l'adoption de l'article 13 CE, voir Marc BELL, "The New Article 13 EC Treaty : A Sound Basis for European Anti-discrimination Law ?", *MJECL*, vol. 6, 1999, pp. 5-23.

⁵ Notamment aux articles 14 CEDH et 1 du Protocole n° 12 à la CEDH, ainsi qu'aux articles 2 § 1 et 26 du PIDCP.

⁶ Voir Laurence BURGORGUE-LARSEN, "Article 13", in J. RIDEAU (dir.), *Union européenne – Commentaire des traités modifiés par le traité de Nice du 26 février 2001*, Paris, LGDJ, 2001, spéc. pp. 140-141.

⁷ Sur la question voir notamment Gérard GONZALES, "Le Protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des de l'homme portant interdiction générale des discriminations", *RFDA*, 2002, n° 1, pp. 113-123 ; Pierre LAMBERT, "Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ?", *RTDH*, 1998, pp. 497-505 ; Frédéric SUDRE, "La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis d'Assemblée du Conseil d'Etat du 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, à l'arrêt de la Cour EDH du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*", *RFDA*, 1997/5, pp. 966-976.

⁸ Cette mise en œuvre rapide de l'article 13 CE trouve son origine dans une impulsion politique du Conseil européen de Tampere du 15 et 16 octobre 1999 invitant la Commission à présenter dès que possible des propositions en ce sens.

(directive n° 2000/43 CE)⁹. Limitée à la discrimination raciale, elle est donc fondée sur une approche catégorielle, mais concerne tous les secteurs du droit communautaire. Cette directive vient prolonger certaines initiatives prises au niveau de l'Union européenne en matière de lutte contre le racisme et la xénophobie¹⁰.

- La seconde directive date, en raison de certains points de blocage, du 27 novembre 2000 et porte création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive n° 2000/78 CE)¹¹. A l'exception du « sexe » et de la « race ou de l'origine ethnique » qui font l'objet de textes spécifiques, tous les autres motifs de discriminations sont visés par cette directive, mais uniquement dans un secteur précis : l'activité professionnelle.

Il s'agit par conséquent d'une part d'un texte « vertical » ayant trait à une catégorie spécifique de discrimination, la race ou l'origine ethnique, et ce dans de nombreux domaines (travail, emploi, éducation, avantages sociaux, soins, logement, etc.) ; et d'autre part, d'un texte « horizontal » visant l'ensemble des autres motifs de l'article 13 CE (sauf le sexe qui fait déjà l'objet d'une directive¹²) mais limité à un secteur précis, l'emploi et le travail.

En droit interne, la protection du principe d'égalité est notamment assurée au niveau constitutionnel¹³, mais également par les juridictions de droit commun qui font de plus en plus souvent référence à l'article 14 CEDH. Le Conseil d'Etat dans un arrêt d'Assemblée du 30 novembre 2001 vient d'ailleurs d'annuler, sur le fondement de l'article 14 CEDH combiné à l'article 1 du Premier Protocole à la CEDH, la loi cristallisant le régime des pensions de retraite des anciens combattants de nationalité étrangère¹⁴. Cependant, cette protection apparaît aujourd'hui insuffisante : en effet, il aura par exemple fallu près de douze ans après une recommandation du Comité des droits de l'homme de l'ONU pour que les juridictions françaises se résignent à annuler cette législation directement discriminatoire¹⁵.

⁹ JOCE L 180 du 19 juillet 2000.

¹⁰ Voir Jean-François FLAUSS, "L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie", *RTDH*, Numéro spécial, mars 2001, pp. 486-515 ; Dominique ROSENBERG, "La lutte contre le racisme et la xénophobie dans l'Union européenne", *RTDE*, 1999, n° 2, pp. 201-238.

¹¹ JOCE L 303 du 2 décembre 2000.

¹² Directive n° 76/207 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 professionnelle, et les conditions de travail (directive 76/207 CE), JOCE L 39 du 14 février 1976. Cette directive est fondée sur un article spécifique du traité en matière d'égalité entre les hommes et les femmes : l'article 141 CE qui ne traite que du domaine de l'emploi et des conditions de travail. Elle vient d'être modifiée le 23 septembre 2002 par la directive n° 2002/73 afin de tenir des comptes des évolutions qu'a entraîné la mise en œuvre de l'article 13 CE, JOCE L 269 du 5 octobre 2002.

¹³ Sur cette question, Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997, 397 p.

¹⁴ CE Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense et autres c/ Diop*, Concl. Jean COURTIAL, *RFDA*, 2002, n° 3, pp. 573-581. Voir également, Olivier FEVROT, "Pensions de retraite et principe de non-discrimination : la fin de la cristallisation ?", *Petites Affiches*, 18 juin 2002, n° 121, pp. 13-23.

¹⁵ CDH, 3 avril 1989, *I. Gueye c/ France*, comm. n° 196/1985, *RUDH*, 1989, p. 62.

Les directives communautaires n° 2000/43 CE et n° 2000/78 CE viennent sensiblement renforcer la portée du principe de l'égalité de traitement. A l'aube de leur entrée en vigueur prévue courant 2003, il convient de s'interroger sur leur apport concret au droit interne. L'intégration de certaines dispositions des directives a été partiellement réalisée par la loi du 16 novembre 2001¹⁶, complétée par plusieurs dispositions de la loi de modernisation sociale¹⁷. Restent pourtant certaines zones d'ombre susceptibles d'entraîner une responsabilité de l'Etat français pour non transposition des règles communautaires en matière de lutte contre les discriminations.

L'apport du droit communautaire est double : d'une part il opère un renforcement du principe même de non-discrimination (I), d'autre part il prévoit la mise en place de certains mécanismes spécifiquement destinés à améliorer la protection des victimes de discriminations (II).

I. – LE RENFORCEMENT DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

A titre liminaire, il convient de préciser que les expressions « principe de non-discrimination » et « principe d'égalité » sont ici utilisées dans un sens identique : le premier principe matérialisant simplement la mise en œuvre pratique du second. Le débat sur le point de savoir si un des deux principes serait plus large ou au contraire moins large que l'autre n'est pas abordé ici¹⁸, étant entendu que cette discussion n'est finalement que le fruit de l'ambivalence de la notion d'égalité, tantôt « formelle », tantôt « substantielle »¹⁹. A notre sens, le droit communautaire, en prenant en compte non seulement les discriminations « matérielles » mais également « indirectes », aboutit *in fine* à confondre les notions d'égalité et de non-discrimination.

Cette précision effectuée, il convient, à travers l'analyse comparée des lois de lutte contre les discriminations et de modernisation sociale d'un côté, et des deux directives communautaires de l'autre, de montrer en quoi la portée du principe de non-discrimination en droit interne a été renforcée. Cette analyse permettra ainsi de souligner

¹⁶ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, relative à la lutte contre les discriminations, *JO*, 17 novembre 2001, p. 18311.

¹⁷ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JO*, 18 janvier 2002, p. 1008.

¹⁸ Pour certains, le principe d'égalité est plus large que le principe de non-discrimination, l'égalité étant une notion positive qui ne se limite pas à une absence de discrimination. Pour d'autres, le principe de non-discrimination permettrait au contraire d'assurer la pleine effectivité du concept d'égalité. En faveur de la première thèse voir par exemple, Nicole BELLOUBET-FRIER, "Le principe d'égalité", *AJDA*, juillet-août 1998, spéc. p. 154 : « La non-discrimination ne constitue en effet qu'une forme d'application du principe d'égalité » ; *contra* Robert PELLOUX, "Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français", *RDP*, 1982, spéc. p. 914 : « Ainsi donc le principe de non-discrimination apparaît aujourd'hui comme une forme perfectionnée, et sans doute plus réaliste du principe d'égalité ».

¹⁹ Voir le Rapport public 1996 du Conseil d'Etat sur le principe d'égalité, Paris, La documentation française, Etudes et documents n° 48.

les points sur lesquels la transposition du droit communautaire n'a pas encore été effectuée²⁰.

Le principe de non-discrimination a été enrichi d'un double point de vue : d'un point de vue qualitatif tout d'abord par le biais d'un élargissement du concept de discrimination (A), d'un point de vue quantitatif ensuite en opérant une extension des domaines d'interdiction des discriminations (B).

A. - L'extension conceptuelle du principe

La jurisprudence communautaire prohibe non seulement les discriminations « formelles », c'est à dire le traitement différent de situations identiques, mais également les discriminations « matérielles », *i.e.* le traitement identique de situations différentes²¹. Longtemps réticente à admettre une telle conception effective de la notion de discrimination, la Cour européenne de Strasbourg a elle aussi consacré sur le fondement de l'article 14 CEDH l'obligation de traiter différemment les personnes placées dans des situations différentes, dépassant ainsi la simple exigence d'égalité formelle²².

Par rapport au système conventionnel, l'apport du droit communautaire s'agissant du concept même de discrimination doit par conséquent être trouvé ailleurs : la notion de discrimination au sens matériel a été étendue dans les directives afin de comprendre également les discriminations « indirectes » d'une part (1), et le harcèlement discriminatoire et l'incitation à discriminer d'autre part (2).

1. - La notion de discrimination indirecte

De manière classique, une discrimination directe se produit lorsque, dans des situations comparables, une personne est traitée moins favorablement qu'une autre sur la base d'un motif prohibé de distinction. La notion de discrimination indirecte permet de sanctionner des mesures ou des comportements beaucoup plus diffus mais tout aussi attentatoires à l'égalité des individus.

Selon la définition donnée par le professeur K. Lenaerts, une discrimination indirecte existe « lorsque, bien que n'appliquant pas de critère de distinction prohibé, une réglementation communautaire ou nationale, applique d'autres critères de distinction dont les effets sont analogues à ceux auxquels aboutirait l'application du critère de distinction prohibé, ou encore lorsqu'une réglementation communautaire ou nationale établit une distinction purement formelle de cas différents, mais leur applique, en réalité, un traitement identique »²³. Initiée dans l'arrêt *Sotgiu* en matière de non-discrimination à

²⁰ Le délai pour la transposition est fixé au 19 juillet 2003 pour la directive n° 2000/43 CE et au 2 décembre 2003 pour la directive n° 2000/78 CE.

²¹ CJCE, 17 juillet 1963, *Italie c/ Commission*, aff. 13/63, *Rec.*, p. 335.

²² Cour EDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, req. n° 3469/97, *Rec.*, 2000-IV, point 44.

²³ Koen LENAERTS, "L'égalité en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples", *CDE*, 1991, p. 12. Voir également, Paul GARRONE, "La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale", *RTDE*, 1994, pp. 425-449 *passim*.

raison de la nationalité²⁴, cette théorie de la discrimination indirecte aboutit à ce qu'une de différenciation de traitement fondé sur un critère *prima facie* « neutre » comme la résidence, le temps de travail ou n'importe quel autre critère, puisse être qualifiée de discrimination si, en pratique, cette distinction conduit à défavoriser une catégorie de personnes protégées. Appliquée à l'égalité entre les hommes et les femmes, le concept de discrimination indirecte a, par exemple, permis que certaines dispositions refusant des avantages aux travailleurs à temps partiels soient abrogées, car en pratique elles aboutissaient ou risquaient d'aboutir à pénaliser une grande majorité de femmes²⁵. La différence de traitement fondée sur le temps de travail revenait donc à discriminer en raison du sexe, elle a par conséquent été annulée.

Les articles 2 §§ 1 et 2 des directives communautaires n° 2000/43 et n° 2000/78 utilisent également la notion de discrimination indirecte, étendant ainsi considérablement la liste des critères potentiellement prohibés de discrimination. Il suffit que la distinction litigieuse soit susceptible de défavoriser un nombre plus élevé de personnes d'une race ou d'une origine ethnique, d'une religion ou d'une conviction, d'un âge, d'un handicap ou d'une orientation sexuelle donnés pour que la différence de traitement soit discriminatoire²⁶. La définition donnée de la discrimination indirecte dans les directives ne vise d'ailleurs pas seulement les « réglementations », comme le faisait le professeur K. Lenaerts, mais toute « pratique » susceptible de produire une discrimination directe ou indirecte, englobant ainsi les rapports entre personnes privées.

Le Code du travail entérine cette extension conceptuelle de la notion de discrimination en prohibant désormais aussi bien les discriminations directes qu'indirectes en son article L 112-45 depuis la loi du 16 novembre 2001 de lutte contre les discriminations²⁷. L'on peut toutefois regretter que cette réforme n'ait pas encore été opérée dans le Code pénal.

2. - Les notions de harcèlement et d'incitation

La seconde extension du concept de discrimination réalisée par les directives n° 2000/43 CE et n° 2000/78 CE consiste à inclure dans la définition de la discrimination les notions de harcèlement et d'incitation à discriminer. La caractéristique commune de ces deux notions est qu'elles permettent désormais d'établir l'existence d'une discrimination, et donc de bénéficier de certaines règles procédurales spécifiques favorables aux victimes (cf. *infra* II), alors même qu'il n'y pas encore eu matériellement de différence de traitement *stricto sensu*, mais plutôt certaines formes plus ou moins diffuses d'hostilité ou d'agressivité.

Concernant le harcèlement tout d'abord, celui-ci est défini aux articles 2 § 3 communs aux deux directives comme un comportement indésirable lié à un des motifs prohibés de l'article 13 CE (sexe, race, religion, orientation sexuelle, etc.) ayant « *pour objet ou pour*

²⁴ CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu c/ Deutsche Bundespost*, aff. 152/73, *Rec.*, p. 153, point 11.

²⁵ Ce fût l'objet de l'arrêt de la CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins c/ Kingsgate*, aff. 96/80, *Rec.*, p. 911.

²⁶ Les discriminations directes et indirectes fondées sur le sexe sont interdites sur le fondement de l'article 141 § 1 CE conformément à la jurisprudence *Jenkins, eod. loc.* Ceci est confirmée par la directive n° 2002/73, *op. cit.*

²⁷ L'article L 122-45 du Code du travail dispose (*partim*) : « Aucune personne (...), aucun salarié (...) ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, *directe ou indirecte*, notamment (...) ». Nous soulignons.

effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Fondée sur l'idée de dignité de la personne, la notion de harcèlement opère une dilatation considérable du concept de discrimination en faisant référence à des critères éminemment subjectifs de qualification. Ce qui explique sans doute que les articles 2 § 3 précisent *in fine* de manière légèrement contradictoire que « dans ce contexte, la notion de harcèlement peut-être définie conformément aux législations et pratiques nationales des Etats membres ».

Le droit français s'est longtemps contenté de prohiber le harcèlement sexuel dans les relations professionnelles à l'article L 122-46 du Code du travail. La jurisprudence a entrepris de suppléer le législateur en sanctionnant le « harcèlement moral » entre employeur et employé(e) sur le fondement implicite de l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions (article 1134 al. 3 du Code civil)²⁸. La loi de modernisation sociale entérine cette évolution en ajoutant un nouvel article L 122-49 au Code du travail : dans l'ensemble du domaine de l'accès à l'emploi et à la formation et des conditions de travail, le harcèlement moral est interdit et protège la personne contre des « agissements répétés [...] ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ».

S'agissant ensuite de l'incitation à discriminer, on ne peut que remarquer ici une volonté de « pénalisation » de la discrimination qui peut être réalisée y compris en l'absence de toute action matérielle. Après l'incitation à commettre des actes de génocide en droit pénal international²⁹ et l'incitation à la haine raciale en droit interne³⁰, le droit communautaire interdit désormais l'incitation à discriminer *in globo*, pour n'importe quel motif énoncé à l'article 13 CE. Les articles 2 § 4 communs aux deux directives mentionnent en effet qu'un tel comportement « est considéré comme une discrimination ». En droit interne, l'incitation à commettre une discrimination est déjà prohibée, mais uniquement, *via* la notion de complicité, par l'article 121-7 al. 2 du Code pénal.

A la lumière de ces brèves indications, on ne peut que souligner l'élargissement sensible du concept de discrimination en droit communautaire qui vient ainsi utilement compléter la protection issue de l'article 14 de la CEDH. Cette extension doit être saluée en ce qu'elle vise à répondre à des atteintes concrètes, parfois peut-être même inconscientes pour ce qui concerne la discrimination « indirecte », au principe d'égalité, qui contribuaient à remettre en question l'efficacité de la lutte contre les discriminations. A cette extension conceptuelle, correspond une extension matérielle du principe de non-discrimination.

²⁸ Voir, Cass. soc., 10 mai 2001, *EURL Repass'Net c/ Bouet*, n° 99-40.059, *Dictionnaire permanent Social*, 2001, p. 6277.

²⁹ Voir l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 décembre 1948.

³⁰ Voir l'article 24 al. 6 de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse.

B. - L'extension matérielle du principe

Comme cela a été évoqué précédemment, les directives communautaires consacrent une approche catégorielle et sectorielle, donc partielle, de la lutte contre les discriminations. L'explication en est simple : l'obligation de respecter le principe des compétences d'attribution et donc la sphère d'influence du droit communautaire, principalement le domaine économique. La législation issue de l'article 13 CE doit en effet respecter le « champ communautaire »³¹, la base juridique mentionnant expressément qu'elle ne saurait être exercée que « *dans le respect des compétences que celui-ci [le traité] confère à la Communauté* ». Malgré l'inévitable syncrétisme de cette limitation dû à la difficulté d'identifier clairement ce qui peut être ou non « rattaché » au droit communautaire, l'apport de celui-ci est particulièrement important en ce qui concerne le domaine social *lato sensu*.

En effet, contrairement à l'article 14 CEDH et malgré son « autonomisation » progressive³², l'interdiction communautaire des discriminations n'est pas limitée au bénéfice des droits civils et politiques. En attendant l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 à la Convention ou une éventuelle force contraignante de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux³³, la principale « valeur ajoutée » de l'interdiction communautaire des discriminations énoncée dans les directives n° 2000/43 et n° 2000/78 concerne la jouissance des droits et avantages économiques et sociaux. Ce d'autant plus que le Conseil d'Etat français refuse toujours de reconnaître l'applicabilité, en droit interne, de l'article 26 du PIDCP qui interdit de manière générale et indépendante les discriminations³⁴.

Ainsi que cela a déjà pu être remarqué³⁵, les directives n° 2000/43 et n° 2000/78 ont principalement vocation à régir la lutte contre les discriminations dans le domaine économique et professionnel. On ne saurait pour autant en minimiser l'apport comme le

³¹ Dans l'arrêt *ERT*, la CJCE avait ainsi limité son contrôle du respect des droits fondamentaux aux situations relevant du « *champ d'application du droit communautaire* » : CJCE, 18 juin 1991, *ERT c/ DEPSK*, aff. C 260/89, *Rec.*, p. I-2925 notamment points 41 et 42. Voir également CJCE, 29 mai 1997, *F. Kremzow c/ Republik Österreich*, aff. C 299/95, *Rec.*, p. I-2629, point 15.

³² Voir Pierre LAMBERT, "Vers une évolution de l'interprétation...", *op. cit.* L'article 14 CEDH est ainsi devenu plus « perméable » aux droits sociaux ainsi que l'a montré le professeur Frédéric SUDRE, "La 'perméabilité' de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux", in *Pouvoir et liberté – Etudes offertes à J. Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 467-478. Voir également, Isabelle DAUGAREILH, "La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la protection sociale", *RTDE*, 2001, n° 1, pp. 123-137.

³³ Cet article énonce une interdiction générale des discriminations à l'image de l'article 1 du Protocole n° 12 à la CEDH et de l'article 26 du PIDCP. Les débats en cours au sein de la « Convention sur l'Avenir de l'Europe » tendraient à être en faveur de la reconnaissance d'une valeur contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui n'a pour l'instant qu'une valeur déclaratoire. Parmi de nombreux commentaires sur la Charte, voir Laurence BURGORGUE-LARSEN, "La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne racontée au citoyen", *RAE*, 2000, n° 4, pp. 398-409 ; Emmanuel DECAUX, "L'Europe à ses miroirs", *cette revue*, n° 1, juillet-décembre 2001, pp. 31-66.

³⁴ En ce sens, CE Ass., avis du 15 avril 1996, *Mme Doukouré*. Pour un commentaire, Frédéric SUDRE, "La portée du droit à la non-discrimination...", *op. cit.*

³⁵ En ce sens, Olivier DE SCHUTTER, "Les progrès de l'égalité de traitement dans l'Union européenne : la lutte contre les discriminations au service du marché", *Année sociale*, 2000, pp. 121-133, *passim* spéc. pp. 129-130.

démontre l'examen du droit interne. En raison de la géométrie variable des deux directives, leur domaine commun qu'est la relation et les conditions de travail sera tout d'abord étudié (1), avant de se pencher sur les domaines spécifiquement visés par la directive n° 2000/43 relative à la discrimination raciale : le domaine social et l'accès aux biens et aux services (2).

1. - Le domaine de la relation et des conditions de travail

Le champ d'application commun des deux directives défini par leurs articles 3 couvre non seulement l'interdiction des discriminations lors de l'embauche et de l'avancement, mais également toutes les formes de participation plus ou moins directe à la vie professionnelle salariée ou libérale (le stage, la formation, l'affectation, la mutation, le licenciement, l'ensemble des conditions de travail, l'affiliation aux organismes professionnels, etc.).

Cela a nécessité une réforme importante et extensive de l'article L 112-45 du Code du travail par la loi du 16 novembre 2001. En effet, seuls le recrutement et la sanction faisaient auparavant l'objet d'une interdiction de discrimination, et certains motifs n'étaient pas envisagés (notamment l'âge et l'orientation sexuelle). L'article L. 122-45 al. 1 du Code du travail dispose désormais :

« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du présent code, en raison de son état de santé ou de son handicap »³⁶.

L'on remarquera seulement que la liste des domaines concernés n'est pas limitative en raison de l'emploi de l'adverbe « notamment » et permet donc de faire rentrer dans le champ d'application de l'interdiction des discriminations n'importe quelle mesure relative au monde du travail. Le Code pénal entérine cette évolution en sanctionnant désormais les discriminations dans l'accès à un stage ou une période de formation en entreprise et élargit la liste des motifs prohibés de discrimination³⁷. Enfin, il faut mentionner que cette extension du champ d'application et des motifs prohibés concerne également la fonction publique puisque l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 (n° 83/634) sur les droits et obligations des fonctionnaires a été modifié en ce sens.

³⁶ Les passages en gras reflètent les modifications apportées par la loi relative à la lutte contre les discriminations du 16 novembre 2001, *op. cit.*

³⁷ Modification de l'article 225-2 du Code pénal par l'article 1^{er} de la loi relative à la lutte contre les discriminations.

2. - *Le domaine social, l'éducation et l'accès aux biens et aux services*

Seules les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique sont concernées par cette extension matérielle conformément à la directive n° 2000/43 CE. Les domaines visés sont appelés à être interprétés largement et de manière autonome par le juge communautaire.

A l'instar de la législation communautaire en matière d'égalité entre hommes femmes³⁸, la directive n° 2000/43 CE interdit les discriminations directes et indirectes fondées sur la race ou l'origine ethnique en matière de protection sociale « y compris la sécurité sociale et les soins de santé »³⁹. De manière générale et ainsi que le prévoit l'article 3 § 1 f) de la directive, le bénéfice de l'ensemble des « avantages sociaux » prévus par le droit interne doit être assuré sans discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique. Interprétée *lato sensu*, cette disposition couvre la quasi-totalité des prestations ou allocations étatiques ou privées en rapport plus ou moins lointain avec l'activité professionnelle. En effet, en matière de libre circulation des travailleurs, le règlement 1612/68 CE⁴⁰ impose déjà aux Etats membres d'octroyer les avantages sociaux sans distinction de nationalité entre ressortissants communautaires et nationaux. La Cour de Luxembourg a défini les « avantages sociaux » comme englobant l'ensemble des « prestations à caractère économique ou culturel accordées dans les Etats membres par les pouvoirs publics ou par les organismes privés »⁴¹. Or, la Cour a récemment reconnu que le bénéfice non-discriminatoire des « avantages sociaux » ne serait pas limité *ratione personae* aux seuls travailleurs mais étendus à l'ensemble des citoyens communautaires⁴². Tout le domaine social est donc concerné. Toutefois aucune mesure de transposition n'a pour le moment été prévue afin de se conformer aux prescriptions communautaires...

L'article 3 § 1 g) interdit également les discriminations raciales ou ethniques dans le domaine de « l'éducation ». Initialement la proposition de la Commission visait expressément les bourses et indemnités d'études, tout en mentionnant par la suite la nécessité de respecter le droit des Etats de définir souverainement les programmes et l'organisation des systèmes d'enseignement⁴³. Ces précisions ont été abandonnées et seule l'intervention du juge communautaire pourra préciser l'étendue de la notion. Aucune modification du droit interne n'a été envisagée sur ce point précis.

Enfin, la directive n° 2000/43 CE s'applique conformément à l'article 3 § 1 h) à « l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, à la disposition du public, y compris en matière de logement ». Si le logement est expressément mentionné ce qui est

³⁸ Voir la directive n° 79/7, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, *JOCE* L 6 du 10 janvier 1979 ; et la directive n° 86/378, du 24 juillet 1986, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale, *JOCE* L 225 du 12 août 1986.

³⁹ Article 3 § 1 e) de la directive 2000/43 CE.

⁴⁰ Article 7 § 2 du règlement 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs, *JOCE* L 257 du 19 octobre 1968, p. 2.

⁴¹ Voir notamment, CJCE, 30 septembre 1975, *Cristini*, aff. 32/75, *Rec.*, p. 1085.

⁴² CJCE, 20 septembre 2001, *R. Grzelczyk c/ CPAS Ottignies-Louvain-La-Neuve*, aff. C 184/99. Pour un commentaire, Jean-Pierre LHERNOUD, "L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne", *Dr. Soc.*, 2001, n° 12, pp. 1103-1109.

⁴³ COM (1999) 566 final du 25 novembre 1999.

déjà une avancée non négligeable, on peut encore une fois s'interroger sur la portée et l'éventuelle interprétation autonome des termes « accès aux biens et services ». Dans l'ordre juridique conventionnel, la Cour de Strasbourg a reconnu que le bénéfice de certains droits personnels rentrait dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 relatif au respect des « biens », dès lors qu'il est possible de les analyser en « une valeur patrimoniale »⁴⁴. De son côté, la Cour de Luxembourg juge que la libre prestation de « services » est fondée sur la notion de rémunération ou de contrepartie économique⁴⁵. Dans une optique extensive, l'ensemble du domaine économique, des échanges et du patrimoine est donc potentiellement couvert par l'obligation de ne pas discriminer en raison de la race ou l'origine ethnique.

Le Code pénal français interdit effectivement les discriminations dans l'accès aux biens et services mais ce n'est cependant pas encore satisfaisant puisque, comme cela a été souligné, celui-ci n'incrimine pas les discriminations indirectes, et que l'un des apports majeurs du droit communautaire en matière de lutte contre les discriminations, le rééquilibrage de la charge de la preuve, n'est pas applicable à la matière pénale. En matière de logement, la loi de modernisation sociale se contente d'interdire les discriminations en matière de location de logement, rien n'est dit sur l'achat⁴⁶.

L'interdiction communautaire des discriminations, bien que limitée au champ communautaire, a permis de réaliser des progrès significatifs, notamment dans le domaine fondamental de l'emploi qui reste le facteur principal d'intégration et de cohésion sociale. Le droit communautaire offre également de larges perspectives de progression en matière de lutte contre le racisme. De plus, cet élargissement du principe de non-discrimination s'accompagne de nouvelles règles de procédures favorables aux victimes. C'est cette dimension *pro victima* de la législation communautaire qu'il s'agit d'aborder à présent.

II. – LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DES VICTIMES DE LA DISCRIMINATION

Le renforcement du principe de non-discrimination opéré grâce aux directives communautaires n'est, avec un brin d'optimisme, que transitoire. En effet, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union a vocation à devenir pleinement contraignant dans un avenir proche⁴⁷ et à prohiber de la sorte toutes formes de

⁴⁴ Cour EDH, 26 juin 1986, *Van der Marle et a. c/ Pays-Bas*, req. n° 8543/79, 8674/79, 8675/79, 8685/79, *Rec.*, A-101, point 41.

⁴⁵ Ainsi le sport, en tant qu'activité économique, fait partie de la prestation de « services » pour la Cour. Dans ce sens, CJCE, 14 juillet 1976, *Donà c/ Mantero*, aff. 13/76, *Rec.*, p. 1333 ; CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association et a. c/ J-M. Bosman*, aff. C 415/93, *Rec.*, p. I-4921.

⁴⁶ Voir l'article 158 de la loi de modernisation sociale, *op. cit.*

⁴⁷ Si la Charte n'a pas formellement de valeur contraignante, elle joue un rôle grandissant dans la jurisprudence européenne : en ce sens, Laurence BURGORGUE-LARSEN, "La 'force de l'évocation' ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", in *Mélanges J. Pactet*, Paris, Dalloz, 2002, à paraître ; et également Jean-Paul JACQUE, "La protection juridictionnelle des droits

discriminations directes ou indirectes, pour quelque motif que ce soit, dans l'ensemble du champ communautaire. En dehors de ce champ, le Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme, une fois en vigueur, prendra le relais de l'interdiction (sans comprendre toutefois les discriminations indirectes...).

En attendant ces évolutions qui restent pour le moment hypothétiques, l'apport des directives communautaires à la lutte contre les discriminations mérite maintenant d'être souligné sous un angle procédural. L'amélioration de la prise en compte de la situation des victimes de discrimination est finalement l'apport décisif du droit communautaire. Au-delà des perfectionnements intrinsèques du principe de non-discrimination, c'est sa mise en œuvre pratique qui est ici visée. Or, cette dimension procédurale de la lutte contre les discriminations ne peut être appréhendée ni par le système conventionnel de protection des droits de l'homme, ni par la Charte des droits fondamentaux.

Le droit communautaire instaure un véritable dispositif *sui generis* d'accompagnement des victimes de discrimination, aussi bien dans le procès lui-même (A), qu'en amont et en aval de la procédure contentieuse (B).

A. - L'aménagement du procès

Les directives communautaires facilitent non seulement la saisine des juridictions en cas de discrimination (1), mais effectuent surtout un rééquilibrage de la charge de la preuve au profit des victimes (2).

1. - La saisine

Dans un souci d'efficacité, les directives exigent que les victimes de discriminations puissent avoir un accès effectif aux procédures administratives et/ou judiciaires afin de faire respecter leur droit à l'égalité de traitement⁴⁸. Ces prescriptions ne sont d'ailleurs que l'application particulière des principes d'accès au juge et de droit au recours effectif garantis par les articles 6 § 1 et 13 CEDH, et protégés dans l'ordre juridique communautaire⁴⁹.

Afin de renforcer l'efficacité de la procédure contentieuse et notamment pallier une forme de passivité trop souvent observée des victimes de discrimination, le droit communautaire permet également que la saisine puisse être effectuée par « *les associations, les organisations ou les personnes morales qui ont [...] un intérêt légitime* »⁵⁰. La loi de modernisation sociale⁵¹ a par conséquent inséré un nouvel article L 122-45-1 dans le

fondamentaux dans l'Union européenne : dialogue entre le juge et le 'constituant'", *AJDA*, 2002, n° 6, pp. 476-480.

⁴⁸ Article 7 § 1 de la directive n° 2000/43, *op. cit.*, et article 9 § 1 de la directive n° 2000/78, *op. cit.*

⁴⁹ Voir notamment, CJCE, 15 mai 1986, *M. Johnston c/ Chief constable of Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, *Rec.*, p. 1651, point 18. Sur cette question Fabrice PICOD, "Le droit au juge en droit communautaire", in Joël RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 141-170.

⁵⁰ Article 7 § 2 de la directive n° 2000/43, *op. cit.*, et article 9 § 2 de la directive n° 2000/78, *op. cit.*

⁵¹ Article 2 de la loi de lutte contre les discriminations, *op. cit.*

Code du travail qui permet aux organisations syndicales et aux associations spécialisées de représenter l'employé (ou stagiaire) ou le demandeur d'emploi (ou de stage), et de saisir directement la juridiction prud'homale. L'accord exprès du salarié est nécessaire en cas de saisine par une association ; il peut être simplement tacite en cas de saisine par des représentants syndicaux.

2. - *Le rééquilibrage de la charge de la preuve*

On parle parfois également de « renversement » de la charge de la preuve en matière de discrimination. L'expression « rééquilibrage » paraît plus exacte car, comme nous allons le voir, la charge de la preuve est désormais partagée entre le requérant et le défendeur. Cet aménagement, déjà réalisé par le droit communautaire en matière d'égalité des sexes⁵², est le principal apport à la situation des victimes de discrimination⁵³. Toutefois, il se heurte en matière pénale au principe de la présomption d'innocence.

Les directives imposent aux Etats membres de prendre « *les mesures nécessaires [...] afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit [...] des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement* »⁵⁴. Le requérant doit donc présenter des éléments de preuve, c'est en ce sens que la charge de la preuve n'est pas totalement « renversée ». Ces éléments pourront être de tout ordre mais certains d'entre eux sont susceptibles d'être particulièrement éloquentes : il s'agira notamment des systèmes de pré-constitution d'indices (obligation pour les employeurs de tenir un registre des candidats et du profil souhaité), ou du recours à des données statistiques qui établiront objectivement les différences entre les « groupes » d'individus, ou enfin le recours à des pratiques récentes comme le *testing* par exemple. Le risque de l'ensemble de ces techniques probatoires étant pourtant de stigmatiser encore davantage les catégories de personnes que l'on entend protéger. Une fois ces indices établis, pèsera alors une présomption simple de discrimination à l'encontre du défendeur (employeur, propriétaire, etc.), que celui-ci pourra combattre par la preuve contraire d'absence de différence de traitement ou de justification objective et raisonnable.

L'alinéa 4 de l'article L 122-45 du Code du travail et l'article 158 de la loi de modernisation sociale en matière de location de logement, consacrent ce nouveau système probatoire. Tel n'est cependant pas le cas en matière pénale, conformément à la marge de manœuvre ménagée par les directives⁵⁵. Le fondement de cette restriction doit être trouvé dans le nécessaire respect de la présomption d'innocence, il est toutefois possible de s'interroger sur la compatibilité d'un éventuel rééquilibrage de la charge de la preuve pénale en matière de discrimination au regard des exigences de l'article 6 § 2 CEDH

⁵² Directive n° 97/80, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve en cas de discrimination fondée sur le sexe, JOCE L 14 du 20 janvier 1998. Cette directive ne fait que reprendre une avancée prétorienne du juge communautaire, voir par exemple, CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby c/ Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health*, aff. C 127/92, *Rec.*, p. I-5535, point 14.

⁵³ Sur cette question, voir Michel HENRY, "Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations", *Droit ouvrier*, mai 2001, pp. 194-200 ; Marie-Thérèse LANQUETIN, "Un tournant en matière de preuve des discriminations", *Dr. soc.*, juin 2000, n° 6, pp. 589-593.

⁵⁴ Article 8 § 1 de la directive n° 2000/43, *op. cit.*, et article 10 § 1 de la directive n° 2000/78, *op. cit.*

⁵⁵ Article 8 § 3 de la directive n° 2000/43, *op. cit.*, et article 10 § 3 de la directive n° 2000/78, *op. cit.*

consacrant le droit à la présomption d'innocence. Selon la Cour de Strasbourg, le principe est la liberté nationale d'administrer la charge de la preuve :

« L'administration des preuves relève au premier chef des règles du droit interne et [...] il revient en principe aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elles et la pertinence de ceux dont une partie souhaite la production »⁵⁶.

Cette liberté de principe d'administration des preuves devant se combiner avec un examen *in concreto* du respect de la présomption d'innocence. Or, il existe en droit interne certains exemples de situations dans lesquelles pèse une présomption simple⁵⁷, voir irréfragable⁵⁸, de responsabilité pénale sur l'accusé. La Cour européenne a d'ailleurs jugé de manière quelque peu ambiguë que :

« la Convention n'y met pas obstacle en principe, mais en matière pénale, elle oblige les Etats contractants à ne pas dépasser des limites raisonnables, prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense »⁵⁹.

Le débat reste donc ouvert sur la question d'un futur rééquilibrage de la charge de la preuve en matière de répression pénale des comportements ou mesures discriminatoires. A côté de cet aménagement du procès lui-même dans un sens plus favorable aux requérants, le droit communautaire prévoit également une assistance et une protection des victimes avant et après la phase contentieuse.

B. - L'encadrement du procès

L'objectif poursuivi est principalement d'inciter et d'aider les victimes de discrimination à faire usage de leur droit au juge. Aussi bien en amont (1) qu'en aval du procès (2), différents mécanismes doivent être mis en place à cet effet.

1. - En amont du procès : la création d'un organisme indépendant

La création d'une telle structure n'est obligatoire qu'en ce qui concerne les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique ainsi que le prévoit l'article 13 de la directive n° 2000/43. Celui-ci mentionne en effet :

« 1. Les États membres désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique. Ils peuvent faire partie d'organes chargés de défendre à l'échelon national les droits de l'homme ou de protéger les droits de la personne.

⁵⁶ Cour EDH, 20 septembre 1993, *Saïdi c/ France*, req. n° 14647/89, *Rec.*, A-261 C, point 43 ; Cour EDH, *Passet c/ France*, décision du 30 mars 1999, req. n° 38434/97.

⁵⁷ Il existe notamment une présomption de responsabilité pénale du dirigeant social en vertu des articles 52 et 244 de la loi du 24 juillet 1966, voir Cass. crim., 17 août 1997 ; ainsi qu'une présomption de responsabilité en matière de droits d'auteur, voir Cass. crim., 8 février 1990, *Gaz. Pal.*, 1990 I, sommaire p. 241, obs. Doucet.

⁵⁸ Ce sera le cas pour la responsabilité de plein droit du directeur de publication, voir Cass. crim., 17 décembre 1991, *Bull. crim.* n° 481, *RSC* 1991, p. 88, obs. Boulloc.

⁵⁹ Voir Cour EDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku c/ France*, req. n° 10519/83, *Rec.*, A-141, point 28.

2. Les États membres font en sorte que ces organismes aient pour compétence :

- sans préjudice des droits des victimes et des associations, organisations et autres personnes orales visées à l'article 7, paragraphe 2, d'apporter aux personnes victimes de discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination,
- de conduire des études indépendantes concernant les discriminations,
- de publier des rapports indépendants et d'émettre des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations ».

L'utilité d'un tel organisme pour les victimes de discriminations raciales et xénophobes est fondamentale. Non seulement c'est une structure qui permet d'enregistrer une « plainte » sans pour autant se rendre dans les services de police qui intimident souvent les personnes d'origine étrangère (et ce d'autant plus si la plainte en question est dirigée contre ces mêmes services). De plus, les études menées permettent de conforter, ou au contraire de relativiser, des revendications notamment en ce qui concerne les éléments de preuve statistiques venant à l'appui d'une requête.

Plusieurs pays européens ont déjà institué de tels organes spécialisés⁶⁰ dont l'étendue des pouvoirs varie d'un Etat à un autre⁶¹. En France, on ne peut pour l'instant que constater la regrettable multiplicité et disparité des organismes compétents en matière de lutte contre les discriminations raciales. Certains d'entre eux sont principalement des structures d'études, tels le GELD (Groupement d'Etude et de Lutte contre les Discriminations), ou la CNCDH (Commission nationale consultative des droits de l'homme)⁶², ou encore le HCI (Haut Conseil à l'Intégration). D'autres possèdent certaines compétences plus opérationnelles, comme notamment les CODAC (Commission Départementale d'Accès à la Citoyenneté) qui ont été créées en 1999 et qui sont chargées de gérer le numéro d'appel « 114 » permettant aux victimes de discrimination de déposer une plainte par téléphone⁶³. Malgré une apparente préoccupation des autorités nationales, le rapport de la Commission nationale consultative des droits de l'homme déplore « qu'en l'absence de coordination organisée entre ces diverses structures, la synergie de leurs actions, et plus généralement, l'efficacité maximale de la protection de l'égalité de traitement ne sont pas assurées »⁶⁴.

Une autre question qui continue de poser problème aux autorités françaises est l'exigence d'indépendance de l'organisme notamment au regard de ses conditions de financement et de la nomination de ses membres. La plupart des structures évoquées, malgré leur indépendance certaine, dépendent à divers degrés du Gouvernement ou de l'Exécutif national ou local. Cette question reste donc pour le moment en suspens en attendant la fin du délai de transposition (19 juillet 2003).

⁶⁰ C'est le cas notamment de la Belgique avec le « Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme », <http://www.antiracisme.be/fr>. Voir Jean CORNIL, "L'expérience du Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme", *RTDH*, n° spécial, mars 2001, pp. 633-647.

⁶¹ La première proposition de directive présentée par la Commission prévoyait que les organismes en question possèdent de véritables pouvoirs d'enquête et de recommandation, ce qui leur aurait conféré une autorité quasi-juridictionnelle. Voir l'article 12 de la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans distinction de race ou d'origine ethnique, COM (1999) 566 final.

⁶² La CNCDH possède une sous-commission spécialisée sur cette question et publie chaque année un rapport sur la lutte contre le racisme et la xénophobie en France.

⁶³ Ce numéro d'appel a reçu une base légale dans l'article 9 la loi de lutte contre les discriminations, *op. cit.*

⁶⁴ Rapport CNCDH pour l'année 2001, *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, Paris, La documentation Française, 2002, p. 151.

2. - *En aval du procès : la protection contre les rétorsions*

L'exemple qui illustre le mieux l'utilité d'un tel mécanisme de protection est celui des licenciements discriminatoires. Dans une telle situation, les victimes ayant fait constater le caractère discriminatoire de leur licenciement ont droit à une réparation *in integrum*, *i.e.* la réintégration dans l'entreprise. Avec pour risque évident de subir le mécontentement du supérieur hiérarchique reconnu responsable de la différence injustifiée de traitement, d'où la nécessité d'une certaine forme de protection à l'image par exemple de celle dont peuvent bénéficier les représentants syndicaux⁶⁵.

Cet attachement à prendre concrètement en considération la situation très spécifique des victimes témoigne de la volonté des institutions communautaires, et des Etats membres puisque les directives ont été adoptées à l'unanimité, de faire progresser rapidement et effectivement le principe d'égalité en Europe. L'ensemble de ces mesures semble aller dans la bonne direction, la lutte contre les discriminations *in globo* récoltant les fruits de celle commencée depuis plusieurs années déjà dans le domaine spécifique de l'égalité entre les hommes et les femmes.

Cette approche concrète de l'égalité, qui dépasse le principe traditionnel d'égalité formelle, ouvre d'ailleurs la porte à des politiques d'« action positive » ainsi que le mentionnent expressément les deux directives communautaires⁶⁶. Au travers de cette mutation du principe d'égalité déjà largement entamée en matière d'égalité des sexes⁶⁷, certains Etats, comme la France, risquent de devoir adapter l'interprétation de leurs principes constitutionnels aux nouvelles dimensions de la lutte contre les discriminations⁶⁸. Il s'agit avant tout d'un choix politique et plus exactement d'un choix de société, par l'intermédiaire duquel la Communauté a les moyens de définir un modèle européen de développement social, et pourquoi pas de jeter les bases d'un véritable système constitutionnel au sens matériel du terme.

⁶⁵ Voir l'article 9 de la directive n° 2000/43, *op. cit.*, et l'article 11 de la directive n° 2000/78, *op. cit.*

⁶⁶ Voir l'article 5 de la directive n° 2000/43, *op. cit.*, et l'article 7 de la directive n° 2000/78, *op. cit.*

⁶⁷ Voir notamment CJCE, 17 octobre 1995, *E. Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen*, aff. C 450/93, *Rec.*, p. I-3051. Parmi de très nombreux commentaires sur cette question, Denis SIMON, "Parité, égalité, légalité : le débat dans l'Union européenne", in *Mélanges en l'honneur de F. Borella*, Nancy, Presse universitaire de Nancy, 1999, pp. 469-484.

⁶⁸ Matthieu MAISONNEUVE, "Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ?", *RFDA*, mai-juin 2002, pp. 561-571.