

LA SITUATION FRANÇAISE A PROPOS DES DISCRIMINATIONS ETHNIQUES ET RELIGIEUSES : UN EXEMPLE TYPIQUE DU PARADOXE FRANÇAIS DE LA CONCEPTION DE LA LOI ET DES DROITS

Les institutions françaises, depuis la fin des années 1990, se sont saisies d'une question nouvelle : celle de la lutte contre les discriminations raciales.

Pourquoi nouvelle ? Parce que le modèle français d'intégration des populations étrangères est celui de la fusion des populations immigrées dans le corps du peuple national par un lent mais nécessaire travail d'effacement des origines et des différences provenant de ses origines et par une mobilité sociale ascendante pour les descendants de ces populations immigrées.

Aussi, avec un modèle républicain dont la devise est « Liberté, Egalité, Fraternité », l'égalité de tous devant la loi et dans l'accès aux droits était présumée effective et toute discrimination ethnique, raciale ou religieuse inexistante voire impossible.

L'irruption dans le débat public de la visibilité des différences et la revendication de cette visibilité comme compatible avec le modèle républicain français d'ascension sociale a fait surgir la question de la discrimination des enfants de seconde génération des populations immigrées à raison de leur origine, stigmatisés par leur apparence physique, leur nom patronymique et leurs éventuels signes religieux.

Si les institutions françaises ont adopté durant plusieurs décennies un discours niant toute discrimination et prônant l'égalité, la multiplication de récits dans les médias d'expériences de discrimination, l'implication d'associations luttant contre le racisme et les résultats des études et recherches menées sur ce thème ont conduit à une prise de conscience fulgurante de l'ampleur des discriminations dans la société française, inscrite dans des procédures et des pratiques de sélection et de filtrage des individus à raison de leur origine.

Le calendrier législatif s'est accéléré dans un double mouvement d'élaboration de normes et de création d'institution :

-de 1998 à 2000 : création du Groupe d'Etude et de Lutte contre les discriminations, des Codac, Commissions départementales d'accès à la citoyenneté,

-de 2001 à 2003 : loi de transposition de la directive européenne 43/2000 du 19 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique,

-2004 : création d'une autorité administrative indépendante : la HALDE Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'Egalité,

-2006 : création par la loi du 31 mars 2006 sur l'égalité des chances de l'Agence nationale de cohésion sociale et pour l'égalité des chances (ACSE) succédant en 2007 au FASILD (Fonds d'aide et de soutien pour l'intégration et de lutte contre les discriminations).

Ce double mouvement a pour premier objectif de mettre en œuvre les principes républicains et internationaux d'égalité et de lutte contre les discriminations.

Il a, pour second objectif, de prendre en charge à la fois l'identification des populations discriminées pour cibler l'action publique et la sanction des auteurs des discriminations par la voie judiciaire.

Ce double mouvement traduit la volonté d'un Etat qui veut à la fois faire de l'intégration et de l'anti-discrimination et d'une société qui se voudrait multi culturaliste et qui se vit et ne se conçoit comme nation que comme uni-culturelle.

Les deux exemples que j'ai choisis d'évoquer aujourd'hui illustrent à la fois ce double mouvement, ce paradoxe d'une conception égalitaire des rapports sociaux qui trouvent leur source première dans notre déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789 mais qui se heurte à une réalité sociale qui fait de la différence ethnique ou religieuse un obstacle à toute égalité.

Il s'agit d'une part d'une décision civile rendue en appel en matière de discrimination dans l'emploi à raison de l'apparence et des convictions religieuses du port du foulard islamique dans l'exécution du contrat de travail et d'autre part d'une décision pénale rendue également en appel en matière de discrimination dans le recrutement à raison de l'origine ethnique.

Ma volonté aujourd'hui n'est pas de vous faire un exposé théorique de la situation française mais au contraire, devant un public de juges, au travers de l'examen de ces deux décisions, de vous faire entrevoir les contradictions françaises en matière d'application réelle du principe d'égalité et de sanctions des discriminations dans les décisions judiciaires.

I. Le dossier Melle THARI contre la société TELEPERFORMANCE : Arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 19 juin 2003

Dans cette affaire, il s'agissait d'une salariée, Melle Thari, licenciée par son employeur par lettre en date du 16 juillet 2002, la société Téléperformance, en raison du non-respect par celle-ci de l'interdiction qui lui avait été faite, à l'occasion de sa mutation au siège social, de porter un foulard islamique au travail.

Par ordonnance en date du 17 décembre 2002, les premiers juges, saisis en la forme des référés, avaient estimé que le licenciement constituait une mesure discriminatoire en application de l'article L122-45 du Code du Travail, car non justifiée par un élément objectif étranger à toute discrimination. En conséquence, ils avaient prononcé la nullité du licenciement et ordonné la réintégration de l'intéressée dans l'entreprise sous astreinte de 150 euros par jour de retard, la décision étant revêtue de l'exécution provisoire immédiate.

La société Téléperformance avait formé appel de cette décision en demandant à la cour de dire n'y avoir lieu à référé en l'absence de tout trouble manifestement illicite découlant d'une cause de nullité du licenciement de Melle THARI ou de l'existence d'une discrimination à son encontre, le licenciement étant fondé sur la violation par Melle THARI des instructions claires quant à sa tenue vestimentaire sur son nouveau lieu de travail.

Par arrêt en date du 19 juin 2003, la cour d'appel de Paris, confirmant l'ordonnance des premiers juges, reprend une solution qu'elle avait déjà adoptée dans une précédente décision :

elle admet qu'une restriction à la liberté religieuse puisse être imposée à une salariée si l'employeur justifie que le port du foulard risque d'entraîner des problèmes relationnels avec la clientèle. Tel n'était, semble-t-il, pas, le cas ici.

On notera que le Conseil de prud'hommes s'était prononcé au regard tant de la liberté religieuse que de la liberté de se vêtir. En revanche, s'en tenant comme il se doit aux termes de la lettre de licenciement, la cour d'appel de PARIS retient seulement l'atteinte à la liberté religieuse.

Le licenciement d'une salariée, en raison de son refus de se conformer à l'interdiction qui lui a été faite, au moment de sa mutation au siège social, de porter un foulard islamique fait clairement référence, en violation de l'article L 122-45 du Code du Travail, à la fois aux convictions religieuses et à l'apparence physique de l'intéressée, ce dernier élément renvoyant aussi bien à sa physionomie, sa constitution physique et sa tenue vestimentaire.

Cette mesure est discriminatoire au sens du texte précité et constitue donc un trouble manifestement illicite qu'il appartient au juge des référés de faire cesser en prononçant la nullité du licenciement et en ordonnant la réintégration de la salariée dans son emploi dès lors que l'employeur ne fournit aucun élément étranger à cette discrimination justifiant sa décision.

La Cour d'Appel fixant les limites de sa saisine aux motifs de la lettre de licenciement a ainsi rappelé :

« L'article L122-45 du Code du Travail prohibe tout licenciement prononcé en raison des convictions religieuses du salarié, étant observé au surplus, que, dans son article 9, la convention européenne des droits de l'homme, consacre la liberté de manifester sa religion ou ses convictions en prévoyant qu'elle ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles prévues par la loi. Dès lors que la lettre de rupture fait expressément référence au refus de la salariée de renoncer à la manifestation de ses convictions religieuses, le licenciement présente toutes les apparences d'une mesure prohibée au sens de l'article L122-45 précité et il appartient à l'employeur de prouver que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Tel n'est pas le cas ici lorsque l'employeur reproche à une salariée de porter un foulard islamique alors que cette tenue ne pose aucun problème particulier dans ses contacts avec la clientèle »

Avec cette décision, la juridiction d'appel française démontre sa volonté d'appliquer très strictement et très fermement les dispositions du Code du Travail sanctionnant toute licenciement prononcé en raison des convictions religieuses du salarié et s'est volontairement soustraite à tout débat sur la liberté de se vêtir car dans ce cas, il ne s'agissait pas d'un simple choix vestimentaire distinct de toute considération religieuse.

En effet, des pièces produites, il est ressorti que, lors de ses différentes embauches antérieures, par le même employeur, aucune objection n'avait été formulée à l'égard de Melle THARI quant au voile qu'elle portait et l'entreprise n'avait donc alors pas perçu de contradiction entre ses intérêts légitimes et l'apparence physique de la salariée renvoyant à ses convictions religieuses.

La Cour rappelle ainsi les limites que le droit impose au débat judiciaire sur le litige soumis à une juridiction.

Alors que le débat commençait à l'époque à faire rage en France (débat qui aboutira en 2004 à la loi sur l'interdiction de port de signes religieux à l'école), la Cour d'appel de Paris n'a pas succombé à la tentation de l'analyse du port du foulard islamique en lui-même, indépendamment des circonstances concrètes de temps, de lieu et du cadre de travail dans lequel il est observé, comme attentatoire à un ordre public dont l'employeur pourrait en toute hypothèse et toute circonstance se prévaloir.

Au contraire, dans l'état actuel de notre droit tel qu'en fixent les principes des dispositions constitutionnelles et des conventions internationales incorporées dans notre droit interne une conception aussi absolue aboutissant à exclure le port du foulard en tant que tel et comme une pratique de l'islam se heurterait à la légalité républicaine.

En outre, devant un public d'agents chargés d'une fonction publique, il y a lieu de relever que les termes du débat, dans l'examen du présent litige, étaient limités à la sphère des rapports de droit privé entre un employeur et un salarié et conduisaient à une solution déterminée par la considération des conditions d'embauche de ce salarié et des clauses de son contrat de travail.

Les termes du débat ne sont pas identiques à ceux d'autres débats de caractère juridictionnel où il est, au premier chef, question de rapports de droit public entre un individu et une institution publique ayant la charge d'assurer le respect de règles spécifiques (neutralité du service public)

Ce dossier démontre ainsi la bonne application par une juridiction civile française des dispositions relatives aux sanctions civiles des discriminations en raison des convictions religieuses.

Il n'en est pas tout à fait de même pour le traitement pénal des discriminations à raison de l'origine ethnique.

II Le dossier Ministère Public contre Sas Adecco Travail Temporaire, Société Gemey Maybelline Garnier et autres.

Au cours de l'année 2000, la société GARNIER a procédé à la commercialisation d'une nouvelle gamme de coiffants intitulée « Fructis Style ».

A partir du mois d'avril 2000, elle a chargé la société DISTRICOM des animateurs de vente afin d'assurer la promotion des produits de la gamme au cours des mois de mai et de septembre 2000.

Au début de l'année 2001, une ancienne salariée de DISTRICOM, chargée de recruter des animateurs, Mme Christine CASSAN, a adressé à l'association SOS RACISME la copie d'un document interne de DISTRICOM en date du 12 juillet 2000 dans lequel sa directrice générale adjointe Madame Thérèse COULANGE demandait à Mme Géraldine CREUZAT, Directrice de la société ADECCO, de procéder pour le compte de GARNIER à l'embauche d'animatrices de vente en intérim ayant le profil suivant : « Jeune femme 18-22 ans, BBR, taille 40 maximum » pour les magasins CARREFOUR dont la liste figurait en annexe.

La mention « BBR » signifiait Bleu, Blanc, Rouge.

L'Association SOS RACISME a saisi la Direction Départementale du Travail afin qu'une enquête soit diligentée.

Dans son rapport du 23 janvier 2002, l'Inspecteur du Travail a dénoncé au Parquet de Paris des faits de discrimination raciale à l'embauche ainsi que d'entrave à l'exercice de ses fonctions : « des consignes discriminatoires ont manifestement été reçues et mises en œuvre par ADECCO ».

Le Procureur de la République a fait citer les sociétés DISTRICOM, ADECCO et GARNIER et autres devant le Tribunal de Grande Instance de Paris, statuant en matière correctionnelle, « pour avoir à Paris et sur le territoire national, courant 2000, en tout cas depuis un temps non couvert par la prescription refusé d'embaucher diverses animatrices dans le cadre d'une campagne de promotion des produits Garnier à raison de leur origine ou de leur appartenance ou non, vraie ou supposée, à une ethnie ou une nationalité déterminée ».

Par jugement en date du 01 juin 2006, le Tribunal de Grande Instance de Paris a prononcé la relaxe des tous les prévenus.

Par arrêt en date du 08 juillet 2007, la Cour d'appel de Paris a déclaré les SAS ADECCO, GEMEY MAYBELLINE et autres coupables du délit prévu par l'article 225-2 5 ° du code pénal et réprimé par les articles 225-2 alinéa 1, et 225-4 du même code et condamné les personnes morales à des peines d'un montant unitaire de 30.000 euros, outre des dommages-intérêts à l'association SOS RACISME, outre la publication de la décision judiciaire dans la presse.

Dans cette affaire, il s'agissait donc d'une discrimination au recrutement à raison de la non appartenance des candidates animatrices à la catégorie « bbr » soit bleu, blanc, rouge, couleurs du drapeau français.

Sans s'aventurer dans un débat sur la signification explicite de cette expression, la cour d'appel a constaté notamment :

- que la dénomination « bbr », prévue dans le profil de poste recherché et formalisée dans une fiche générale établie par la société de recrutement, correspondait à la notion de personne à recruter non typée mais de race blanche mais ne saurait seulement signifier la nécessité de bien parler le Français, le critère de la maîtrise du français étant déjà mentionnée dans les critères de compétences requises,
- que les témoignages et livres de photographies d'animatrices produits aux débats démontrent qu'il s'agissait d'une volonté de recrutement de personnes originaires de l'Europe et quasiment pas de personnes de couleur ;
- qu'il est suffisamment établi dès lors que la recherche d'animatrices était fondée sur leur origine et excluait toutes celles qui n'étaient pas originaires d'Europe ou étaient de couleur noire alors que la nature des produits présentés et l'éventuelle texture de leur chevelure ne justifiaient pas leur exclusion.

La cour d'appel a ainsi relevé dans sa condamnation la mise en œuvre d'une procédure de recrutement organisée pour exclure tout recrutement de personnes n'appartenant pas à la catégorie BBR.

Constatant l'infraction pénale de discrimination à raison de l'origine dans le recrutement, elle a donc prononcé des sanctions pénales.

Au-delà de la condamnation pénale de la discrimination, cette affaire démontre la difficulté sur le plan pénal et de rapporter la preuve de la discrimination raciale et d'aboutir à une décision efficace dans la lutte contre les discriminations les plus graves, celles organisées de façon systématique.

En effet, que relève-t-on dans cette affaire ?

1. La charge de la preuve en matière pénale qui expose au rejet de la dénonciation de l'infraction et à la relaxe des auteurs en première instance.

Sur ce point, le traitement de la charge de la preuve de la discrimination en matière civile est bien plus favorable puisqu'il permet à la personne qui se prétend discriminée, le salarié ou le candidat à un recrutement, de présenter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte et qu'au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles (article L122-45 alinéa 4 du Code du Travail).

En outre, la procédure devant le juge du contrat de travail est orale et ne requiert pas l'assistance obligatoire d'un avocat.

Dans ce cas, une candidate à l'emploi d'animatrice des ventes, disposant de la copie du texte faisant mention de la classification « bbr », aurait pu saisir la juridiction compétente et il aurait appartenu aux entreprises chargées du recrutement de rapporter la preuve d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination à raison de l'origine.

2. La longueur de la procédure, les faits sont constatés en 2000 et la condamnation en appel en 2007, sept années plus tard contre une année dans le dossier THARI.

3. Le montant unitaire des condamnations, 30.000 euros d'amende quand bien même il atteindrait le maximum légal de 150.000 euros (le texte de répression prévoyant que la peine encourue est de quatre fois le montant maximal de 45.000 euros) ne constitue pas toujours un montant suffisamment dissuasif pour empêcher une entreprise disposant de moyens importants de réitérer des pratiques discriminatoires de recrutement et d'embauche.

En revanche, la publication de la décision judiciaire dans la presse constitue une arme dissuasive pour les entreprises attachées à leur image de marque et leur réputation.

4. Enfin, les victimes des discriminations au recrutement n'ont pas été identifiées et n'ont ainsi pas été indemnisées de leur préjudice alors que dans le dossier THARI, la réintégration est ordonnée immédiatement et sous astreinte pécuniaire.

Pour toutes ces raisons, mon opinion, qui n'est qu'une opinion personnelle, est qu'une lutte efficace et concrète contre les discriminations à raison des origines doit conduire à développer des stratégies judiciaires investissant tant le champ civil que le champ pénal.

Toutefois, l'interrogation demeure de l'existence en France d'une véritable politique pénale de lutte contre les discriminations car les résultats obtenus sont trop faibles alors que les acteurs de cette lutte ont privilégié quasi exclusivement depuis 20 ans la voie pénale.

Le champ civil doit être davantage investi comme l'a été celui de la lutte contre les discriminations syndicales et pour la protection des salariés représentants syndicaux. Mais ce combat a pris de nombreuses années.

L'étude de ces deux dossiers démontre cependant la volonté des juridictions françaises d'appliquer scrupuleusement la législation de lutte contre les discriminations et de faire respecter l'égalité effective des droits en France.

Le chemin semble cependant encore long et difficile.

Long car notre tradition juridique et judiciaire fonctionne sur le même modèle républicain : elle présuppose en chacun des individus vivant régulièrement en France une égalité de droits en fait et en droit. Elle répugne alors à constater et à reconnaître l'existence d'un comportement discriminatoire encore plus une pratique organisée de discrimination.

Difficile car notre tradition juridique n'est pas familière de mécanisme de charge de la preuve « inversée », c'est-à-dire, un commencement de preuve apportée par la partie demanderesse supposée discriminée qui peut être consolidé par une mesure d'instruction ordonnée par le juge et une partie défenderesse qui doit elle rapporter la preuve d'éléments objectifs de sa pratique étrangers à toute discrimination.

Ainsi, la lutte en France contre les discriminations à raison de l'origine en est elle à ses débuts et les prochaines décisions judiciaires qui seront rendues nous montreront comment les juges français s'accoutument de la préservation de leur modèle républicain par l'usage de techniques juridiques et judiciaires empruntées à d'autres systèmes judiciaires comme le système anglo-saxon.

S'agissant des discriminations à raison des convictions religieuses, le chemin risque d'être encore plus long et difficile car la lutte contre les discriminations vient partiellement heurter notre principe à valeur constitutionnelle qui n'est au demeurant qu'une déclinaison du principe d'égalité, celui de la laïcité.

Mais notre débat aujourd'hui n'est pas celui de la laïcité qui, dans notre espace judiciaire européen, constitue une spécificité bien française.

J'espère apprendre ici, avec vous tous, vos pratiques en la matière qui, nous ouvriront d'autres perspectives de débats et d'avancées en France sur le traitement des discriminations à raison des convictions religieuses.

Je vous remercie pour votre attention.