



HAL
open science

Discriminations

Serge Slama

► **To cite this version:**

| Serge Slama. Discriminations. Dictionnaire permanent - Droit des étrangers, 2006. hal-03993652

HAL Id: hal-03993652

<https://hal.science/hal-03993652>

Submitted on 17 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Discriminations

Sommaire

| | | | | | |
|--------------------|--|----------------|--|--|------------------------------------|
| Présentation | 4 | Sous-section 2 | La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) | 15 | |
| TITRE 1 | Instruments internationaux de lutte contre les discriminations | 5 | Sous-section 3 | La charte sociale européenne | 16 |
| CHAPITRE 1 | La prohibition universelle des discriminations | 5 | Section 2 | Les instruments de prohibition des discriminations dans le cadre de l'Union européenne | 18 |
| Section 1 | L'Organisation des Nations unies | 5 | Sous-section 1 | Cadre normatif général | 18 |
| Sous-section 1 | Les Pactes internationaux de New York de 1966 et autres stipulations conventionnelles universelles | 5 | Sous-section 2 | Modalités d'application | 22 |
| § 1 | Les pactes de New York | 5 | § 1 | Domaine d'application et concept de discrimination | <i>Erreur ! Signet non défini.</i> |
| § 2 | Autres stipulations conventionnelles universelles | 6 | § 2 | L'apport de la directive « racisme » du 29 juin 2000 | <i>Erreur ! Signet non défini.</i> |
| Sous-section 2 | La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale | 7 | TITRE 2 | Instruments nationaux de lutte contre les discriminations | 26 |
| § 1 | Principe et exceptions | 7 | CHAPITRE 1 | Droit public | 26 |
| § 2 | Droits garantis et obligations des États parties | 7 | Section 1 | L'affirmation du principe d'égalité en droit public | 26 |
| Section 2 | L'Organisation internationale du travail (OIT) | 8 | Sous-section 1 | Jurisprudence administrative | 26 |
| CHAPITRE 2 | La protection régionale contre les discriminations au niveau européen | 9 | Sous-section 2 | Jurisprudence constitutionnelle | 26 |
| Section 1 | Les instruments de prohibition des discriminations dans le cadre du Conseil de l'Europe | 9 | Section 2 | Modalités d'application du principe d'égalité aux étrangers en droit public | 27 |
| Sous-section 1 | La Convention européenne des droits de l'homme | 9 | Sous-section 1 | Approche sectorielle | 27 |
| § 1 | L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme | 9 | Sous-section 2 | Mesures administratives | 30 |
| § 2 | L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et la discrimination raciale | 10 | Sous-section 3 | Procédure | 31 |
| § 3 | L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et la discrimination fondée sur l'origine nationale | 10 | CHAPITRE 2 | Droit pénal | 31 |
| § 4 | Le Protocole n° 12 de la Convention européenne des droits de l'homme | 14 | Section 1 | Évolution du cadre législatif | 31 |
| | | | Section 2 | Discriminations pénalement incriminées et jurisprudence | 32 |
| | | | Sous-section 1 | Articles 225-1 à 225-4 du code pénal | |

| | | | | | |
|-------------------|--|---|-----------|--|--|
| | 32 | | | | |
| | Sous-section 2 | Article 432-7 du code pénal..... | 34 | | |
| | Sous-section 3 | Autres incriminations | 35 | | |
| Section 3 | Modalités d'application de l'incrimination pénale | 37 | | | |
| | Sous-section 1 | Intentionnalité et imputabilité | 37 | | |
| | Sous-section 2 | Problèmes de la preuve..... | 38 | | |
| | Sous-section 3 | Engagement des poursuites et constitution de partie civile..... | 39 | | |
| CHAPITRE 3 | Droit du travail..... | | 40 | | |
| Section 1 | Cadre général | | 40 | | |
| | | | | Section 2 | Modalités d'application du principe de non-discrimination figurant dans le code du travail |
| | | | | | 41 |
| | | | | TITRE 3 | Le dispositif public de lutte contre les discriminations et les discriminations institutionnelles |
| | | | | | 43 |
| | | | | CHAPITRE 1 | Le dispositif public de lutte contre les discriminations |
| | | | | | 43 |
| | | | | Section 1 | La structuration du dispositif |
| | | | | | 43 |
| | | | | Section 2 | Missions et fonctionnement de la HALDE |
| | | | | | 44 |
| | | | | CHAPITRE 2 | Les discriminations institutionnelles : les droits et emplois soumis à une condition de nationalité |
| | | | | | 48 |
| | | | | Bibliographie et Adresses utiles..... | 50 |

Table alphabétique

A

Accord Communauté européenne-État tiers, 74
Adresses utiles, 148
Agence des droits fondamentaux, 70
Agence nationale pour l'emploi (ANPE), 102
Agent dépositaire de l'autorité publique, 102 et s., 108
Associations (capacité à ester), 114, **121**
Autorité indépendante, 127

B

Bibliographie, 147

C

Charte des droits fondamentaux, 51
Charte sociale européenne, 46 et s.
Collectivité locale, 79, 91 et s.
Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR), 23
Comité des droits de l'homme (CDH) des Nations unies, 14
Comité européen des droits sociaux, 48
Commission départementale d'accès à la citoyenneté (CODAC), 126
Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), 44 et s.
Constitution de partie civile, 113 et s.
Convention de Genève relative au statut des réfugiés, 16
Convention européenne des droits de l'homme :
— article, 14, 30 et s.
— protocole n° 12, **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**, 42 et s.
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, **18 et s.**, **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**, 94
Convention internationale sur les droits de l'enfant, 15
Conventions OIT, 25 et s.
Crimes contre l'humanité, 105 et s.

D

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 3, **75 et s.**
Dignité humaine, **4**, 33, **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**
Directive communautaire :
— égalité de traitement, 43 et s., 121
— « racisme », **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** et s., 121
Discrimination, **1 et s.**, 19
Discrimination directe / indirecte, **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**, 97, 119
Discrimination institutionnelle (verticale), 7, 102, 140 et s.
Discrimination entre particuliers (horizontale), 43, 101
Discrimination positive (affirmative action), **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**, **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**
Discrimination raciale : 5, 18 et s., 33 et s.
— répression pénale, 93, **115**
Discrimination en raison du patronyme ou de l'apparence physique, 84, 97, 119
Discrimination religieuse, 101, 107

E

Éducation, scolarisation, 76, 103
Égalité de traitement, 29, 75 et s., 119
Égalité devant la loi, 12, **75**
Emploi et profession, 28, 46
Emploi fermé, 141 et s.
Entrave à l'exercice d'une activité économique, 101

F

Fichier informatique, 86 et s., 105
Fonds d'action sociale pour l'intégration et la lutte contre les discriminations (FASILD), 126, 145
Formation professionnelle, 97, **101**
Fourniture d'un bien ou d'un service, 101, 111

G

Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations (GELD), 126, 144

H

Harcèlement racial, **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**, 125
Haut Conseil à l'intégration (HCI), 5
Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), 128 et s.

I

Incitation, provocation :
— dissolution des associations et groupements de fait, 89
Incitation, provocation à la discrimination, **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**, 125
Incitation provocation à la haine raciale, 105
Inspecteur du travail, 123
Intentionnalité, 19, 107

J

Justification objective, **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** et s., 43

L

Licenciement, 101, 117
Logement (dont HLM), 87, 101
Loi du 16 novembre 2001 (lutte contre les discriminations) : 97, 118
— numéro « 114 », 126
Loi de modernisation sociale, 118, 125

M

Médaille de la famille française, 79, 145
Minorité, 79
Moyen institutionnel de lutte, 115

N

Nationalité (condition), 72, 77, 141 et s.
Numéro « 114 », 126

O

Observatoire européen des phénomènes
racistes et xénophobes (EUMC), 70
Offre d'emploi, 101, 107

P

Pacte civil de solidarité (PACS), 85
Pactes internationaux de New York, 9 et s.
Pension civile et militaire :
— cristallisation, 39
— réversion, 39
Plainte, 23, 113
Préférence nationale, 76, 79
Prestation sociale, 29, 76 et s.
Preuve (régime, charge), **Erreur ! Source du
renvoi introuvable.**, 109 et s., 120
Principe de non-discrimination : 3, 10, 19 et s.
— convention européenne des droits de
l'homme, 30 et s.
— charte sociale européenne, 47
— droit communautaire, 51
— droit public français, 84
— protocole n° 12 de la CEDH, 43
Publication destinée à la jeunesse, **90**, 93

R

Rapport de la Commission nationale
consultative des droits de l'homme
(CNCDH), 115 et s.
Réciprocité (condition), 141 et s.
Recours effectif, **Erreur ! Source du renvoi
introuvable.**
Référé-suspension, 92
Refus d'embauche, 101, 110
Rétorsion (mesures de), **Erreur ! Source du
renvoi introuvable.**, 122

S

Sanction, 101, 104
Sécurité sociale, 27, 46, 145
Stage, 97, 101
Statistiques ethniques, **Erreur ! Source du
renvoi introuvable.**, 107
Syndicat (capacité à ester en justice), 114, 121

T

Test de situation (Testing), 111 et s.
Traitement dégradant, 4, 33, **Erreur ! Source
du renvoi introuvable.**
Tsigane, 33, **Erreur ! Source du renvoi
introuvable.**

U

Union européenne : 51
— libre circulation, 51, 71 et s.
— traité, 71

V

Victime, **Erreur ! Source du renvoi
introuvable.**, 121

Présentation

1 Notion générale de discrimination ■ Selon le *Petit Robert*, « discriminer », c'est distinguer, séparer. La « discrimination » est ainsi d'établir entre des objets ou des individus une différenciation ou une distinction selon des critères définis. Cette notion d'origine anglo-saxonne, apparue pour la première fois dans *le Littré* en 1877, n'a donc pas étymologiquement de connotation nécessairement négative. Pourtant, de nos jours, le concept de discrimination est entaché d'une dimension péjorative : il s'agit du « fait de distinguer un groupe social des autres et de restreindre ses droits » (*Dictionnaire Hachette Encyclopédique 2000*). Comme le fait remarquer D. Lochak, « discriminer, dans le langage courant, ce n'est plus simplement séparer, mais séparer en hiérarchisant, en traitant plus mal ceux qui, précisément seront dits victimes d'une discrimination. L'adjectif « discriminatoire » désigne ainsi exclusivement un comportement ou un acte qui tend à distinguer un groupe humain ou une personne des autres, à son détriment » (*Réflexions sur la notion de discrimination, Dr. soc., 1987, p. 778*).

2 Notion juridique ■ La même connotation négative se retrouve dans le langage juridique. Si, au prix d'un flottement terminologique, « toute différence de traitement », « toute distinction opérée entre des catégories de personnes indépendamment de son caractère légitime ou non » peut être considérée comme une discrimination, de plus en plus s'affirme, aussi bien en droit international que dans les droits internes, sous l'influence anglo-saxonne, que toute discrimination est arbitraire et même « odieuse » (*Cornu, Vocabulaire juridique, Assoc. Henri Capitant, Quadriga-PUF*) et donc « fondamentalement à proscrire » (*Lochak D., ibid.*). Si bien que selon D. Lochak, la discrimination, « c'est la distinction ou la différence de traitement illégitime : illégitime parce qu'arbitraire, et interdite parce qu'illégitime » (*ibidem.*). Plus précisément, selon le « Cornu », il s'agit « d'un traitement différentiel consistant à refuser à des individus, à des groupes ou à des États, des droits ou des avantages qui sont reconnus par ailleurs à d'autres » et qui « s'oppose à l'égalité de traitement (souvent désignée par le terme de non-discrimination) ».

3 Lien entre l'égalité et le principe de non-discrimination ■ Il existe donc un lien très fort entre le principe de non-discrimination et celui d'égalité. « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit » (*art. 1^{er}*) et « La loi doit être la même pour tous » (*art. 6*), affirme la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. La réalisation de l'égalité suppose la suppression, la mise hors la loi de toutes les discriminations (*D. Lochak, ibid.*). La discrimination étant non seulement « une différence de traitement fondée sur un critère arbitraire » mais encore « une atteinte illégitime au principe d'égalité » (*F. Desportes, Discriminations in J.-Cl. pén. Code, préc. n° 1*).

4 Discrimination et atteinte à la dignité humaine ■ Il s'agit également d'une atteinte au principe de dignité humaine. « Établir une hiérarchie arbitraire, toujours injuste et parfois humiliante ou dégradante, entre les individus (...) porte en effet atteinte à la conception de la personne humaine sur laquelle repose le principe démocratique d'égalité » (*F. Desportes, ibid.*). « C'est de la dignité éminente de l'homme, reconnue comme constituant de chaque être humain particulier, que procède le principe d'égalité » (*Ch. Korman, L'ange, la bête et les hommes..., Gaz. Pal., 1998, p. 1481*). Dès 1945, la charte des Nations unies établit un lien entre « les principes de la dignité et de l'égalité de tous les êtres humains ». C'est pour cette même raison qu'en 1994 le législateur a inscrit les articles du code pénal réprimant ce comportement (♦ *C. pén., art. 225-1 et s.*) dans la première section d'un chapitre du code intitulé « des atteintes à la dignité de la personne ».

5 Illégitimité de la discrimination raciale ■ Toute différence de traitement, et même toute inégalité de traitement n'est pas constitutive de discrimination. Elle ne le devient que si elle

apparaît illégitime. Or, en droit français, selon les articles 225-1 et 225-2 du code pénal sont passibles de sanctions pénales les discriminations fondées sur l'origine ou l'appartenance (ou la non appartenance), vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion — et plus récemment le patronyme ou l'apparence physique — qui consistent à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service, entraver l'exercice normal d'une activité économique, refuser d'embaucher, etc. Le droit pénal fait de l'intention et de sa preuve l'élément constitutif central de l'infraction (v. n°s 107 et s.).

Mais, dans la réalité, les discriminations n'ont pas toujours une origine intentionnelle et peuvent résulter aussi de comportements obéissant à des motivations non discriminatoires. C'est pourquoi, le Haut Conseil de l'intégration (HCI) propose de donner une définition plus large de la notion de discrimination en considérant qu'est discriminatoire « toute action ou attitude qui conduit, à situation de départ identique, à un traitement défavorable de personnes du fait de leur nationalité, origine, couleur de peau ou de religion, qu'une intention discriminatoire soit, ou non, à l'origine de cette situation » (*HCI, Lutte contre les discriminations..., p. 11*). En ce sens, la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations a élargi la définition du principe de non-discrimination en matière d'emploi, de travail et de formation figurant à l'article L. 122-45 du code du travail (v. n°s 119 et s.). En achevant de transposer les directives communautaires relatives à l'égalité de traitement, la loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) s'inscrit dans la même démarche « d'universalisation » de la lutte contre toutes les formes de discriminations.

C'est cette approche qui sera retenue dans la présente étude.

6 Cadre général de l'étude ■ Seront donc étudiées ici non seulement les discriminations frappant les étrangers *stricto sensu* (appartenance à une nation) mais également celles à l'encontre des populations qui à raison de leur origine, de leur couleur de peau ainsi que, sur le fondement du code pénal, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, à une « race », de leur religion, apparence physique ou patronyme font l'objet d'un traitement différencié. Le champ de cette étude ne se limite pas au seul droit pénal. L'ensemble des instruments de lutte contre les discriminations résultant aussi bien du droit international, européen, communautaire que constitutionnel, administratif, pénal ou du travail sont évoqués.

7 Intégration des discriminations institutionnelles ■ En outre, subsiste dans le droit français un grand nombre de dispositions qui prennent en compte le critère de nationalité ou un autre critère lié à celle-ci pour l'accès à certains droits ou emplois. Si ces différences de traitement sont au point de vue formel « légales », elles n'en constituent pas moins des discriminations liées à l'origine nationale de la personne. Ces discriminations « institutionnelles » (en ce qu'elles proviennent des institutions publiques) seront également étudiées, notamment dans leur forme la plus connue : les emplois soumis à une condition de nationalité. Or, il est généralement reconnu que l'existence de discriminations « légales » émanant de l'appareil étatique entretient ou légitime la persistance des discriminations prohibées dans le secteur privé.

Seront évoqués les instruments utilisés par les pouvoirs publics pour lutter contre les discriminations. Car si le phénomène discriminatoire contre les étrangers ou les personnes d'origine étrangère n'est pas récent, ces dernières années s'est produit un processus de reconnaissance de ce phénomène dans l'espace public et de légitimité à le combattre avec la création d'organismes spécifiquement chargés de cette lutte (*D. Fassin, L'invention de la discrimination, RF sc. pol., vol. 52, n° 4, août 2002, p. 403*).

TITRE 1 Instruments internationaux de lutte contre les discriminations

8 Genèse en droit international ■ Dès 1945, la charte des Nations unies du 26 juin 1945 affiche en son article 1^{er} paragraphe 3 comme objectifs de développer et d'encourager le « respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, [...] de langue ou de religion ». Ce principe est par la suite repris dans la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 qui reprend la formule de la charte en l'élargissant, puisqu'à l'article 2, elle indique : « chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente déclaration sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, [...], de langue, de religion, [...], d'origine nationale [...] ou de toute autre situation ». Son article 1^{er} portant plus largement : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits » et son article 7 : « Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination [...] ».

CHAPITRE 1 La prohibition universelle des discriminations

Section 1 L'Organisation des Nations unies

Sous-section 1 Les Pactes internationaux de New York de 1966 et autres stipulations conventionnelles universelles

§ 1 Les pactes de New York

9 Charte internationale des droits de l'homme ■ Dans le cadre des Nations unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 a été complétée par deux pactes adoptés par l'assemblée générale des Nations unies le 16 décembre 1966. Il s'agit du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). La France les a ratifiés par la loi du 25 juin 1980 (♦ *D. n° 81-76, 29 janv. 1981 : JO, 1^{er} févr.*). Tous deux contiennent des stipulations visant à prohiber les discriminations. Néanmoins leur réception en droit interne diffère.

10 Non-applicabilité directe et relativité du principe de non-discrimination affirmé à l'article 2, 2^o du PIDESC ■ L'article 2, 2^o du PIDESC porte que : « Les États parties au présent pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur [...], la langue, la religion, [...], l'origine nationale, [...] la naissance ou toute autre situation. » Néanmoins, ce pacte n'est pas d'applicabilité directe. Il s'agit par conséquent d'un simple objectif à atteindre pour les États dont la mise en œuvre dépend d'eux. Il n'est donc pas directement invocable par les particuliers devant les juridictions (♦ *CE, 5 mars 1999, n° 194658, Rouquette ; Rec. CE p. 37, RFD adm. 1999, p. 357, concl. C. Maugué*).

Cette position a depuis été constamment confirmée par le Conseil d'Etat. Ainsi, il écarte l'invocation des stipulations des articles 2 et 9 du PIDESC dans le contentieux de la « décrystallisation » partielle des pensions des anciens fonctionnaires civils et militaires des anciens territoires sous souveraineté française (*CE 18 juil. 2006, n°274664, Gisti*) et de celles de ses articles 9 et 10 dans celui de la réforme de l'Aide médicale d'Etat par les décrets du 28 juillet 2005 (*CE, 7 juin 2006, n° 285576, Aides, Gisti, LDH, MDM, MRAP*).

En outre, ce principe très général de non-discrimination ne s'applique qu'aux droits économiques, sociaux et culturels

garantis dans ce même texte. Lors de sa ratification, la France a également émis la réserve selon laquelle les dispositions du PIDESC concernant le droit au travail (*art. 6*), à la sécurité sociale (*art. 9*), à un niveau de vie suffisant (*art. 11*) et à l'éducation (*art. 13*) devaient être interprétées comme ne faisant pas obstacle « à des dispositions réglementant l'accès des étrangers au travail ou fixant des conditions de résidence pour l'attribution de certaines prestations sociales », ce qui en limite d'autant plus la portée.

11 Applicabilité directe et relativité du principe de non-discrimination affirmé à l'article 2 paragraphe 1 du PIDCP ■ L'article 2 paragraphe 1 du PIDCP porte que les États parties « s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, [...] de langue, de religion [...], d'origine nationale [...], de naissance ou de toute autre situation ». Là encore, l'invocation de cet article ne peut se faire qu'en référence à un autre article du Pacte. En revanche, les stipulations du Pacte sont reconnues comme étant d'applicabilité directe aussi bien par la Haute Juridiction administrative (♦ *CE, Ass., 23 nov. 1984, n° 60106, Roujansky et a. : Rec. CE, p. 383*) que judiciaire (♦ *Cass. soc., 18 janv. 1989, n° 87-44.285, n° 193 P, Sté générale de courtage d'assurance (SGCA) c/Leguen : Bull. civ. V, n° 47*) dès lors qu'elles sont suffisamment précises pour être directement invoquées par un particulier devant une juridiction (♦ *CE, 21 déc. 1990, n° 105743, Confédération nationale des assoc. familiales catholiques : Rec. CE, p. 369, AJDA 1991, p. 157, concl. B. Stirn*). C'est le cas des stipulations de l'article 2 paragraphe 1 du PIDCP (♦ *CE, 9 juin 2004, n° 268319*).

12 Autonomie théorique de l'article 26 du PIDCP ■ L'article 26 du PIDCP proclame que : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, [...] de langue, de religion, [...] d'origine nationale [...] de naissance ou de toute autre situation. » On peut légitimement penser, compte tenu de l'existence de l'article 2 paragraphe 1, que le principe d'égalité devant la loi proclamée par cet article 26 a un caractère autonome. C'est d'ailleurs ce qu'a estimé le Comité des droits de l'homme des Nations unies en indiquant, dans une communication individuelle, que « l'article 26 ne se contente pas de réitérer les garanties déjà prévues à l'article 2 » du PIDCP. Dès lors, selon le comité, les principes affirmés dans l'article 26 revêtent une portée générale et peuvent ainsi concerner un droit inscrit dans le PIDESC (*comm. n° 172/1984, 9 avr. 1987, Broeks c/Pays-Bas*). Sur ce fondement, il constata même dans une affaire du 6 avril 1989 (*Ibrahima Gueye c/France, 3 avr. 1989, n° 196/1985, RUDH, 1989, p. 62*), à propos de la « cristallisation » des pensions des fonctionnaires civils et militaires étrangers des anciennes colonies françaises, qu'elle méconnaissait le principe posé par l'article 26 du pacte en édictant une discrimination liée au seul critère de nationalité du bénéficiaire.

13 Limitation de la portée de l'article 26 du PIDCP par le Conseil d'Etat ■ A l'inverse, dans un avis d'assemblée du contentieux de 1996, également à propos d'un litige individuel relatif à la « cristallisation » de ces pensions, le Conseil d'Etat a estimé qu'« il résulte de la coexistence [des deux pactes], ouverts à la signature le même jour, que l'article 26 précité du premier de ces pactes [le PIDCP] ne peut concerner que les droits civils et politiques mentionnés par ce pacte et a pour seul objet de rendre directement applicable le principe de non-discrimination propre à ce pacte ».

Et que, dès lors, les dispositions de l'article 26 du PIDCP « n'étaient invocables que par les personnes qui invoquent une discrimination relative à l'un des droits civils et politiques énumérés par ce pacte », ce qui n'est pas le cas du droit à pension (♦ *CE, Avis, 15 avr. 1996, n° 176399, Doukouré : Rec. CE, p. 126*). L'avis du Conseil d'Etat a néanmoins été rendu sur

conclusions contraires du commissaire du gouvernement Martin (*RFD adm.* 1996, p. 808) et en opposition radicale avec l'unanimité de la doctrine juridique.

Dans une [communication de 2002 \(n° 854/1999, 26 juillet 2002 Wackenheim c/France\)](#), le Comité des droits de l'homme a rappelé, à propos de l'interprétation française, que : « l'article 26 ne reprend pas simplement la garantie déjà énoncée à l'article 2, mais prévoit par lui-même un droit autonome. L'application du principe de non-discrimination énoncé à l'article 26 n'est donc pas limitée aux droits stipulés dans le Pacte. ».

Le Conseil d'Etat a pourtant confirmé cette position dans plusieurs arrêts, sans la fonder davantage juridiquement, pour l'accès à une couverture médicale, s'agissant des textes législatifs et réglementaires réformant l'Aide médicale d'Etat (*CE, 7 juin 2006, n° 285576, Aides, Gisti et alii*) ou, de nouveau, pour le droit à pension, pour les textes maintenant une différence de traitement entre anciens combattants et fonctionnaires français et ceux ressortissants des anciens territoires sous administration française (*CE, Sect. 18 juillet 2006, n°274 664 Gisti et avis, n°286 122, M. Ka*).

14 Modalités de saisine du Comité des droits de l'homme des Nations unies (CDH) ■ La France ayant ratifié le 17 février 1984 un protocole facultatif au PIDCP reconnaissant la compétence du CDH, un particulier qui s'estime victime de sa part de la violation de l'un quelconque des droits énoncés dans le Pacte, et qui n'a pas obtenu satisfaction après avoir épuisé tous les recours internes, peut déposer devant le CDH une « communication écrite » individuelle qui pourra aboutir, le cas échéant, à un « constat » de violation, sans portée juridique contraignante, du Pacte (*modèle accessible sur : <http://www.unhchr.ch>*). Ce constat est néanmoins publié en intégralité et annexé au rapport annuel remis à l'assemblée générale des Nations unies. Cette procédure représente donc potentiellement un argument de poids pour un particulier victime d'une discrimination étatique.

http://www.unhchr.ch/french/html/menu2/complain_fr.htm

§ 2 Autres stipulations conventionnelles universelles

15 La Convention internationale sur les droits de l'enfant (CIDE) du 26 janvier 1990 ■ L'article 2 de la CIDE porte que les États parties « s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, [...], de langue, de religion [...] de l'enfant ou de ses parents ou autres représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique, sociale [...], de leur naissance ou de toute autre situation » et à prendre « toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toute forme de discrimination [...] motivée par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille ». Mais le Conseil d'Etat a estimé que cette stipulation n'est pas d'applicabilité directe et ne peut donc être directement invoquée devant les tribunaux par les particuliers (♦ *CE, 10 juill. 1996, n° 162098, Aghane*) (♦ *CE, 29 janv. 1997, n° 173470, Torres*). Le récent revirement de la Cour de cassation consacrant l'applicabilité directe de stipulations de la CIDE porte sur ses articles 3-1 et 12-2 (♦ *Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-16.336, n° 909 F - P + B*) (♦ *Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613, n° 891 FS - P + B + R + I*) (v. l'étude JEUNES).

Dans le contentieux de la réforme de l'Aide médicale d'Etat, le Conseil d'Etat a considéré que l'article 97 de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2003 était incompatible avec l'article 3-1 de la CIDE (intérêt supérieur de l'enfant) combiné à son article 1er (définition l'enfant) en ce que ces dispositions « interdisent que les enfants [de moins de dix-huit ans] connaissent des restrictions dans l'accès aux soins nécessaires à leur santé ».

Il a donc constaté que les décrets n°2005-859 et 2005-860 du 28 juillet 2005 relatifs à l'admission à l'AME étaient illégaux en tant que la disposition législative dont ils découlent subordonne l'accès à l'AME à une condition de résidence ininterrompue d'au

moins trois mois en France, sans prévoir de dispositions spécifiques en vue de garantir les droits des mineurs étrangers et renvoient ceux-ci, lorsque cette condition de durée de résidence n'est pas remplie, à la seule prise en charge des soins urgents « dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou d'un enfant à naître » (*CE, 7 juin 2006, n°285576, Aides, Gisti et alii*).

L'invocation de l'article 3-1 la CIDE au bénéfice de l'accès des mineurs à une couverture médicale permet au Conseil d'Etat – sans consacrer l'applicabilité directe de la charte sociale européenne révisée – d'aboutir au même type de solution que le Comité européen des droits sociaux sur le fondement de l'article 17 de la charte sociale (♦ *Déc. Comité européen des droits sociaux, 8 sept. 2004, n° 14/2003, FIDH c/ France, adoptée par résolution du conseil des ministres du conseil de l'Europe le 4 mai 2005, RD sanit. soc., 2005, p. 555, note I. Daugareilh*).

v. pour des développements l'étude PROTECTION SOCIALE.

16 Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés ■ L'article 3 de la Convention de Genève de 1951 proclame un principe de non-discrimination en garantissant que : « Les États contractants appliqueront les dispositions de cette convention aux réfugiés sans discrimination quant à la race, la religion ou le pays d'origine » (♦ *Conv. de Genève, 28 juill. 1951*).

Par ailleurs la Convention prévoit, s'agissant de l'accès au logement, que les Etats accordent aux réfugiés résidant régulièrement sur leur territoire, dès lors que c'est de la compétence de l'autorité publique, « un traitement aussi favorable que possible » et qui ne peut être « moins favorable que celui qui est accordé, dans les mêmes circonstances, aux étrangers en général » (*article 21*). Pour l'accès à l'éducation publique, les Etats doivent leur accorder le même traitement qu'aux nationaux pour l'enseignement primaire (*article 22, 1^o*) et un traitement « aussi favorable que possible, et en tout cas non moins favorable que celui qui est accordé aux étrangers en général dans les mêmes circonstances » pour les autres catégories d'enseignement, notamment en ce qui concerne l'accès aux études, la reconnaissance de certificats d'études, de diplômes et de titres universitaires délivrés à l'étranger, la remise des droits et taxes et l'attribution de bourses d'études (*article 22, 2^o*). La Convention prévoit aussi un principe d'égalité de traitement pour l'accès à l'assistance publique (*article 23*), au travail et à la sécurité sociale (*article 24*) et au ravitaillement (*article 20*).

Sur le fondement de l'article 22, 2^o, le Conseil d'Etat a annulé des dispositions d'un arrêté ministériel du 21 juillet 2004 fixant les conditions de déroulement des épreuves de contrôle des connaissances qui exigeait de la part des personnels de santé non communautaires, en vue d'obtenir l'autorisation d'exercer la médecine en France (*articles L. 4111-2 et L. 4221-12 du code de la santé publique*), la production d'une attestation des autorités universitaires de leur pays d'origine, sans prendre en compte la situation particulière des réfugiés et demandeurs d'asile. En effet, en raison même de leur statut de réfugié ou de candidats au statut, ces personnels sont susceptibles de se voir refuser par les autorités universitaires de leur pays d'origine la production de l'attestation exigée. Dès lors, le fait que l'arrêté n'ait pas prévu qu'une autorité administrative française puisse, le cas échéant, s'y substituer constitue « un traitement susceptible de se révéler moins favorable que celui effectivement appliqué aux autres étrangers » en méconnaissance de la convention de Genève (*CE 8 février 2006, n°277258, APSR*).

17 Une véritable règle coutumière de droit international ■ Le nombre d'instruments internationaux, universels ou régionaux, affirmant la prohibition des discriminations raciales est tel que le

principe de l'interdiction de ces discriminations est devenu une règle du droit international coutumier, qui est explicitement mentionnée par la Cour internationale de justice parmi les « obligations internationales *erga omnes* » (♦ *CIJ*, 5 févr. 1970, *Barcelona Traction* : *Rec.* 1970, p. 32, § 33-34).

Sous-section 2 **La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale**

18 Adoption et ratification de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ■ Les obligations les plus étendues faites aux États en matière de lutte contre le racisme figurent dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale qui a été adoptée par une résolution de l'assemblée générale des Nations unies du 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969. Elle bénéficie d'une large adhésion de la communauté internationale avec 165 États parties au 10 janvier 2003 et a été ratifiée par la France par la loi n° 71-392 du 28 mai 1971 (*JO*, 29 mai) et publié par le décret n° 71-901 du 2 novembre 1971 (*JO*, 10 nov.).

V. M. BIDAULT, Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : analyse d'une dynamique institutionnelle, Montchrestien-CÉDIN Paris X, 1997 ; R. DE GOUTTES, Le rôle du Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination raciale, RTDH 2001, pp. 567-584 ; L.-A. SICILIANOS, L'actualité et les potentialités de la convention sur l'élimination de la discrimination raciale. A propos du 40^e anniversaire de son adoption, RTDH, 64/2005, p.86.

§ 1 Principe et exceptions

19 Définition d'un principe de non-discrimination raciale très large ■ L'article 1^{er} de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale pose un principe de non-discrimination raciale particulièrement large puisqu'est prohibée toute « discrimination raciale », c'est-à-dire « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur :

- la race ;
- la couleur ;
- l'ascendance ;
- l'origine nationale ou ethnique,

lorsqu'elle a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique ».

Cette définition est d'autant plus large que cet article utilise l'expression « qui a pour but ou pour effet » pour caractériser les motifs de discrimination prohibée. Les termes de cette alternative permettent d'affirmer que même en l'absence d'intention discriminante, le seul « effet », c'est-à-dire la simple constatation objective d'une différence de traitement prohibée, suffit à caractériser la discrimination.

20 Atténuations ou exceptions au principe ■ Cette définition comporte néanmoins trois exceptions :

— elle ne s'applique pas « aux distinctions, exclusions, restrictions ou préférences établies par un État [...] selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou de non-ressortissants » (♦ *Conv. intern. EDR*, 7 mars 1996, art. 1^{er}, § 2), autrement dit entre nationaux et étrangers. Toutefois, ces distinctions ne doivent pas aboutir à priver l'étranger du « minimum de traitement civilisé » que l'État est tenu de lui accorder en toute hypothèse, ou à introduire des discriminations entre certaines catégories d'étrangers. A noter en outre que le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR) a adopté le 19 mars 1993 une recommandation générale XI-42 relative aux non-ressortissants, précisant que ce paragraphe 2 de l'article 1^{er} « n'affecte pas

l'obligation qu'ont les États parties de fournir des renseignements complets sur les lois relatives aux étrangers ». Le comité a donc la faculté d'examiner la situation des étrangers, notamment en situation irrégulière, qui feraient l'objet de discriminations.

— elle n'affecte d'aucune manière « les dispositions législatives des États concernant la nationalité, la citoyenneté ou la naturalisation, à la condition que ces dispositions ne soient pas discriminatoires à l'égard d'une nationalité particulière » (♦ *Conv. intern. EDR*, 7 mars 1996, art. 1^{er}, § 3).

— sont autorisées les discriminations dites « positives », à savoir, selon la définition donnée, « les mesures spéciales prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour leur garantir la jouissance des droits de l'homme (...) dans les conditions d'égalité » (♦ *Conv. intern. EDR*, 7 mars 1996, art. 1^{er}, § 4).

§ 2 Droits garantis et obligations des États parties

21 Obligation générale d'empêcher la discrimination raciale dans l'exercice de droits énumérés ■ Les États parties se sont engagés à assurer la jouissance sans discrimination « de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique » (sous réserve des exceptions ci-dessus mentionnées) de toute une série de droits énumérés à l'article 5 de la convention. Il s'agit en fait des principaux droits consacrés par les Pactes de New York de 1966 (*v. supra*). La convention ne crée pas à proprement parler ces droits mais impose aux États parties l'obligation d'empêcher la discrimination raciale dans leur exercice. En outre, cette énumération n'est pas limitative dans la mesure où à plusieurs reprises il est précisé qu'il s'agit « notamment » des droits qu'elle énumère (*Recomm. CEDR n° XX-48*, 15 mars 1996).

22 Obligations positives à la charge des États parties à la convention ■ La convention impose également aux États parties quatre séries d'obligations « positives » :

1° Condamner ou éliminer dans leur politique, dans leur législation et dans leur pratique, la discrimination raciale pratiquée par des personnes, des groupes ou des organisations sur les territoires qui entrent dans le cadre de leur juridiction, amender ou abroger toutes dispositions qui incitent à la discrimination raciale. Le respect de cette obligation doit être assuré « par tous les moyens appropriés » y compris, « si les circonstances l'exigent » par l'adoption « de mesures législatives » (♦ *Conv. intern. EDR*, 7 mars 1996, art. 2, d). Cette obligation inclut également, selon l'article 4 de la convention, l'obligation d'incriminer pénalement tous les actes de racisme.

2° Organiser un système de recours effectif devant les tribunaux et les autres organismes d'État compétents et garantir le droit à une réparation équitable pour toutes les victimes d'actes discriminatoires (*art. 6*).

3° Prendre toutes mesures d'information, d'éducation et d'enseignement nécessaires pour combattre le racisme et lutter contre les préjugés en ce domaine (*art. 7*).

4° Présenter périodiquement des rapports sur les mesures qu'ils ont prises pour appliquer la convention devant le CEDR (*art. 9*).

23 Compétence du CEDR dans l'examen des communications de victimes de discriminations raciales ■ Si l'État partie a accepté sa compétence facultative (ce qui est le cas de la France depuis le 16 août 1982), le comité est chargé d'examiner les « communications » écrites émanant de particuliers (personnes ou groupes de personnes) relevant de sa juridiction invoquant une violation de la convention par celui-ci (♦ *Conv. intern. EDR*, 7 mars 1996, art. 14). La plainte n'est recevable que si tous les recours internes disponibles ont été au préalable épuisés, sauf si les procédures de recours interne excèdent des délais raisonnables (*art. 14, § 7, a*). A l'issue d'une procédure contradictoire, le comité inclut dans son rapport remis à l'assemblée générale des Nations unies un résumé des débats ainsi que ses propres suggestions et recommandations (*art. 14*,

§ 8).

La première décision rendue par le CEDR en 1988 démontre qu'il peut être saisi à profit, dans des situations où le droit interne se refuse à sanctionner l'illicéité d'une atteinte discriminatoire. Dans cette affaire (♦ *CEDR/C/36/D/1/1984*, 29 sept. 1988, *aff. Yilmaz-Doggan c/Pays Bas*), la « pétitionnaire », une ressortissante turque résidant aux Pays-Bas, avait été licenciée par son employeur en raison de sa grossesse. L'employeur justifia cette mesure par le fait que, contrairement aux jeunes néerlandaises, les ouvrières étrangères ne s'arrêtent pas de travailler lorsqu'elles ont des enfants mais se mettent au moindre ennui en congé maladie. Le CEDR constata que les Pays-Bas n'avaient pas respecté le principe d'égalité dans le travail. Il a en outre recommandé aux autorités néerlandaises d'intervenir en faveur de la demanderesse pour lui assurer un nouvel emploi ou lui permettre d'obtenir une réparation équitable.

Pourtant au 3 juin 2006, la France avait fait l'objet de deux plaintes (<http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/stat4.htm>), dont une seule a été examinée au fond (♦ *CEDR/C/39/D/2/1989*, 10 mai 1991, *Demba Talibe Diop*, à propos du refus d'inscription à un barreau opposé à un avocat sénégalais d'une trentaine examinée). A noter que les particuliers et organismes de défense des droits de l'homme peuvent être aidés dans leurs démarches auprès du CEDR par une association spécialisée : l'« ARIS » (service d'information antiracisme <http://www.antiracism-info.org/Kiwi/pageHome.php>).

24 Recommandations générales du CEDR ■ Dans sa session de 2004, le comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR) a adopté une recommandation générale dans laquelle il recommande aux États parties de veiller à ce que les protections légales contre la discrimination raciale s'appliquent aux « non-ressortissants » indépendamment de leur statut quant à l'émigration et à ce que la mise en œuvre de la législation n'ait pas d'effet discriminatoire sur eux.

Il demande aux États de veiller en particulier à ce que « les politiques d'immigration ainsi que les mesures prises dans le cadre de la lutte contre le terrorisme n'aient pas d'effet discriminatoire sur les personnes en raison de leur race, couleur, ascendance ou origine nationale ou ethnique, ainsi que de veiller à ce que les non-ressortissants ne fassent pas l'objet de profils ou stéréotypes raciaux ou ethniques ». Il s'agit aussi de permettre leur accès à la citoyenneté, de veiller à ce qu'ils jouissent d'une protection et d'une reconnaissance égales en vertu de la loi, de s'abstenir de procéder à toute expulsion de non-citoyens qui se traduirait par une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale et de supprimer les obstacles à l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels par les non-ressortissants, notamment dans les domaines de l'éducation du logement, de l'emploi et de la santé (♦ *Recomm. générale CEDR n° 30 relative à la discrimination contre les non-ressortissants*, CEDR 2004).

Dans une recommandation générale de 2005 sur la prévention de la discrimination raciale dans l'administration et le fonctionnement de la justice pénale,

le comité constate que les risques de discrimination raciale dans ces secteurs « se sont accrus ces dernières années (...) sous l'effet de l'augmentation de l'immigration (...) [et] des politiques de sécurité et des mesures contre le terrorisme adoptées ces dernières années par de nombreux États, qui ont favorisé, dans plusieurs pays, l'apparition d'attitudes xénophobes, notamment de sentiments antiarabes ou antimusulmans ou, par réaction, de sentiments antisémites ». Il émet toute une série de recommandation pour inciter les États à combattre ce phénomène (*Recomm. n°31*, CERD 16 août 2005. http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/GC31Rev_Fr.pdf).

Section 2 L'Organisation internationale du travail (OIT)

25 L'égalité des chances : un principe fondateur de l'OIT ■ La

Déclaration de Philadelphie du 10 mai 1944 sur les buts et objectifs de l'OIT est la première des déclarations universelles à proclamer d'une façon générale que : « tous les êtres humains, quels que soient leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales ».

Mais, comme la déclaration universelle des droits de l'homme, cette déclaration n'ayant pas été ratifiée – ni même publiée au JORF - elle n'a pas la valeur d'un traité, au sens de l'article 55 de la Constitution de 1958 et ne saurait donc être utilement invoquer devant une juridiction (CE, 7 juin 2006, n° 285576, *Aides, Gisti et alii.*).

26 Convention n° 19 sur l'égalité de traitement en matière d'accidents du travail du 5 juin 1925 ■ Depuis 1925, la convention OIT n° 19, ratifiée par la France le 4 avril 1928, garantit une égalité de traitement en matière d'accidents du travail (pour plus de détails sur cette convention, v. l'étude PROTECTION SOCIALE).

27 Convention n° 97 sur les travailleurs migrants du 1^{er} juillet 1949 ■ La convention OIT n° 97 de 1949, ratifiée par la France le 29 mars 1954 (♦ *Conv. OIT n° 97, 1^{er} juill. 1949*), affirme en son article 6 que « tout membre s'engage à appliquer, sans discrimination de nationalité, de race, de religion [...], aux immigrants qui se trouvent légalement dans les limites de son territoire, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants en ce qui concerne : la rémunération, y compris les allocations familiales lorsque ces allocations font partie de la rémunération, le logement, la sécurité sociale », sous certaines réserves (v. l'étude PROTECTION SOCIALE).

Dans le contentieux de la réforme de l'accès à l'Aide médicale d'Etat, le Conseil d'Etat consacre l'applicabilité directe de cette stipulation.

Il estime néanmoins que, dans la mesure elle ne trouve à s'appliquer « qu'aux immigrants installés légalement sur le territoire des États parties », elle ne peut être utilement invoquée à l'encontre l'article 97 de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2003 et des décrets du 28 juillet 2005. Ce dispositif d'aide médicale d'Etat est en effet destiné aux seules personnes en situation irrégulière (CE, 7 juin 2006, n° 285576, *Aides, Gisti, et alii.*).

28 Convention n° 111 de l'OIT du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession ■ La convention n° 111 de 1958 a été ratifiée par la France par la loi n° 81-357 du 15 avril 1981 (*JO, 17 avr.*) et est entrée en vigueur en France le 28 mai 1982. Elle prohibe toute « discrimination » dans l'emploi, c'est-à-dire « toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur [...], la religion, l'ascendance nationale [...], qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession » (♦ *Conv. OIT n° 111, 25 juin 1958, art. 1^{er}, § 1 a*). Les termes « d'emploi ou de profession » recouvrent l'accès à la formation professionnelle, à l'emploi et aux différentes professions ainsi que les conditions d'emploi (♦ *Conv. OIT n° 111, 25 juin 1958, art. 1^{er}, § 3*).

En outre, les États membres s'engagent « à formuler et à appliquer une politique nationale visant à promouvoir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, afin d'éliminer toute discrimination en cette matière » (♦ *Conv. OIT n° 111, 25 juin 1958, art. 2*), à « abroger toutes dispositions législative et modifier toutes dispositions ou pratiques administratives qui sont incompatibles avec ladite politique » (♦ *Conv. OIT n° 111, 25 juin 1958, art. 3, c*) ou encore à promulguer des lois et à encourager des programmes d'éducation propres à assurer son application (*art. 3, b*). Chaque année, les mesures prises en ce sens sont indiquées dans ses rapports annuels sur l'application de la convention (*art. 3, f*).

29 La convention n° 118 de l'OIT du 28 juin 1962, concernant

l'égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux en matière de sécurité sociale ■ La convention n° 118 est entrée en vigueur en France le 13 mai 1974. Elle garantit une égalité de traitement entre nationaux et étrangers dans le bénéfice des différentes prestations de sécurité sociale (♦ *Conv. OIT n° 118, 28 juin 1962, art. 3*). Ce terme « prestations » visant « toutes prestations, pensions, rentes et allocations, y compris tous suppléments ou majorations éventuels » (♦ *Conv. OIT n° 118, 28 juin 1962, art. 1^{er}, b*).

Cette assimilation des étrangers aux nationaux concerne les soins médicaux, les indemnités de maladie, les prestations de maternité, d'invalidité, de survivant, d'accident du travail et de maladies professionnelles et les prestations aux familles (♦ *Conv. OIT n° 118, 28 juin 1962, art. 2, § 1*). En raison de réserves émises par la France lors de l'approbation de la convention, elle ne concerne pas les prestations vieillesse et les prestations de chômage (*art. 2, § 1 e et h*).

En vertu de l'article 4 paragraphe 1, « en ce qui concerne le bénéfice des prestations, l'égalité de traitement doit être assurée sans condition de résidence », sous certaines réserves liées à la réciprocité (pour plus de détails v. l'étude PROTECTION SOCIALE).

Le Conseil d'État a reconnu, dans un arrêt de section du 23 avril 1997, *GISTI*, l'applicabilité directe des stipulations de l'article 4 paragraphe 1 de la convention n° 118 (♦ *CE, 23 avr. 1997, n° 163043, Gisti : Rec. CE, p. 142, RFD adm. 1997, p. 585, concl. Abraham ; confirmé par CE, 14 janv. 1998, n° 174219 et s., GISTI et FTDA*).

Dans le contentieux des restrictions à l'accès à l'Aide médicale d'Etat, tout en reconnaissant que le principe d'égalité de traitement issu de ces stipulations « doit être assurée sans condition de résidence », le Conseil d'Etat estime que ces stipulations ne peuvent être utilement invoquées à l'égard de l'article 97 de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2003 et des décrets du 28 juillet 2005 qui régissent « un dispositif d'assistance médicale et non pas de sécurité sociale au sens de la convention » (*CE, 7 juin 2006, n° 285576, Aides, Gisti et alii*).

CHAPITRE 2 La protection régionale contre les discriminations au niveau européen

Section 1 Les instruments de prohibition des discriminations dans le cadre du Conseil de l'Europe

Sous-section 1 La Convention européenne des droits de l'homme

30 L'autonomisation de l'instrument de lutte contre les discriminations dans la Convention européenne des droits de l'homme ■ Jusqu'à l'entrée en vigueur du protocole n° 12 le 1^{er} avril 2005 (v. n°s 42 et s.), la Convention européenne ne comportait pas d'instrument autonome proclamant une interdiction générale de la discrimination ni de principe général d'égalité devant la loi. L'article 14 de la Convention n'a en effet pas de caractère autonome puisqu'il ne garantit un principe de non-discrimination qu'à l'égard des droits et libertés garantis par la Convention. Au demeurant, tant que la France n'a pas signé et ratifié le protocole n°12, la garantie offerte par l'article 14 de la convention et la jurisprudence de la Cour en la matière conservent toute leur importance (v. l'étude CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME).

§ 1 l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme

31 Économie générale de l'article 14. ■

1° Caractère accessoire de l'article 14

L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme a un caractère accessoire en ce sens où il doit être invoqué dans le cadre de la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par une autre clause de la convention ou de ses protocoles additionnels. Il porte en effet que : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur [...] la race, la couleur, la langue, la religion [...], l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, [...], la naissance ou toute autre situation » (♦ *CEDH, 28 nov. 1984, n° 8777/79, Rasmussen c/ Danemark, série A, n° 87, p. 12, § 29*). Il a cependant une portée autonome en ce sens que sa violation peut être établie sans qu'il y ait manquement à l'article de fond (♦ *CEDH, plénière, 23 juill. 1968, n° 1474/62, « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » : série A, n° 6, § 9, p. 33*). Ces dernières années, le juge de Strasbourg a d'ailleurs de plus en plus tendance à se focaliser sur le seul grief tiré de la violation de l'article 14, sans examiner la violation du droit ou de la liberté auquel il se rattache, dès lors que la mesure litigieuse « se situe dans le domaine » ou « tombe sous l'empire » de la stipulation de la Convention protégeant ce droit ou cette liberté (*CEDH, 6 avr. 2000, n°34369/97, Thlimmenos c/ Grèce, §40*). On a donc assisté à une autonomisation progressive du principe de non-discrimination de l'article 14 et ce avant même l'entrée en vigueur du Protocole n°12.

(v. P. LAMBERT, *Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme*, *RTDH, 1998, p.497*).

2° La justification objective et raisonnable et la marge d'appréciation des États membres

Même s'il est établi que la mesure contestée constitue bien une différence de traitement dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la convention, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que cette distinction a un caractère discriminatoire uniquement si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (♦ *CEDH, plénière, 23 juill. 1968, n° 1474/62, « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », préc. p. 34, § 10*). En outre, la Cour estime que « les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement » (♦ *CEDH, 16 déc. 1996, n° 17371/90, Gaygusuz c/ Autriche*). Néanmoins, s'agissant de certains motifs de discriminations, particulièrement celles reposant sur l'origine ethnique ou raciale, la nationalité ou le sexe, la Cour exige de « très fortes raisons » pour admettre ce type de justifications (*CEDH 9 janv. 2003, L. et V. c/ Autriche, §50, JCP G, 2003, I, 160, n°16, chron. F. Sudre*). Ainsi, elle rejette les motifs avancés par le gouvernement britannique pour justifier dans sa législation une distinction entre les étrangers selon leur sexe dans l'application des règles d'entrée et de séjour de leur conjoint (♦ *CEDH, plénière, 28 mai 1985, n° 9214/80, Abdulaziz et a. c/ Royaume-Uni*).

32 Listes des motifs de discriminations prohibés ■ Si les motifs de discrimination énumérés à l'article 14 ne sont qu'indicatifs, comme l'illustre l'emploi des termes « notamment » et « toute autre situation », il prohibe expressément — pour ceux qui nous intéressent — les distinctions fondées sur la race, la couleur, la langue, la religion, l'origine nationale ou l'appartenance à une minorité nationale.

Parmi ces motifs, deux peuvent faire l'objet de développements supplémentaires : les discriminations raciales et à raison de l'origine nationale. (Pour des développements sur les autres motifs se reporter à l'étude CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME).

§ 2 L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et la discrimination raciale

33 Le constat de violation de l'article 14 du fait d'une discrimination raciale ■ Pendant une longue période, la Cour a marqué une certaine réticence à constater la violation de l'article 14 du fait d'une discrimination raciale, comme l'illustrent un certain nombre d'affaires concernant des étrangers ou des personnes d'origine étrangère

(♦ *Déc.*, 10 oct. 1970 ; « Asiatiques d'Afrique orientale » *Rapp.* 14 déc. 1973, 78-B, p. 62, § 207 ; ♦ *CEDH, plénière*, 28 mai 1985, n° 9214/80, *Abdulaziz et a. c/ Royaume-Uni* ; ♦ *CEDH*, 25 sept. 1996, n° 20348/92, *Buckley c/ Royaume-Uni*). Depuis lors, la jurisprudence de la Cour est marquée par une inflexion certaine sur la question des discriminations raciales.

Ainsi, dans une affaire *Velikova c/ Bulgarie* du 18 mai 2000, la requérante se plaignait du décès de son compagnon lors d'une garde à vue, ainsi que du manque d'investigations sérieuses sur les circonstances de cette mort. Elle invoquait, en sus des articles 2 (droit à la vie) et 13 (droit à un recours effectif), l'article 14, estimant que l'inertie des autorités publiques comme les traitements infligés à la victime s'expliquaient par son appartenance à la minorité tzigane. Or, contrairement à sa démarche antérieure, la Cour n'a pas estimé ce dernier moyen superfétatoire en dépit du constat de violation de l'article 2. Elle s'est prononcée au fond sur le grief de discrimination raciale. Néanmoins, en l'espèce, elle n'a pas conclu à la violation de l'article 14 du fait de l'absence de « preuve au-delà de tout doute raisonnable » permettant de conclure que le crime a été motivé par des préjugés raciaux, tout en reconnaissant que « le grief de la requérante tiré de l'article 14 est fondé sur un certain nombre d'arguments sérieux » (♦ *CEDH*, 18 mai 2000, n° 41488/98, *Velikova c/ Bulgarie*).

Approfondissant ce mouvement, à propos des conditions de vie des Chypriotes grecs dans le Nord de l'île (♦ *CEDH*, 10 mai 2001, n° 25781/94, *Chypre c/ Turquie* : *JDI*.2002, p. 289-292), la Cour constate, « une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qu'ils subissent une « discrimination s'analysant en un traitement dégradant » (§ 311). Après avoir relevé que les traitements auxquels est soumise la population chypriote grecque reposent bien sur une intention discriminatoire, elle affirme que l'ensemble des conditions de vie de cette population sont « avilissantes et heurtent la notion même de respect de la dignité humaine de ses membres » (§ 309) et que, de ce fait, la « discrimination ayant atteint un tel degré de gravité », elle constitue *en elle-même* un traitement dégradant (§ 310).

Par ailleurs, la Cour relève que « les ingérences litigieuses visent les Chypriotes grecs du Karpas pour la raison même qu'ils appartiennent à ce groupe » et que « le traitement qu'ils ont subi durant la période considérée ne peut s'expliquer que par les caractéristiques qui les distinguent de la population chypriote turque, à savoir leurs origine ethnique, race et religion » (§ 309). Elle reconnaît donc l'existence d'une discrimination raciale.

34 L'autonomisation du principe de non-discrimination

Face à des faits aussi graves que dans l'affaire des Chypriotes grecs, la Cour n'a pas rattaché le fait discriminatoire à un autre droit ou liberté garanti par la convention. Dans ce contexte, la discrimination constitue — en elle-même — une violation de la convention. Ainsi, avant même l'entrée en vigueur du Protocole n° 12, la Cour a appréhendé le principe de non-discrimination — lorsqu'il atteint un certain seuil de gravité — de façon autonome (♦ *CEDH*, 10 mai 2001, n° 25781/94, *Chypre c/ Turquie*).

L'affaire *Natchova et a. c/ Bulgarie* vient poursuivre cette évolution. Le juge européen réalise une autonomisation « matérielle » du principe de non-discrimination de l'article 14 de la Convention, en lui donnant une dimension procédurale (♦ *CEDH*, 26 févr. 2004, n° 43577/98, *Natchova et a. c/ Bulgarie* ; ♦ *CEDH*, 6 juill. 2005, n° 43577/98, *Natchova et a. c/ Bulgarie*). La cour juge en effet qu'en cas d'actes de violence

meurtrière commis contre les membres d'une minorité ethnique, l'État partie a l'obligation procédurale, s'il y a des allégations de discrimination raciale, de procéder à une enquête officielle efficace et impartiale afin d'établir d'éventuelles motivations racistes. Compte tenu du fait que les sociétés démocratiques doivent être particulièrement vigilantes à l'égard de tels actes racistes, le juge européen estime que le manquement de l'État à son obligation d'enquêter emporte *à lui-seul* une violation de l'article 14, combiné avec l'article 2 (droit à la vie).

La Cour reprend ici une « procéduralisation » du principe de non-discrimination déjà esquissée par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale à propos de l'article 6 de la Convention de 1965 (*CEDR*, n°4/1991, 16 mars 1993, *LK c/ Pays-Bas*, *CERD/C/390*, 2000, 24).

Il existe donc une volonté affirmée de la Cour de valoriser le principe de non-discrimination. D'un principe accessoire, nécessairement rattaché à un autre droit ou liberté garanti, il tend à devenir principal ou du moins à faire l'objet d'un examen premier. La cour a en effet désormais tendance à examiner *prioritairement* la violation de l'article 14 et, si elle constate une violation, elle n'examine pas le grief tiré de la violation du droit principal (*cf. par ex. CEDH 9 janv. 2003, L. et V. c/ Autriche* : à propos de l'article 14 combiné à l'article 8). Ce phénomène accroît l'autonomisation du principe de non-discrimination et ce d'autant plus que le champ matériel d'application de l'article 14 s'étend lui-aussi (*cf. infra* en particulier la jurisprudence sur sa combinaison avec l'article 1^{er} du premier protocole ou avec l'article 8 de la Convention).

Dans l'affaire *Leyla Sahin*, sur la prohibition de port de signes d'appartenance religieuse dans les universités turques, la Cour évoque l'examen de l'article 14 de la Convention « pris isolément ou combiné » avec d'autres stipulations de la convention. Mais le grief de discrimination est rejeté en l'espèce (*CEDH, grande chambre*, 10 nov. 2005, n° 41556/98, *Leyla Sahin c/ Turquie*, *RTDH*, 2006, n°66, p.205, note L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT).

§ 3 L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et la discrimination fondée sur l'origine nationale

35 Jurisprudence de principe sur la discrimination fondée sur l'origine nationale : l'arrêt *Gaygusuz* ■ Dans cette affaire (♦ *CEDH*, 16 déc. 1996, n° 17371/90, *Gaygusuz c/ Autriche*), les autorités autrichiennes avaient refusé à un ressortissant turc une allocation chômage d'urgence au motif que la législation exigeait la nationalité autrichienne pour en bénéficier. Le gouvernement autrichien avait tenté de justifier cette différence de traitement en invoquant « l'idée que l'État a une responsabilité particulière envers ses propres ressortissants, qu'il doit les prendre en charge et subvenir à leurs besoins essentiels » (§ 45).

Pour sa part, la Cour a d'abord estimé que le droit à l'allocation d'urgence est un « droit patrimonial » au sens de l'article 1^{er} du protocole n° 1, qui assure la protection des « biens » des personnes, car le droit à cette prestation sociale est « lié au paiement de contributions à la caisse d'assurance chômage, condition préalable au versement des allocations chômage ». Elle constata ensuite la violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme en remarquant que le requérant avait « légalement séjourné en Autriche et y a travaillé pendant certaines périodes [...], en payant des contributions à la caisse d'assurance chômage au même titre et sur la même base que les ressortissants autrichiens » (§ 46) et que « le refus des autorités de lui accorder l'allocation [...] reposait exclusivement sur le constat qu'il ne possédait pas la nationalité autrichienne » (§ 47). En conséquence, elle considéra qu'il s'agissait là d'une différence de traitement discriminatoire en raison de l'origine nationale ne reposant sur aucune « justification objective et raisonnable » (§ 50).

36 Justification objective et raisonnable et marge d'appréciation de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne

Dans l'arrêt *Gaygusuz*, la Cour a précisé, à propos de la « justification objective et raisonnable », que « seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité » (♦ *CEDH*, 16 déc. 1996, n° 17371/90, *Gaygusuz c/ Autriche*, § 42).

En fait, les seules distinctions en fonction de la nationalité que la Cour semble avoir admises sont celles consenties au bénéfice des ressortissants communautaires dès lors que les États membres de l'Union européenne forment un ordre juridique spécifique, ayant instauré de surcroît une citoyenneté propre (♦ *CEDH*, 18 févr. 1991, n° 12313/86, *Moustaquim c/ Belgique*). De même la différence faite dans le droit à l'immigration au Royaume-Uni entre un ressortissant du Commonwealth et un étranger a un fondement objectif et raisonnable (♦ *Déc. CEDH*, 6 juill. 1982, n° 9285/81, *X., Y., Z. c/ Royaume-Uni*). (v. l'étude CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME).

v. F. SUDRE, *La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis d'assemblée du Conseil d'État du 15 avril 1996, Mme Doukouré, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, Gaygusuz c/ Autriche*, *RFD adm.* 1997, p. 966

37 Développements de la jurisprudence par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de non-discrimination. ■

1° Ressortissants communautaire et expulsion

La Cour européenne estime que le « traitement préférentiel » au bénéfice des ressortissants communautaires par rapport aux ressortissants des États tiers repose sur une « justification objective et raisonnable » dès lors que les États membres de l'Union européenne forment « un ordre juridique spécifique, ayant instauré de surcroît une citoyenneté propre ». Il n'y a donc pas de violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la convention (♦ *CEDH*, 26 févr. 2004, n° 43577/98, *Natchova et a. c/ Bulgarie* ♦ *CEDH*, 7 août 1996, n° 21794/93, *C. c/ Belgique* ♦ *CEDH*, 18 févr. 1991, n° 12313/86, *Moustaquim c/ Belgique*).

2° Contentieux de l'allocation adultes handicapés et condition de nationalité ou de réciprocité

La Cour européenne des droits de l'homme condamne la France pour avoir refusé d'octroyer avant 1998 l'allocation aux adultes handicapés du seul fait que le requérant n'était ni de nationalité française, ni ressortissant d'un pays signataire d'une convention de réciprocité.

Jusqu'à la loi du 11 mai 1998, ces exigences résultaient de l'article L. 821-1 du code de la sécurité sociale pour bénéficier de cette prestation d'aide sociale non contributive (v. l'étude PROTECTION SOCIALE). En l'espèce, la caisse d'allocations familiales de Paris refusait de verser la prestation pour les années antérieures à l'entrée en vigueur de la loi.

En application de la jurisprudence *Gaygusuz*, la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'une prestation sociale non contributive, telle que l'allocation pour adulte handicapé, constitue un droit patrimonial au sens de l'article 1^{er} du premier protocole et que le refus d'octroi reposait exclusivement sur le constat que le requérant ne possédait pas la nationalité appropriée, ce qui est contraire à l'article 14 de la convention en l'absence de justification objective et raisonnable (♦ *CEDH*, 30 sept. 2003, n° 40892/98, *Koua Poirrez c/ France* : *JCP G* 2004, I, p. 107, n° 20, *chron. F. Sudre*)

3° Prestations familiales et détention d'un titre de séjour précaire

Dans ces affaires (*CEDH* 25 octobre 2005, n°58453/00, *Niedzwiecki c/ Allemagne* ; n° 59140/00, *Okpisz c. Allemagne*), les autorités allemandes avaient refusé à des ressortissants polonais (avant l'adhésion à l'Union européenne) le bénéfice de prestations familiales au bénéfice des leurs enfants pour les périodes où ils avaient séjourné en Allemagne sur des titres de séjour précaires suite à leur régularisation.

La Cour européenne retient dans les deux cas qu'il y a violation de

principe de non-discrimination en raison de la nationalité prohibé par l'article 14 de la CEDH combiné avec l'article 8, sans justification objective et raisonnable et ce malgré la marge d'appréciation reconnue aux États membres.

Mais elle estime, dans une formule tendant à réduire la portée des décisions, qu'elle n'était pas appelée à décider « d'une manière générale » dans quelle mesure il est justifié de distinguer, en matière de prestations sociales, entre les titulaires de différentes catégories de permis de séjour. Elle estime devoir se limiter à la question de savoir si la législation allemande en matière d'allocations familiales, telle qu'elle s'est appliquée dans les présentes affaires, a violé les droits des intéressés garantis par la convention.

Or, suivant la position adoptée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la juridiction européenne estime qu'elle ne discerne pas de motifs propres à justifier la différence établie, pour la reconnaissance du droit à percevoir des allocations familiales, entre, d'une part, les étrangers titulaires d'un permis de séjour permanent et d'autre part les étrangers qui sont dépourvus de tels titres.

<http://www.echr.coe.int/Fr/Press/2005/oct/Arr%C3%AAatsdechaubreNiedzwiecki&OkpiszcAllemagne251005.htm>

38 Adoption de la jurisprudence « Gaygusuz » par les juridictions judiciaires ■

La Cour de cassation a, la première, repris cette jurisprudence en estimant « qu'il résulte de la combinaison des articles 14 de la convention et 1^{er} du protocole n° 1, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme, que les États signataires reconnaissent et assurent à toute personne relevant de leur juridiction la jouissance des droits et libertés reconnus par la convention, sans distinction aucune, fondée notamment sur l'origine nationale ». Or, le refus de verser une pension d'invalidité de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité (prestation sociale non contributive) en raison de la nationalité étrangère du requérant constitue une discrimination à raison de l'origine nationale dans la jouissance d'un « bien » au sens de l'article 1^{er} du premier protocole prohibé par l'article 14 (♦ *Cass. soc.*, 14 janv. 1999, n° 97-12.487, n° 119 P + B + R, *Bozkurt c/ CPAM de Saint-Etienne* : *Bull. civ. V*, n° 24, D. 1999, p. 438).

Dans un arrêt du 16 avril 2004, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a interprété les dispositions des articles L. 512-1 et L.512-2 du code de la sécurité sociale soumettant le bénéfice des prestations sociales à une condition de régularité, à l'aune d'une lecture combinée des articles 8 et 14 de la convention européenne. Elle estime que ces stipulations ne permettent pas d'écarter du bénéfice des allocations familiales l'enfant d'un allocataire en situation régulière quand bien même cet enfant serait entré en France en dehors de la procédure du regroupement familial. Pour bénéficier des allocations familiales, l'allocataire n'avait donc pas à produire de certificat médical délivré par l'OMI (*Cass. Ass. plein*, 16 avr. 2004, n°02-30157, *DRASS c/ Epoux Lingouala. Dans le même sens* : *Cass.*, 2^{ème} civ., 16 nov. 2004, n°03-15543).

Le législateur est néanmoins intervenu pour aller à l'encontre de cette décision judiciaire en soumettant le bénéfice des allocations familiales à la naissance de l'enfant en France ou à sa venue dans le cadre du regroupement familial (v. *infra* l'analyse de la décision n°2005-528 du 15 décembre 2005 du Conseil constitutionnel sur l'article 89 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006).

La Cour de cassation a par ailleurs estimé que les dispositions des articles L. 161-25-2 et D. 161-15 du code de la sécurité sociale, qui subordonnent l'accès des ayants droit d'un assuré aux prestations de sécurité sociale d'un étranger à la production d'un titre de séjour régulier, ne sont pas incompatibles avec l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ou à l'article 1^{er} de son premier protocole

(♦ *Cass. soc.*, 19 déc. 2002, n° 00-22.085, n° 3951 FS - P, *Gagou c/ CPAM 94 : Dr. soc.* n° 4, avr. 2003, p. 420, note X. Prétot).

39 Adoption de la jurisprudence « Gaygusuz » par les juridictions administratives ■ Dans un arrêt d'assemblée, le Conseil d'État a adopté le « mécanisme » de la jurisprudence *Gaygusuz* (♦ *CE, Ass.*, 5 mars 1999, n° 194658, *Rouquette : Rec. CE*, p. 37).

Il a ensuite été amené à l'appliquer dans différents contentieux :

1° contentieux de la « cristallisation » des pensions civiles et militaires des fonctionnaires ressortissants des anciens territoires sous souveraineté française

Le Conseil d'État estime, que le refus de revalorisation de la pension d'un ancien auxiliaire de gendarmerie sénégalais constitue « une différence de traitement entre les retraités en fonction de [sa] seule nationalité » incompatible avec les stipulations de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1^{er} du premier protocole. Ces pensions civiles et militaires sont qualifiées de « créances » qui doivent être regardées comme des biens au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel.

La différence de traitement entre d'anciens agents publics de la France, selon qu'ils ont la nationalité française ou sont ressortissants d'États devenus indépendants, ne repose sur « aucune justification objective et raisonnable » (♦ *CE*, 30 nov. 2001, n° 212179, *Min. de la Défense c/ Diop : RFD adm.* 2002, p. 573, *concl. J. Courtial*).

V., sur les suites de l'arrêt *Diop*, *infra* et étude SERVICE MILITAIRE.

v. P. WACHSMANN, *Les lois instituant des discriminations selon la nationalité devant le Conseil d'État français*, *RTDH*, n° 53, janv. 2003, p. 299 ; I. DAUGAREILH, L'incompatibilité de la loi de cristallisation des pensions avec la Conv. EDH, note sous *CE* 30 nov. 2001 *Diop*, *RD sanit. soc.*, 2002/3, p. 613.

2° refus de « décrystallisation » des pensions de réversion de leurs veuves ou veufs

Dans une série d'arrêts rendus le 6 février 2002, l'assemblée du Conseil d'État a appliqué sa jurisprudence « *Diop* » à des refus de revalorisation de pensions de réversion versées aux veuves ou veufs étrangers d'anciens fonctionnaires civils ou militaires (♦ *CE*, 6 févr. 2002, n° 216172, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Doukouré*). Cette série met en cause la compatibilité de l'article L.58 du code des pensions civiles et militaires de retraite (qui prévoit que : « Le droit à l'obtention ou à la jouissance de la pension et de la rente viagère d'invalidité est suspendu [...] par les circonstances qui font perdre la qualité de Français durant la privation de cette qualité ») avec la Convention européenne des droits de l'homme.

Or, à propos d'un refus de revalorisation de pension de réversion opposé à un Algérien qui avait épousé une fonctionnaire française, le Conseil d'État estime que ces dispositions n'étaient pas opposables au requérant, quand bien même il aurait perdu la nationalité française lors de l'indépendance de l'Algérie et ne l'avait jamais recouvré depuis. Elles ne peuvent être regardées comme compatibles avec les stipulations de l'article 14 combiné à l'article 1^{er} du premier protocole de la Convention européenne des droits de l'homme « en tant qu'elles n'excluent pas, pour l'application de cet article, le cas d'une perte collective de nationalité à l'occasion d'un transfert de la souveraineté sur un territoire » et qu'elles ne reposent sur aucune « justification objective et raisonnable » (♦ *CE*, 6 févr. 2002, n° 219383, *Min. de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Bab Hamed ; CE*, 28 oct. 2002, *vve Hammoudi Mizzouni*, *AJDA*, 2003, p.301). L'issue de ce litige n'était pourtant en rien assuré, compte tenu de la jurisprudence antérieure du Conseil d'État (♦ *CE*, 28 sept. 2001, n° 218311, *Ministre de la Défense c/ Haouas*).

Sur ce fondement, par jugement du 29 décembre 2004, le tribunal administratif de Poitiers a donné raison à la veuve de M. Diop,

décédé en cours de procédure, en annulant le refus du ministre de la défense du 25 juin 2001 de lui faire bénéficier d'une pension de réversion « décrystallisée » (♦ *TA Poitiers*, 29 déc. 2004, n° 0102790, *Diop c/ Min de la Défense*).

3° Refus d'une allocation forfaitaire complémentaire aux supplétifs de l'armée française (harkis, moghaznis) n'ayant pas conservé la nationalité française à l'indépendance

En application de la loi n°94-488 du 11 juin 1994, les rapatriés anciens membres des formations supplétives ou victimes de la captivité en Algérie ont droit à une allocation forfaitaire et à une allocation forfaitaire complémentaire. Cette dernière est néanmoins versée, en application de l'article 9 de la loi n° 87-549 du 16 juillet 1987 *relative au règlement de l'indemnisation des rapatriés*, qu'aux anciens harkis, moghaznis et personnels des diverses formations supplétives ayant servi en Algérie « qui ont conservé la nationalité française en application de l'article 2 de l'ordonnance n° 62-825 du 21 juillet 1962 relative à certaines dispositions concernant la nationalité française, (...) et qui ont fixé leur domicile en France ».

Ainsi, dès lors qu'un ancien supplétif n'a pas procédé à la déclaration de nationalité française au moment de l'indépendance de l'Algérie et n'est pas venu fixer son domicile en France, il n'avait pas droit à cette allocation complémentaire. C'était le cas en l'espèce puisque le requérant avait combattu en qualité de membre des formations supplétives mais n'avait pas demandé à rester français à l'indépendance et n'avait réintégré la nationalité française, après avoir établi son domicile en France, qu'en mars 1981. Il s'était donc vu opposer, par décision du 26 janvier 1989 du général de l'Agence nationale d'indemnisation des Français d'outre-mer (ANIFOM), un refus d'attribution de l'allocation.

Une telle distinction quant à l'octroi d'une telle allocation selon que les intéressés ont opté en faveur de l'adoption de la nationalité française ou se sont abstenus d'effectuer un tel choix est jugée, par le conseil d'État, « discriminatoire » au sens des stipulations de l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme, combiné à l'article 1^{er} du premier protocole.

En effet ces allocations forfaitaires constituent des « biens » au sens de l'article 1^{er} du premier protocole de la Convention et leur institution a eu pour objet, ainsi qu'il ressort des débats parlementaires, « de compenser les préjudices moraux que les harkis, moghaznis et anciens membres des formations supplétives et assimilés de statut civil de droit local ont subi lorsque, *contraints de quitter l'Algérie* après l'indépendance ils ont été victimes d'un déracinement et connu des difficultés d'insertion en France ».

Dès lors, la cour administrative d'appel avait commis une erreur de droit en ne recherchant pas si la différence de traitement était ou non assortie d'une justification objective et raisonnable. De même, la décision contestée était illégale *en ce que l'administration n'a pas recherché si l'intéressé avait quitté précipitamment l'Algérie à l'indépendance pour fixer son domicile en France* et devait donc être regardé comme ayant subi un préjudice moral que la loi de 1994 a pour objet d'indemniser (*CE*, 27 juin 2005, n°251 766, *Madani X.*, *au Rec.*).

Fin 2005, la HALDE a été saisie de ce dossier des diverses discriminations à l'encontre des supplétifs n'ayant pas conservé la nationalité française à l'indépendance de l'Algérie.

Il n'est pas certain que l'exigence que l'intéressé ait nécessairement été amené à quitter l'Algérie à l'indépendance pour s'installer en France soit conforme à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européenne sur le fondement des accords euro-méditerranéen entre la France et les pays du Maghreb (v. *infra*).

4° Application au contentieux de l'allocation adultes handicapés (exigence d'un titre de séjour)

Le Conseil d'État a lui aussi appliqué au contentieux de

l'allocation adultes handicapés la jurisprudence *Gaygusuz* (v. *supra* la position de la Cour européenne).

Dans cette espèce, il a néanmoins rejeté les requêtes qui estimaient discriminatoires les dispositions de l'article D. 821-8 du code de la sécurité sociale (issu du décret n° 98-1172 du 22 décembre 1998), en tant qu'elles n'incluent pas les autorisations provisoires de séjour (APS) dans la liste des titres et documents de séjour justifiant de la régularité du séjour en France pour le bénéfice de l'AAH. Le conseil d'État a estimé que les dispositions législatives qui soumettent le bénéfice de cette allocation à la régularité du séjour en France (♦ *CSS, art. L. 821-9*) ne sont pas incompatibles avec les stipulations combinées de l'article 14 de la Convention et 1^{er} du premier protocole et que « s'agissant de prestations de nature différente, le gouvernement pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité devant la loi, établir des listes différentes des titres et documents justifiant de la régularité du séjour [...] pour l'affiliation à un régime obligatoire de sécurité sociale, d'une part, et pour le bénéfice de l'AAH, d'autre part ». En l'espèce les requérants étaient titulaires d'une APS de 6 mois pour « soins » (♦ *CE, 12 déc. 2003, n° 235234, Ammouche et Mme Bangue Namba.*)

Il n'est pas certain que cette solution soit conforme à la jurisprudence de la Cour européenne (v. *supra CEDH 25 octobre 2005, n°58453/00, Niedzwiecki c/ Allemagne ; no 59140/00, Okpiz c. Allemagne*).

40 Interprétation de la justification objective et raisonnable et de la marge d'appréciation de l'Etat par Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat a une lecture particulière de la justification objective et raisonnable et de la marge d'appréciation reconnue aux Etats membres dans l'application de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, combiné à un autre droit ou liberté garanti par celle-ci.

Déjà dans l'arrêt *Diop* (♦ *CE, 30 nov. 2001, n° 212179, Min. de la Défense c/ Diop*), il avait adopté une formulation différente de la justification objective et raisonnable afin de la rapprocher de sa déclinaison « classique » du principe d'égalité (v. *infra*). Selon sa jurisprudence, une différence de traitement manque d'une telle justification lorsqu'elle « ne poursuit pas un objectif d'utilité publique, ou qu'elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi » (♦ *CE, 30 nov. 2001, n° 212179, Min. de la Défense c/ Diop : RFD adm. 2002, p. 573, concl. J. Courtial*).

Dans le contentieux contre les textes n'ayant procédé qu'à une « décrystallisation » partielle des prestations versées aux anciens fonctionnaires civils et militaires des territoires anciennement placés sous la souveraineté française – et de leurs ayants causes – il donne une portée particulière à la « marge d'appréciation » reconnue aux Etats membres dans ce domaine.

Rappelons que la loi de finances rectificative pour 2002 du 30 décembre 2002, adoptée suite à l'arrêt *Diop* pour tenter de mettre en conformité le droit français avec la Convention européenne des droits de l'homme, n'a pas pour autant assuré une égalité pleine en entière entre les anciens fonctionnaires civils et militaires de nationalité française et ceux ressortissants des anciennes colonies. En effet, l'article 68 de cette loi met en œuvre un système visant à moduler le montant des prestations versées en fonction du coût de la vie du pays de résidence de manière à conférer au bénéficiaire un montant procurant le même pouvoir d'achat. Si le titulaire de la pension ou son ayant droit résidait en France au moment de la liquidation de ses droits, il percevait une pension égale. Dans le cas contraire, un critère dit de « parité de pouvoir d'achat » est appliqué aux seuls anciens colonisés (♦ *L. fin. rect. n° 2002-1576, 30 déc. 2002 : JO, 31 déc.*). Ce mécanisme aboutit à maintenir une différence de traitement selon la nationalité du pays parce que le nouveau critère légal ne s'applique pas aux ressortissants français — quel que soit leur lieu de résidence

V. étude SERVICE MILITAIRE

Dans une décision et un avis du 18 juillet 2006, le Conseil d'Etat estime néanmoins que les textes réglementaires contestés (♦ *D.*

n° 2003-1044, 3 nov. 2003 : JO, 4 nov. ♦ Arr. 3 nov. 2003, NOR : BUDB0350066A : JO, 4 nov.) et la disposition de loi de 2002 sont conformes à la convention européenne des droits de l'homme, au prix d'un raisonnement contestable au regard de la jurisprudence de la Cour

Dans un considérant de principe, il a estimé que si les stipulations des articles 14 de la convention et 1^{er} de son premier protocole « ont pour objet d'assurer un juste équilibre entre l'intérêt général et, d'une part, la prohibition de toute discrimination fondée notamment sur l'origine nationale et, d'autre part, les impératifs de sauvegarde du droit de propriété », elles laissent cependant, selon l'interprétation de la haute juridiction, au législateur national « une marge d'appréciation, tant pour choisir les modalités de mise en œuvre du dispositif de révision des prestations versées aux ressortissants des pays placés antérieurement sous la souveraineté française résidant hors de France que pour juger si un tel dispositif trouve des justifications appropriées dans des considérations d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi ».

Certes, n'est pas contestée l'existence d'une différence de traitement fondée sur la nationalité – dissimulée derrière un critère de résidence (apprécié à la date de liquidation des pensions). Mais le Conseil d'Etat estime, *au titre de la justification objective et raisonnable*, que l'article 68 de finances rectificatives pour 2002, éclairées par leurs travaux préparatoires, a notamment pour objet d'assurer aux titulaires de ces pensions « des conditions de vie dans l'Etat où ils résident en rapport avec la dignité de leurs fonctions passées ou leur permettant d'assumer les conséquences de leur invalidité ».

S'agissant du fait que le critère de résidence n'est pas applicable aux ressortissants français qui résidaient à l'étranger à la date de liquidation de leur pension, il relève que « cette différence de traitement, *de portée limitée*, relève de la marge d'appréciation que les stipulations de l'article 14 de la [Convention] réservent au législateur national, eu égard notamment aux inconvénients que présenterait l'ajustement à la baisse des pensions déjà liquidées de ces ressortissants français qui ont vocation à résider en France » - considérations qui ne peuvent que surprendre

(*CE, Sect., 18 juillet 2006, n°274 664 Gisti et avis, n°286 122, M. Majha Waly Ka*).

Cette décision a été rendue sur conclusions partiellement contraires du commissaire du gouvernement Laurent Vallée. Ce dernier proposait en effet de distinguer selon l'objet des différentes prestations versées qui sont, selon lui, de nature différente. Pour celles se rattachant au code des pensions civiles et militaires et la retraite du combattant, le critère de résidence ne lui apparaissait pas totalement conforme à la jurisprudence de la cour européenne, notamment s'agissant de l'application de la discrimination matérielle qui voudrait que qu'on applique nécessairement un traitement différent à des personnes dans une situation différente (*CEDH, Gr ch., 6 avr. 2000, Thlimmenos c/ Grèce*) et donc que les pensions des Français ayant liquidé leurs pensions à l'étranger selon le niveau du pays de résidence. Mais il estime que compte tenu du fait que cette législation est intervenue pour régler une situation exceptionnelle liée à la décolonisation, une telle différence de traitement relevait de la marge d'appréciation reconnue aux Etats dans l'application de l'article 14 de la Convention.

En revanche, s'agissant des pensions militaires d'invalidité, selon son analyse, ces prestations sont servies non pas pour maintenir la dignité de l'ancien agent mais pour réparer et indemniser un préjudice lié à l'exercice de la fonction. Dans ce cas, le critère de résidence n'apparaît par pertinent ni conforme à la Convention européenne (*conclusions L. Vallée sur CE, Sect., Gisti et avis Ka*).

Tirant les conséquences de cette décision, le service des pensions du ministère de l'Economie et des finances estime, dans une note interne du 17 août 2006, que bien que cette décision soit « favorable à l'administration », elle n'en modifie par moins « l'environnement juridique ». Elle note notamment que « la prise de position du Conseil d'Etat en faveur de la compatibilité de l'article 68 [de la loi de finances pour 2002] n'est qu'une étape dans un processus sans doute appelé à évoluer » car il est

« vraisemblable que l'association GISTI, pour ne citer qu'elle, poursuivra son action contentieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme » et qu'il n'est pas « établi, dans cette hypothèse, que la Cour se prononce dans le sens du Conseil d'Etat ».

Il faudrait néanmoins qu'un particulier « victime » de cette législation saisisse directement la Cour européenne des droits de l'homme.

v. *Tulkens et L. Donnay, L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, janv.-mars 2006, p. 3.*

41 Application de la jurisprudence « Gaygusuz » par la HALDE ■

Dans sa première recommandation, le collège de la HALDE était saisi par le président de l'association « Mémoire 2000 » ainsi que par l'Ambassadeur itinérant au ministère des affaires étrangères en charge de la dimension internationale de la Shoah, des spoliations et du devoir de mémoire sur les conditions d'attribution aux déportés politiques de la seconde guerre mondiale de la pension d'invalidité prévue par le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre (CPMIVG).

Si en 1997 il a été reconnu aux étrangers arrêtés en France et déportés, qui ont depuis acquis la nationalité française, le droit de bénéficier de cette pension, les dispositions de ce Code empêchent toujours les personnes déportées *à partir d'un autre pays que la France*, qui n'avaient pas au moment des faits la nationalité française, mais qui se sont installées en France après leur libération et ont acquis depuis la nationalité française, d'en bénéficier. Le réclamant évoquait particulièrement le cas des « Enfants de Buchenwald », déportés pour la plupart depuis l'Europe de l'Est et accueillis à la Libération en France et qui ont pour la plupart acquis ensuite la nationalité française.

Le collège constate l'existence d'une différence de traitement dans la détermination du droit à pension des personnes déportées depuis un autre pays que la France, différence de traitement fondée uniquement sur le critère de la nationalité du demandeur au moment du fait générateur du droit à pension. Dès lors, estime-t-il, « l'impossibilité pour les personnes victimes de déportation depuis un autre pays que la France de bénéficier d'une pension d'invalidité en raison de leur nationalité au moment des faits, peut être regardée comme ne reposant pas sur un critère en rapport avec l'objet des pensions d'invalidité et être considérée, de ce fait, comme incompatible avec les dispositions de l'article 14 de la CEDH ».

Assez curieusement le collège ne rattache pas cette stipulation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme à un autre droit garanti par la Convention – en faisant donc une application autonome (v. les développements supra n°34). Mais selon la jurisprudence de la Cour européenne, le droit à pension constitue un « bien » au sens de l'article 1^{er} du premier protocole de la Convention qui a manifestement été atteint en l'espèce. Du reste, dans ces recommandations suivantes, le collège a pris soin, de manière plus orthodoxe, de rattacher l'article 14 à une autre droit ou liberté garanti par la Convention.

Par ailleurs, le collège constate aussi une différence de traitement – fondée sur la nationalité *actuelle* – à l'encontre des étrangers arrêtés en France et déportés, qui n'ont pas acquis ultérieurement la nationalité française. Suivant le même raisonnement, elle « apparaît » également à la HALDE contraire aux stipulations de la Conventions précitées.

En conséquence de quoi, le collège de la HALDE invite son Président à interroger le Premier ministre et le ministre de la Défense sur les justifications de l'exclusion du bénéfice des pensions d'invalidité des personnes de nationalité étrangère au moment de leur arrestation et de leur déportation, soit lorsqu'elles ont été déportées depuis un pays étranger et ne se sont installées en France qu'après leur libération, et ont acquis depuis la nationalité française, soit lorsqu'elles ont été déportées depuis la France et n'ont pas acquis ultérieurement la nationalité française.

En l'absence de justification, il demande aux autorités que soit réformé en conséquence le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre.

Suite à cette recommandation, le ministre des Anciens combattants a informé la HALDE, par courrier du 27 décembre 2005, que « le caractère spécifique qui s'attache à la législation relative à la déportation au sein du droit français et la jurisprudence du Conseil d'Etat, en ce qui concerne l'application de l'article 14 de la convention précitée, milite, [lui] semble-t-il pour la prise des mesures législatives modifiant l'article L. 252-5 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre permettant aux déportés de nationalité étrangère au moment des faits, qui ont acquis la nationalité française après la guerre, et déportés depuis un autre pays que la France, de bénéficier, ainsi que leurs ayants cause, d'une pension d'invalidité », assorties de conditions précises d'application.

Pour les étrangers arrêtés en France et déportés, qui n'ont pas acquis ultérieurement la nationalité française, le ministre estime nécessaire de mener une étude complémentaire.

Délibération n° 2005-24 du 19 septembre 2005

<http://www.halde.fr/haute-autorite-1/avis-recommandations-25/discrimination-resultant-regimes-droit-84/discrimination-resultant-regimes-droit-9031.html>

§ 4 Le Protocole n° 12 de la Convention européenne des droits de l'homme

42 Genèse du protocole n° 12 de la Convention européenne des droits de l'homme ■ Les instances du Conseil de l'Europe ont dressé le constat que la limitation de la portée de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme constitue la principale entrave au plein développement d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de discriminations raciales (*en ce sens v. Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), Lutte contre le racisme et l'intolérance, brochure de présentation, 1997 et le rapport explicatif accompagnant le protocole n° 12*).

A la demande de l'ECRI, l'idée d'une extension de la portée du principe de non-discrimination de l'article 14 a été reprise. Après avoir étudié « l'opportunité et la faisabilité d'un instrument juridique contre le racisme et l'intolérance », le Comité directeur des droits de l'homme (CDDH) a marqué dès 1997 sa préférence pour une approche universelle et non pas sectorielle. A la suite de quoi le Comité des ministres du Conseil de l'Europe lui a donné, en mars 1998, mandat de « rédiger [...] un ou des protocoles additionnels à la Convention [...] qui élargisse d'une façon générale le champ d'application de son article 14 qui contient une liste non exhaustive de motifs de discrimination ». Après consultations, le texte a été transmis en mars 2000 au Comité des ministres qui l'a adopté le 26 juin 2000 et l'a ouvert à la signature le 4 novembre 2000 à Rome.

En août 2006, le protocole n° 12 avait été signé par 35 des 43 États membres du Conseil de l'Europe et ratifié par seulement 14 d'entre eux. Il est entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, lorsque le seuil de 10 États parties a été atteint (pour un état de la ratification :

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=8/14/2006&CL=FRE>). La France ne l'a pas encore signé, ni *a fortiori* ratifié

Dans son troisième rapport sur la France rendu public le 15 février 2005, l'ECRI a recommandé à la France de signer et ratifier le protocole n° 12 pour renforcer son dispositif de lutte contre les discriminations.

Les autorités françaises invoquent l'engorgement du rôle de la Cour pour justifier son attentisme – ce que la doctrine qualifie d'argument « particulièrement fallacieux » (*L. Burgorgue-Larsen, La France et la protection européenne des droits de l'homme*, AFRI, 2005, p.598).

43 Contenu du Protocole n° 12 ■ En ratifiant ce protocole, les États membres conviennent :

— D'une part, d'une « interdiction générale de la discrimination » posée à l'article 1^{er} paragraphe 1 qui dispose que : « La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur [...] la race, la couleur, la langue, la religion, [...] l'origine nationale [...], l'appartenance à une minorité nationale [...], la naissance ou toute autre situation ».

On remarquera que cette liste des motifs de discrimination est identique à celle de l'article 14 de la convention et qu'elle est doublement ouverte par le « notamment » et le « toute autre situation ».

Quant à la notion de discrimination, la formulation retenue indique qu'il s'agit de conserver l'interprétation traditionnelle adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle « toutes les distinctions ou différences de traitement n'équival[ent] pas à une discrimination » et qu'« une distinction est discriminatoire si elle “manque de justification objective et raisonnable” ».

— D'autre part, le paragraphe 2 de l'article 1^{er} du protocole porte que : « Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit, fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1 ». Il s'agit donc de prohiber formellement les discriminations « verticales » entre les autorités publiques et les individus. En revanche, le protocole ne prohibe pas formellement les discriminations « horizontales » alors même que nul n'ignore que les discriminations — et en particulier les discriminations raciales — ne sont pas seulement les faits des autorités publiques mais se manifestent également, sinon davantage, dans les rapports entre particuliers (*D. SPIELMANN, L'effet potentiel de la CEDH entre personnes privées*, Bruylant, 1995, p. 38).. La Cour européenne des droits de l'homme s'est pourtant reconnue compétente pour examiner le grief de discrimination dans le cadre d'affaires interindividuelles (*CEDH 13 juil. 2004, Pla et Puncernau c/ Andorre*).

V. sur le protocole n°12 : G. GONZALEZ, Le protocole additionnel n°12 de la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer, RFDA, janv./févr. 2002, p.113.

Sous-section 2 La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI)

44 Statuts et missions de l'ECRI ■ La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) est un mécanisme qui a été établi par le premier sommet des chefs d'État et de gouvernement des États membres du Conseil de l'Europe (♦ *Décl. de Vienne, 9 oct. 1993*) et renforcé par décision du deuxième sommet tenu à Strasbourg en octobre 1997.

Il s'agit d'une instance indépendante dans le domaine des droits de l'homme chargée d'assurer le suivi des questions relatives à la lutte contre la discrimination raciale.

La tâche de l'ECRI est de combattre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance au niveau de la grande Europe et sous l'angle de la protection des droits de l'homme à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (*Comité des ministres Res(2002)8, 13 juin 2002*).

Elle a pour mission d'examiner dans ce domaine les législations, les politiques et les autres mesures prises par les États membres, de stimuler l'action en la matière aux niveaux local, national et européen, de formuler des recommandations de politique

générale à l'égard des États membres et d'étudier des instruments juridiques internationaux applicables en la matière, en vue de leur renforcement si nécessaire.

Ses membres sont désignés sur la base de leurs connaissances approfondies dans le domaine de la lutte contre l'intolérance. Ils siègent à titre individuel, sont indépendants et impartiaux dans l'exercice de leur mandat, et ne reçoivent aucune instruction de leur gouvernement.

Le troisième sommet du Conseil de l'Europe, tenu à Varsovie en mai 2005, a décidé d'intensifier cette lutte contre les discriminations raciales en dotant l'ECRI des moyens nécessaires à mener ses travaux, en coopération étroite avec les autorités et institutions nationales ainsi que la société civile.

http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/Ecri/

45 Activités de l'ECRI ■ L'ECRI développe trois types d'approches.

1° Travaux sur des thèmes généraux et thématiques particuliers

Elle émet des « recommandations de politique générale » adressées aux gouvernements des États membres et proposent des lignes directrices.

L'ECRI a adopté jusqu'à présent neuf recommandations de ce type (http://www.coe.int/t/f/droits_de_l%27homme/ecri/1-ecri/3-th%E8mes_g%E9n%E9raux/1-recommandations_de_politique_g%E9n%E9rale/intro.asp#TopOfPage), portant en particulier sur la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance, sur les organes spécialisés dans cette lutte au niveau national ; sur la lutte contre le racisme et l'intolérance envers les Roms ; les musulmans ; contre l'antisémitisme ou encore sur les moyens de lutter contre le racisme « tout en combattant le terrorisme ».

Elle développe aussi des travaux sur des thématiques particulières comme l'utilisation d'éléments racistes, antisémites et xénophobes dans le discours politique (mars 2005) ou sur la collecte de données ethniques (2006).

Elle recueille aussi les « bonnes pratiques » (<http://www.coe.int/t/f/droits%5Fde%5F1%27homme/ecri/1%2Ddecri/3%2Dth%C3%A8mes%5Fg%C3%A9n%C3%A9raux/2%2DRecueils%5Fde%5Fbonnes%5Fpratiques/>)

2° Relations avec la société civile et coopération avec les autres organisations

L'ECRI développe un programme d'action sur les relations avec la société civile (http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l%27homme/Ecri/1-ECRI/4-Relations_avec_la_soci%E9t%E9_civile/). A cette fin, elle organise des sessions d'informations et des tables rondes dans les États membres en coopération avec les partenaires nationaux à l'occasion de la publication de ses rapports et des rencontres thématiques avec les organisations non gouvernementales actives dans la lutte contre le racisme et l'intolérance ou les organes nationaux spécialisés dans ce domaine. Elle utilise les médias pour communiquer les résultats de ses travaux.

Elle entretient aussi des rapports avec les autres acteurs au niveau européen et international dans le domaine de la lutte contre le racisme et l'intolérance, notamment l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (EUMC http://www.coe.int/t/f/droits_de_l%27homme/ecri/1-ecri/4-relations_avec_la_soci%E9t%E9_civile/4-Observatoire_europ%E9en/Introduction.asp#TopOfPage), ou le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et le service anti-discrimination du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH).

3° Approche pays par pays

Suivant des cycles de quatre ou cinq ans, l'ECRI effectue un « monitoring » des phénomènes de racisme et de discrimination raciale en examinant de près la situation dans chacun des États

membres du Conseil de l'Europe.

A cette fin, elle élabore des rapports contenant ses analyses et recommandations quant à la manière dont chaque pays peut traiter les problèmes identifiés.

Préalablement à l'élaboration de chaque nouveau rapport, elle effectue des visites dans le pays examiné. Les rapports sont d'abord transmis sous forme de projets de textes aux États membres concernés et font l'objet d'un dialogue confidentiel avec les autorités nationales de ce pays. Il est ensuite adopté dans sa forme définitive et transmis au gouvernement de l'État membre concerné puis rendu public.

Dans son troisième rapport sur la France, adopté le 26 juin 2004 et rendu public le 15 février 2005 (http://www.coe.int/t/f/droits_de_l'homme/ecri/1-ecri/2-pays-par-pays/France/France_CBC_3.asp#TopOfPage), l'ECRI note les « progrès » accomplis depuis la publication du second rapport notamment sur le dispositif juridique de lutte contre la discrimination raciale (v. nos 75 et s., les instruments nationaux de lutte contre les discriminations).

Néanmoins elle regrette que plusieurs recommandations formulées n'ont pas été mises en œuvre, notamment le refus de la France de ratifier la convention-cadre pour la protection des minorités nationales des Nations unies et la charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

Elle constate la persistance de plaintes relatives aux mauvais traitements de la part de représentants de la loi à l'encontre de membres de groupes minoritaires notamment en matière de contrôles des individus. Elle s'inquiète tout particulièrement d'informations de la part d'organisations non gouvernementales selon lesquelles lorsqu'une personne dépose une plainte contre un représentant de la loi, celui-ci répond quasi systématiquement par une plainte pour outrage ou dénonciation calomnieuse, ce qui met le plaignant civil dans une position de faiblesse.

Elle regrette que les immigrés et les demandeurs d'asile rencontrent des difficultés et sont perçus dans leur ensemble comme des « fraudeurs » et que les gens du voyage et les Roms immigrés sont confrontés à des situations difficiles notamment en matière d'accès au logement ou à l'éducation.

Elle constate « l'augmentation alarmante » de l'antisémitisme en France et la persistance d'actes et propos racistes envers les musulmans et les personnes d'origine immigrée en général.

Elle recommande aux autorités françaises de prendre des mesures supplémentaires dans un certain nombre de domaines, notamment en appliquant « pleinement » les dispositions existantes de droit pénal et de droit civil et en sensibilisant les magistrats au problème de la discrimination raciale et à la difficulté de prouver son existence.

Enfin, l'ECRI recommande de mettre en place un organe spécialisé pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale.

Ces recommandations ont été suivies d'effets par l'adoption de la loi du 30 décembre 2004 mettant en place la HALDE et renforçant le dispositif juridique de lutte contre les discriminations (v. nos 129 et s., ♦ Rép. min. n° 16410 : JO Sénat Q, 14 juill. 2005, p. 1910).

Sous-section 3 La charte sociale européenne

46 La charte sociale européenne du 18 octobre 1961 ■ Cette charte, qui est le pendant de la Convention européenne des droits de l'homme pour ce qui concerne les droits économiques et sociaux, a été ratifiée par la France en 1973. Elle affirme notamment un principe d'égalité de traitement en matière de sécurité sociale (♦ *Charte soc. européenne*, 18 oct. 1961, art. 12, § 4) et d'assistance sociale et médicale (♦ *Charte soc. européenne*, 18 oct. 1961, art. 13, § 4). En outre, son article 19 assure aux travailleurs migrants « se trouvant légalement sur leur territoire » et à leurs familles une égalité de traitement en matière de rémunération, de conditions d'emploi et de travail, d'affiliation aux organisations syndicales, de jouissance des avantages offerts par les conventions collectives et dans le

logement (♦ *Charte soc. européenne*, 18 oct. 1961, art. 19, § 4), ainsi que pour les impôts, taxes et contributions afférents au travail, perçus au titre du travailleur (art. 19, § 5).

(V. les études ABC DU DROIT DES ÉTRANGERS et PROTECTION SOCIALE.)

47 La charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 ■ Depuis le 1^{er} juillet 1999, est entrée en vigueur la charte sociale européenne révisée qui est destinée à se substituer progressivement à la charte sociale européenne de 1961 (v. l'étude PROTECTION SOCIALE). Parmi les droits nouveaux on relèvera « le droit des travailleurs ayant des responsabilités familiales à l'égalité des chances et de traitement » (♦ *Charte soc. européenne (révisée)*, 3 mai 1996, art. 27). En outre, la jouissance des droits reconnus par la charte doit être assurée « sans distinction aucune fondée notamment sur la race, la couleur [...], la langue, la religion [...], l'ascendance nationale [...], l'appartenance à une minorité nationale [...], ou toute autre situation » (*V^e partie*, art. E).

A noter cependant que la charte ne protège que les ressortissants des États parties (qui sont nécessairement des États du Conseil de l'Europe), qui doivent, en outre, résider de façon régulière (v. néanmoins n° 48 la décision du comité des droits sociaux qui atténue cette restriction).

(Pour plus de détails, v. l'étude PROTECTION SOCIALE ; [HTTP://WWW.COE.INT/T/F/DROITS_DE_L'HOMME/CSE/](http://www.coe.int/T/F/DROITS_DE_L'HOMME/CSE/)).

48 Comité européen des droits sociaux ■ Le Comité européen des droits sociaux (CEDS) est chargé de se prononcer sur la conformité du droit et de la pratique des États à la charte sociale européenne.

Dans le cadre d'un système de rapports remis par les États, il adopte des conclusions. Dans le cadre d'une procédure de réclamation collective il adopte des décisions.

49 Conclusions et décisions du Comité européen des droits sociaux

Le Comité européen des droits sociaux a indiqué que « l'obligation incombant aux États parties est de prendre non seulement les initiatives juridiques mais aussi les initiatives concrètes propres à permettre le plein exercice des droits reconnus par la Charte » (*CEDS, récl. 12/2002, Autisme-Europe c/ France, déc. 4 nov. 2003, §53*).

1°) Droit au travail et non-discrimination

Dans ses conclusions 2006 sur la France, le Comité se prononce sur la compatibilité de certains emplois fermés aux étrangers à l'article 1§2 de la Charte sociale européenne (travail librement entrepris, principe de non-discrimination).

Tout en reconnaissant que les États peuvent subordonner l'accès des ressortissants étrangers à l'emploi sur leur territoire à la possession d'un permis de travail, le Comité rappelle qu'ils ne peuvent, pour autant, interdire de manière générale aux ressortissants des États parties l'occupation d'emplois pour d'autres motifs que ceux visés par l'article G.

Cette disposition prévoit que les restrictions aux droits garantis par la Charte révisée ne sont admises que si elles sont prescrites par la loi, poursuivent un but légitime et sont nécessaires dans une société démocratique pour garantir le respect des droits et libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes moeurs.

Le Comité en conclut que « les seuls emplois pouvant être fermés aux étrangers sont donc ceux intrinsèquement liés à la protection de l'ordre public ou de la sécurité nationale et impliquant l'exercice de la puissance publique ».

Au regard des ces critères, il réexamine la compatibilité à ces stipulations du code du travail maritime qui réserve les emplois de capitaine et de premier officier aux ressortissants de nationalité française et du code de l'aviation civile qui réserve l'inscription aux registres propres à certaines catégories de personnels navigants aux citoyens français (v. sur ces emplois fermés *infra*). Il avait dans de précédentes conclusions estimé ces législations contraire à la Charte.

Curieusement il conclut cette fois-ci, au vu du rapport de la France, que ces restrictions sont parmi celles autorisées par l'article G de la Charte révisée. Pour les capitaines de navire français, il relève qu'ils disposent de prérogatives en matière de sécurité maritime, de pouvoirs de police en mer (ils sont en droit de constater des infractions au code pénal, d'ordonner un emprisonnement préventif, etc.) ainsi qu'en matière d'état civil (établissement d'actes de naissance, d'actes de décès, de déclarations de reconnaissance d'enfant naturel, réception de testaments). Le Comité demande néanmoins si ces restrictions s'appliquent aux capitaines et premiers officiers de tous navires, ou seulement des navires répondant à certains critères.

Ces conclusions du Comité apparaissent en décalage avec la solution retenue par la Cour de justice des communautés européenne dans un contexte juridique assez comparable (v. *infra l'analyse de CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-47/02, Anker et a.*).

Pour l'immatriculation sur le registre des personnels navigants de l'aviation civile, il estime suffisant le système d'autorisation individuelle par arrêté interministériel au registre pour les étrangers non communautaires.

2°) Droit à la sécurité sociale, à l'assistance médicale et sociale

S'agissant du Revenu minimum d'insertion (RMI), le Comité constate depuis plusieurs années que la législation française n'est pas conforme à l'article 13 de la Charte sociale dans la mesure où l'octroi à un étranger non communautaire est subordonnée à la possession d'une carte de résident et donc à une période de résidence sur le territoire français (*Conclusions XIV-1, t. 1, France, p.291*).

Dans ses conclusions 2006, il constate que cette situation s'est détériorée depuis que la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration a allongé de trois à cinq ans la durée de résidence nécessaire pour être susceptible d'obtenir la carte de résident (*conclusions CEDS 2006 (France), http://www.coe.int/t/f/droits_de_l%27homme/cse/3_proc%27du_re_de_rapports/2_conclusions_r%27E9centes/1_par_etats/France_2006.pdf*).

S'agissant de l'Aide médicale d'Etat, le Comité européen des droits sociaux a été saisi, à l'initiative du Gisti, par la Fédération internationale des ligues de droits de l'homme (FIDH), d'une réclamation contre les dispositions des lois du 30 décembre 2002 et du 30 décembre 2003. (♦ *CASF, art. L. 251-1 et s.; v. D. Maille, A. Toullier et P. Volovitch, L'aide médicale d'Etat : comment un droit se vide de son sens faute d'être réellement universel, RD sanit. soc., 2005, p. 543; A. Toullier, Aide médicale d'Etat : les droits sociaux fondamentaux bafoués, Dr. soc., 2005, n°11, p.1011*).

La réclamante estimait que cette réforme constitue une violation du droit à l'assistance médicale prévu par l'article 13 paragraphe 1 de la charte révisée et, pour les mineurs, de l'article 17 de la charte (<http://www.fidh.org/communiq/2003/fr0503f.pdf>).

Alors même qu'il est prévu que les États s'engagent à appliquer ces dispositions « sur un pied d'égalité avec leurs nationaux » aux seuls « ressortissants des autres parties se trouvant légalement sur leur territoire » (♦ *Charte soc. européenne (révisée), 3 mai 1996, art. 13, § 4*), le Comité estime qu'eu égard aux techniques d'interprétation des traités et au fait que la charte a été élaborée comme « un instrument vivant » pour compléter la

Convention européenne des droits de l'homme, elle doit être interprétée « de manière à donner vie et sens aux droits sociaux fondamentaux ».

Il en résulte que les restrictions apportées aux droits doivent être « interprétées strictement » c'est-à-dire comprises « d'une manière qui laisse intacte l'essence du droit en question », surtout lorsqu'il est question d'une atteinte à un droit qui revêt une importance fondamentale pour l'individu en ce qu'il touche à la vie et à la dignité de l'être humain.

Le Comité estime par conséquent qu'une législation qui nie le droit à l'assistance médicale aux ressortissants étrangers, sur le territoire d'un État partie, fussent-ils en situation irrégulière, est contraire à la charte.

En l'espèce il considère néanmoins « dans le doute » que la situation ne constitue pas une violation de l'article 13 de la charte en raison du maintien d'une « forme d'assistance médicale » pour les étrangers en situation irrégulière. En revanche, s'agissant des mineurs, il estime que l'article 17 de la charte a été violé (CEDS ; http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l%27Homme/Cse/2_CEDS_Comit%27E9_europ%27en_des_Droits_sociaux/).

Dans une opinion dissidente, le président du comité, J.-M. Belorgey, est d'avis que la législation française viole à la fois l'article 17 et 13 de la charte révisée

(♦ *Déc. Comité européen des droits sociaux, 8 sept. 2004, n° 14/2003, FIDH c/ France, adoptée par résolution du conseil des ministres du conseil de l'Europe le 4 mai 2005, RD sanit. soc., 2005, p. 555, note I. Daugareilh*).

Conformément à l'engagement pris par la France devant le comité des ministres du Conseil de l'Europe, le gouvernement français a adressé une lettre-circulaire du 16 mars 2005 sur les soins urgents pour débloquer les situations les plus extrêmes ([https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2005\)917/4_1&Sector=secCM&Language=lanFrench&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2005)917/4_1&Sector=secCM&Language=lanFrench&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75)), mais sans régler totalement la situation des mineurs.

En octobre 2005, un mémorandum a été déposé par la FIDH, le Gisti, la LDH et Médecins du monde auprès du Conseil de l'Europe pour compléter le rapport annuel remis par la France sur ce point (http://www.coe.int/t/f/droits_de_l%27homme/cse/3_proc%27du_re_de_rapports/2_conclusions_r%27E9centes/). Il y a été mentionné le durcissement des conditions d'accès aux soins pour les irréguliers exclus de l'AME du fait des décrets du 28 juillet 2005 (v. sur ces décrets, supra et infra l'arrêt CE 7 juin 2006, *Aides, Gisti*).

Dans ses conclusions 2006, sans statuer pour le moment sur la conformité de ces textes à l'article 13§4 de la charte, le CEDS a d'ores et déjà demandé au gouvernement des informations sur ces nouvelles restrictions qui « compliquent l'accès aux soins, entraînent des retards dans l'accès aux soins, voire privent les personnes concernées de cet accès » (*CEDS, Conclusions 2006 (France), sur l'article 13 http://www.coe.int/t/f/droits_de_l%27homme/cse/3_proc%27du_re_de_rapports/2_conclusions_r%27E9centes/1_par_etats/France_2006.pdf*).

50 . Non application par les juridictions françaises de la charte sociale européenne

Les juridictions françaises estiment que la charte sociale européenne révisée n'est pas d'applicabilité directe en droit français.

1°) Position du conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat avait déjà estimé que la charte sociale n'est pas d'applicabilité directe (*CE, 15 mai 1995, Raut, RJS, 10/95, n°1056*). Mais, dans un arrêt récent, il avait été ambigu sur l'article 24 de la charte sociale révisée en examinant « en tout état de cause » la conformité d'une ordonnance à cette stipulation (*CE, 19 oct. 2005, n°283471, Confédération générale du travail*).

Saisi de la conformité à la charte sociale européenne révisée des décrets du 28 juillet 2005 et de l'article 97 de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2003 (durcissant l'accès à l'Aide médicale d'Etat), il estime sans ambiguïté que les stipulations des articles 11, 12, 13 et 17, qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées devant une juridiction. Dès lors, le moyen tiré de ce que les droits énoncés par la charte sociale européenne révisée ne seraient pas garantis dans le respect du principe de non-discrimination prévu par l'article E de la partie V de la charte est inopérant (*CE*, 7 juin 2006, n° 285576, *Aides, Gisti, et alii.*) http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=JA_DE&nod=JGXAX2006X06X000000285576

S'agissant de l'accès des mineurs à l'AME, le conseil d'Etat a néanmoins abouti à une solution équivalente de celle du Comité européen des droits sociaux (♦ *Déc. CEDS*, 8 sept. 2004, n° 14/2003, *FIDH c/ France*), en déclarant la disposition législative contraire à l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (v. *supra*).

v. *Gisti*, *Les enfants entrés hors du regroupement familial ont droit aux prestations familiales*, *Les notes pratiques*, 2005 (<http://www.gisti.org/doc/publications/2005/prestations-familiales/index.html>).

2°) Position des juridictions judiciaires

Section 2 La cour de cassation a adopté la même position quand au fait que la charte sociale ne produit pas d'effet direct à l'égard des particuliers qui ne peuvent s'en prévaloir devant les juridictions mais ne lie que les Etats parties à la charte (*Cass. soc.*, 17 déc. 1996, *Glaziou*). Les instruments de prohibition des discriminations dans le cadre de l'Union européenne

Sous-section 1 Cadre normatif général

51 Cadre général des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en droit communautaire ■ Le principe d'égalité de traitement fait de longue date partie des principes généraux du droit communautaire dont la CJCE a pour mission d'assurer le respect (♦ *CJCE*, 17 juill. 1963, *aff. 13-63, Italie c/ Commission de la Communauté économique européenne*). S'il a pendant longtemps été appliqué de manière prioritaire à l'égalité entre hommes et femmes et à la libre circulation des travailleurs migrants, une conception plus large en a été consacrée en 1999 par le traité d'Amsterdam en son article 13. L'article 12 du traité CE (*Traité CEE, ex-art. 6*) prévoit quant à lui que « dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ».

A noter également que la Charte des droits fondamentaux (♦ *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 7 déc. 2000 : *JOCE* n° C 364, 18 déc.) consacre expressément l'égalité dans son chapitre 3, en posant en son article 20 un principe d'égalité en droit selon lequel « toutes les personnes sont égales en droit », et en son article 21 une exigence de non-discrimination particulièrement détaillée selon laquelle est interdite « toute discrimination fondée notamment sur [...] la race, la couleur, les origines ethniques [...], les caractéristiques génétiques, la langue, la religion [...], l'appartenance à une minorité nationale, [...], la naissance [...] » (*art. 21, § 1*). En outre, son paragraphe 2 reprend le principe posé à l'article 12 du traité. Cette charte n'a cependant pas de force juridique contraignante tant que le traité établissant une Constitution pour l'Europe ne sera pas ratifié et entré en vigueur (v. l'étude POLITIQUE EUROPEENNE D'ASILE ET D'IMMIGRATION).

52 L'article 13 du traité d'Amsterdam : la consécration de la

compétence de l'Union européenne en matière de discriminations

■ Depuis 1999, l'article 13 du traité d'Amsterdam permet, « sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté », au conseil des ministres « statuant à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen » de prendre « les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur [...] la race ou l'origine ethnique, la religion [...] ». Mettant fin à un long débat sur la compétence de la Communauté en matière de lutte contre les discriminations, il constitue une base juridique qui habilite le conseil à intervenir en matière de lutte contre les discriminations fondées sur ces motifs.

V. E. Dubout, *L'article 13 du traité de la Communauté européenne. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, 2005.

Sur cette base, la Commission européenne a adopté le 25 novembre 1999, un ensemble d'initiatives visant à mettre en œuvre l'article 13, dites « Paquet anti-discrimination », comprenant :

53 Le programme d'action communautaire de lutte contre les discriminations (2001-2006) ■

Ce programme prévoit que la lutte contre le racisme et la xénophobie est systématiquement intégrée dans les politiques et programmes communautaires dans l'ensemble des domaines d'activité qui s'y prêtent (♦ *Déc. n° 2000/750/CE*, 27 nov. 2000 : *JOCE* n° L 303, 2 déc. 2000, p. 23 et s.). http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/poli/cy/prog_fr.htm

54 Directive du 27 novembre 2000 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi

Une directive dite « horizontale » relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail qui vise à combattre la discrimination dans « l'emploi et le travail » fondée sur les différents motifs énoncés à l'article 13 (à l'exception du sexe, de la race et de l'origine ethnique qui ont fait l'objet de directives spécifiques) a été adoptée par le Conseil le 27 novembre 2000. Cette directive devait être transposée par les États-membres au plus tard le 2 décembre 2003 (♦ *Dir. n° 2000/78/CE*, 27 nov. 2000 : *JOCE* n° L 303, 2 déc. http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legisln/2000_78_fr.pdf).

55 Directive n°2000/43/CE du 29 juin 2000 égalité de traitement sans distinction de « race et origine ethnique »

Une directive dite « verticale », spécifique à la lutte contre la discrimination raciale ou ethnique qui concerne aussi bien le marché du travail que la formation professionnelle, l'éducation, les droits syndicaux, la protection sociale (y compris la sécurité sociale et les soins de santé), les avantages sociaux, l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, et s'applique tant au secteur public que privé, y compris les organismes publics (*art. 3, § 1*) a été adoptée par le conseil de ministres le 29 juin 2000. Cette directive dite « racisme » ou « race et origine ethnique » devait être transposée par les États membres au plus tard le 19 juillet 2003 (♦ *Dir. n° 2000/43/CE du Conseil*, 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 : *JOCE* n° L 180, 19 juill. http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legisln/2000_43_fr.pdf).

Son préambule précise — pour lever toute ambiguïté sur l'utilisation du mot « race » — que « l'Union européenne rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. L'emploi du mot « race » dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories » (*Préambule, § 6*).

Prohibant au sein de la Communauté toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique dans les domaines qu'elle régit, cette directive a également vocation à s'appliquer aux ressortissants de pays tiers, sans toutefois remettre en cause « les différences de traitement fondées sur la nationalité » et « sans préjudice des dispositions régissant l'entrée et le séjour des ressortissants de pays tiers et leur accès à l'emploi et au travail » (*Préambule*, § 13 ; *Dir.*, art. 3, § 2).

L'objet de la directive, est d'« établir un cadre pour lutter contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement » (*art. 1^{er}*).

A cette fin, l'article 2 paragraphe 1 définit ce principe comme impliquant « l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique ». Ces définitions sont reprises à l'identique dans la directive « emploi » du 27 novembre 2000 (♦ *Dir. n° 2000/43/CE du Conseil*, 29 juin 2000, art. 2, § 2 : *JOCE n° L 180*, 19 juill.).

56 La discrimination directe et la directive 2000/43 du 29 juin 2000 ■

Selon cette directive, une discrimination « se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ».

Contrairement à la conception qui prévaut dans le droit européen des droits de l'homme avec la notion de « justification objective et raisonnable » attachée à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, en droit communautaire la discrimination directe ne peut, en principe, jamais se justifier (♦ *CJCE*, 8 nov. 1990, aff. C-177/88, *Dekker c/ Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus* : *Rec. CJCE*, I, p. 3941). On notera cependant que l'article 4 de la directive admet que « les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ». Cette exception est admise « dans des circonstances très limitées » (♦ *Dir. n° 2000/43/CE du Conseil*, 29 juin 2000, *Préambule*, § 18 : *JOCE n° L 180*, 19 juill.).

Mais l'admission d'une telle possibilité dans une législation communautaire, même à titre exceptionnel, pourrait paraître choquante : rien ne saurait justifier la discrimination raciale ou ethnique.

57 La discrimination indirecte et la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000

1°) Consécration de la notion par la directive

a) notion de discrimination indirecte

Selon la directive, la discrimination indirecte « se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée 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 ».

Selon la conception élaborée par la Cour de justice, la discrimination indirecte ou « déguisée » existe dès lors qu'une « disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte (a pour simple effet sans pour autant avoir pour intention d'affecter) une proportion plus élevée de » personnes d'une catégorie que de l'autre » (♦ *CJCE*, 4^e ch., 21 sept. 2000, aff. C-124/99, *Boravitz Carl c/ Landesversicherungsanstalt Westfalen* : *Rec. CJCE*, p. 7293, § 25). La mesure peut cependant être justifiée objectivement par le défenseur à condition que

l'objectif soit légitime et qu'elle soit proportionnée à l'objectif poursuivi, c'est-à-dire que les moyens pour l'atteindre soient appropriés et nécessaires (♦ *CJCE*, 13 mai 1986, aff. 170/84, *Bilka c/ Weber* : *Rec. CJCE*, p. 1607).

Ainsi, par exemple dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, le fait de poser une condition de résidence, critère apparemment neutre, peut constituer une discrimination vis-à-vis d'un travailleur migrant cherchant à accéder à un emploi même s'il n'y a pas de référence à la nationalité. C'est pourquoi, la Cour de justice estime que « les règles de l'égalité de traitement prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat », pour en déduire « qu'il n'est donc pas exclu que des critères tels que le lieu d'origine ou le domicile d'un travailleur puissent, selon les circonstances, constituer dans leur effet pratique l'équivalent d'une discrimination de nationalité prohibée par le traité » (♦ *CJCE*, 12 févr. 1974, aff. 152-73, *Sotgiu c/ Deutsche Bundespost* : *Rec. CJCE*, p. 153, § 11).

b) l'utilisation des statistiques

La définition de la discrimination indirecte retenue dans l'article 2 paragraphe 2 b) de la directive n'exige pas des preuves statistiques pour établir la discrimination indirecte, sans pour autant l'exclure expressément (♦ *Dir. n° 2000/43/CE*, 29 juin 2000 *Préambule*, § 15 : *JOCE n° L 180*, 19 juill.). En ce sens, la Cour de justice avait déjà estimé qu'une mesure révèle *par elle-même* une discrimination indirecte « dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers » (♦ *CJCE*, 5^e ch., 23 mai 1996, aff. 237/94, *O'Flynn c/ Adjudication Officer* : *Rec. CJCE*, p. 2617).

Cette solution évite aussi de trancher le débat né en France, selon lequel les données statistiques ne pourraient pas être utilisées.

2°) Application en droit interne

La notion de discrimination indirecte est également reprise par les juridictions internes. Ainsi, dans un arrêt de 2002, le Conseil d'État considère que les stipulations de l'article 39 du traité CE doivent être interprétées comme interdisant non seulement les discriminations fondées sur la nationalité, mais encore toutes les formes de discrimination, qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat.

En l'espèce, la commission des spécialistes d'une université avait rejeté la candidature d'un professeur italien, tout en reconnaissant sa valeur scientifique, au seul motif « qu'elle n'aurait pas une expérience suffisante du système universitaire français ». Appliquant la jurisprudence de la Cour (♦ *CJCE*, 15 janv. 1998, aff. C-15/96, *Schöningh-Kougebetopoulou Kalliope c/ Freie und Hansestadt Hamburg*), le Conseil d'État estime que « lorsqu'à l'occasion du recrutement d'un fonctionnaire [...], les autorités administratives compétentes prennent en considération les activités professionnelles antérieures, exercées par les candidats au sein d'une administration publique, elles ne peuvent, à l'égard des ressortissants des États membres de l'Union européenne, opérer de distinction selon que ces activités ont été exercées dans une collectivité publique française ou dans celle d'un autre État membre » (♦ *CE*, 18 oct. 2002, n° 224804, *Spaggiari* : *AJDA* n° 1/2003, p. 26, *concl. R. Schwartz*).

58 La discrimination apparente

La directive 2000/43/CE n'a pas consacré la notion de discrimination apparente, plus large que celle de discrimination indirecte, dégagée par la Cour de justice dans l'affaire *Enderby* (♦ *CJCE*, 27 oct. 1993, aff. C-127/92, *Enderby c/ Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health*, *Rec. CJCE*, p. 5535). L'avantage de ce concept est qu'il permet d'appréhender les discriminations « structurelles » ou

« systémiques », c'est-à-dire produites par le système lui-même, par des représentations et usages sociaux et non par les individus de façon volontaire..

59 La discrimination matérielle

Selon la définition classique donnée par la Cour de justice, « la discrimination matérielle consiste à traiter de manière différente des situations semblables, mais aussi à traiter de manière identique des situations différentes » (*CJCE 17 juillet 1963 aff. 13.63, Italie c/ Commission, Rec. p.341*). Le droit communautaire oblige donc à traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes.

La Cour de justice a développé une jurisprudence abondante dans ce domaine, en privilégiant constamment une conception matérielle de l'égalité assez éloignée de la conception française purement formelle (v., par exemple, *CJCE, 30 juin 1998, Brown c./ Rentokil Ltd, C-394/96, Rec. CJCE p.I-4185, p.30*).

Une telle obligation a aussi été énoncée par la Cour européenne des droits de l'homme dans une décision du 6 avril 2000 (*CEDH, Gr. ch. Thlimmenos c/ Grèce, Recueil des arrêts et décisions 2000-IV p. 317 § 44*): « ce n'est pas la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes ».

En droit interne, les juridictions ont constamment écarté une telle conception de l'égalité : s'il impose d'une manière générale que de traiter de la même façon les personnes qui se trouvent dans des situations semblables, il n'implique en aucune façon que les personnes se trouvant dans des situations différentes soient soumises à des régimes différents (cf. notamment *CE Ass. 28 mars 1997, Sté Baxter, Rec. p. 114, RFDA 1997, p.450 ou, plus récemment, CE 20 avril 2005, n°266572, Union des familles en Europe, AJDA n°40/2005, note L. Burgorgue-Larsen, p.2233*).

La Cour de cassation (*Cass. soc. 24 mars 1998, Azad c/ Chasidine, Dr. soc. 1998, p.615*) et le Conseil constitutionnel adoptent la même position (décision n°2003-489 DC du 29 décembre 2003), à l'exception du domaine fiscal pour l'application de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (*déc. n°2000-437 DC, 19 déc. 2000, Lois de financement pour la sécurité sociale*). Pour ce dernier, le « principe d'égalité ne saurait imposer au législateur, lorsqu'il s'efforce de réduire les disparités de traitement en matière de protection sociale, de remédier concomitamment à l'ensemble des disparités existantes » (*Déc. n°99-416, 23 juillet 1999, Couverture maladie universelle, AJDA, 1999, p.738, chron. J.-E. Schoettl*).

V. Rémy Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t.232, 2003.

60 Harcèlement et incitation à la discrimination : deux nouvelles formes de discrimination ■ La directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 ajoute à la notion de discrimination raciale ou ethnique deux nouvelles formes, présentes dans la législation de certains États membres :

— le « harcèlement » racial ou ethnique qui est constitué « lorsqu'un comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique se manifeste, 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 ». Cette notion pouvant être définie « conformément aux législations et pratiques nationales des États membres » (♦ *Dir. n° 2000/43/CE, 29 juin 2000, art. 2, § 3 : JOCE n° L 180, 19 juill.*) ;

— l'incitation à la discrimination qui réside en « tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer

une discrimination à l'encontre de personnes pour des raisons de race ou d'origine ethnique » (♦ *Dir. n° 2000/43/CE, 29 juin 2000, art. 2, § 4 : JOCE n° L 180, 19 juill.*). Cette extension du concept de discrimination raciale s'inscrit dans le prolongement de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale aux termes duquel les États parties se sont engagés « à déclarer délit punissable par la loi [...] toute incitation à la discrimination raciale [...] » (v. n° 18) et peut être rapprochée de l'article R. 625-7 du code pénal qui réprime « la provocation non publique à la discrimination, à la haine ou à la violence raciales ».

Dans une circulaire, le Garde des Sceaux estime qu'en application des directives communautaires relatives à l'égalité de traitement « le harcèlement constitue une discrimination lorsqu'il est lié à l'un des critères prohibés » et que les particuliers peuvent se prévaloir à l'encontre des autorités publiques de ces dispositions claires et suffisamment précises (*Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces CRIM 2005-22 du 03 octobre 2005 portant sur les relations entre la HALDE et l'autorité judiciaire, BOMJ n°100, 1^{er} oct-31 déc.*).

61 Politiques d'affirmative action

L'article 5 de la directive 2000/43/CE prévoit la possibilité pour les États membres de mener des politiques « d'action positive ». L'objectif est d'« assurer la pleine égalité dans la pratique » compte tenu du fait que « le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique ».

62 Partage de la charge de la preuve ■ L'article 8 de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 prévoit un système de partage de la charge de la preuve en matière de discrimination. Son paragraphe 1 porte que « les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, 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, devant une juridiction ou une autre instance compétente, 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 ». Il est précisé que cette disposition « ne fait pas obstacle à l'adoption par les États membres de règles de la preuve plus favorables aux plaignants » (♦ *Dir. n° 2000/43/CE, 29 juin 2000, art. 8, § 2*), et surtout, qu'elle « ne s'applique pas aux procédures pénales » (§ 3) ni, pour les États qui le souhaitent, aux procédures « dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente » (§ 5).

Il s'agit, là aussi, d'intégrer dans la directive l'acquis de la jurisprudence de la CJCE (♦ *CJCE, 17 oct. 1989, aff. C-109/88 Danfos : Rec. CJCE, p. 3199* ♦ *CJCE, 27 oct. 1993, aff. 127/92, Enderby c/ Frenchy Health Authority et Secretary of State for Health : Rec. CJCE, p. 5535*). Malgré un certain nombre de réticences en France, ce processus probatoire a été mis en œuvre par la chambre sociale de la Cour de cassation dans deux arrêts (♦ *Cass. soc., 23 nov. 1999, n° 97-42.940, n° 4290 P + F, Seillier c/ Commissariat à l'énergie atomique* ♦ *Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-45.258, n° 1027 P + B PB, Fluchère et a. c/ SNCF : Dr. soc., juin 2000, p. 592*) et a été repris en droit social par la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations raciales puis étendu à d'autres domaines par la loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (v. n° 128).

63 Ouverture de procédures judiciaires ou administratives en faveur des victimes et d'organisations collectives ■ L'article 7, paragraphe 2 de la directive prévoit que les États membres doivent veiller « à ce que les associations, les organisations ou les personnes morales qui ont [...] un intérêt légitime à assurer que les dispositions de la présente directive sont respectées puissent, pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou

administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de la présente directive ».

En outre, les États doivent veiller « à établir des procédures judiciaires et/ou administratives, y compris, lorsqu'ils l'estiment approprié, des procédures de conciliation », afin de faire respecter les obligations découlant de la directive (♦ *Dir. n° 2000/43/CE, 29 juin 2000, art. 7, § 1 : JOCE n° L 180, 19 juill.*).

64 Protection contre les mesures de rétorsion ■ L'article 9 de la directive prévoit que les États membres « introduisent dans leur système juridique interne les mesures nécessaires pour protéger les personnes contre tout traitement ou toute conséquence défavorable en réaction à une plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement » (♦ *Dir. n° 2000/43/CE, 29 juin 2000, art. 9 : JOCE n° L 180, 19 juill.*).

65 Organismes nationaux de promotion de l'égalité de traitement ■ L'article 13 de la directive prévoit que « 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 des personnes » (♦ *Dir. n° 2000/43/CE, 29 juin 2000, art. 13 § 1*).

Cette disposition a été, en droit interne, à l'origine de la constitution du Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations (GELD) puis de la HALDE (v. nos 126 et s.).

66 Etat de transposition des directives relatives à l'égalité de traitement

Dans une communication du 1^{er} juin 2005, la Commission constate des « changements importants » dans la législation des États membres depuis l'adoption de ces deux directives. Néanmoins, elle déplore que certaines dispositions n'ont pas été entièrement transposées par certains États membres (http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/legis/impl_fr.htm). (♦ *Doc. COM (2005) 224 final, 1^{er} juin 2005*).

En conséquence, elle a d'ores et déjà engagé des procédures en manquement d'État contre un certain nombre d'États, dont ne fait pas partie la France (http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/arct/prinfringe947_fr.pdf).

Sur la transposition par la France, v. *infra*.

67 Stratégie-cadre pour la non-discrimination et l'égalité des chances ■ Suite au livre vert consacré à « l'égalité et à la non-discrimination dans une Europe élargie » du 28 mai 2004 (♦ *Doc. COM (2004) 379 final, 28 mai 2004* http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/policy/aneval/green_fr.htm), la Commission a développé une « stratégie-cadre » visant à promouvoir de façon « positive et active » la non-discrimination et l'égalité des chances pour tous. L'un des objectifs principaux de cette stratégie est de garantir une « protection juridique efficace » contre la discrimination au sein de l'Union grâce à la transposition par tous les États membres de l'intégralité de la législation communautaire en la matière.

La communication encourage l'adoption de mesures complémentaires telles que la diffusion d'informations, la sensibilisation, le partage d'expériences (« bonnes pratiques »), la formation et l'accès à la justice. La Commission souhaite également soutenir les mesures d'accompagnement destinées à garantir l'application et le respect effectif de la législation anti-discrimination par l'intermédiaire du programme « PROGRESS » (programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale).

Pour la période 2007-2013, le Fonds social européen (FSE) doit mettre l'accent sur le renforcement de la lutte contre les discriminations par la mise en œuvre du programme « EQUAL ». La Commission propose également d'organiser un « sommet de l'égalité » qui se tiendrait une fois par an et qui réunirait ministres, chefs des organismes nationaux s'occupant de l'égalité, présidents d'ONG européennes, partenaires sociaux européens et représentants d'organisations internationales.

Enfin, en 2006, la Commission devrait publier un « manuel » énonçant divers conseils pratiques pour la collecte de données statistiques sur la discrimination (♦ *Doc. COM (2005) 224 final, 1^{er} juin 2005* http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/ey07/com07_fr.pdf).

Par ailleurs, en vue d'assurer une approche plus positive à l'égard de l'égalité, la Commission a déclaré 2007 « Année européenne de l'égalité des chances pour tous ». Cette année sera axée sur quatre grands objectifs prioritaires : les droits, la reconnaissance, la représentation et le respect (♦ *Doc. COM (2005) 225 final, 1^{er} juin 2005* http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/ey07/dec07_fr.pdf).

v. sur la stratégie cadre : http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/policy/strat_fr.htm

68 Principe d'égalité de traitement applicable à des catégories spécifiques de ressortissants de pays tiers ■

1°) en faveur des scientifiques

L'article 12 d'une directive du Conseil du 12 octobre 2005 pose, en faveur des scientifiques des pays tiers, un principe d'égalité de traitement dans un certain nombre de domaines.

Dès lors qu'ils sont titulaires d'un titre de séjour, l'égalité de traitement leur est assurée pour :

- la reconnaissance des diplômes, des certificats et autres qualifications professionnelles, conformément aux procédures nationales pertinentes;
- les conditions de travail, y compris les conditions de rémunération et de licenciement;
- l'accès à la sécurité sociale résultant des règlements communautaires;
- les avantages fiscaux;
- l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et de services à la disposition du public.

Ces mesures devront avoir été transposées au plus tard le 12 octobre 2007 (v., pour la France le CESEDA, particulièrement les modifications issues de la loi n°2006-911 du 26 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, article 11)

(*Directive 2005/71/CE du Conseil du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, JOCE n° L 289 du 03/11/2005 p. 0015 – 0022*).

2°) en faveur des ressortissants de longue durée

La directive du 25 novembre 2003 pose, en faveur des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (v. sur cette notion, étude LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES EN EUROPE) un principe d'égalité de traitement dans un certain nombre de domaines.

Son article 11 prévoit en effet que le résident de longue durée bénéficie de l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne :

- a) les conditions d'accès à un emploi salarié et à une activité non salariée, à condition que ces activités ne soient pas liées, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique, ainsi que les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de

licenciement et de rémunération ;

b) l'éducation et la formation professionnelle, y compris les allocations et bourses d'études conformément à la législation nationale;

c) la reconnaissance des diplômes, certificats et autres titres professionnels, conformément aux procédures nationales pertinentes;

d) la sécurité sociale, l'aide sociale et la protection sociale telles qu'elles sont définies par la législation nationale;

e) les avantages fiscaux;

f) l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et de services à la disposition du public, ainsi que l'accès aux procédures d'attribution d'un logement;

g) la liberté d'association, d'affiliation et d'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou toute organisation professionnelle, y compris les avantages qui peuvent en résulter, sans préjudice des dispositions nationales en matière d'ordre public et de sécurité publique;

h) le libre accès à l'ensemble du territoire de l'État membre concerné, dans les limites prévues par la législation nationale pour des raisons de sécurité.

On observera toutefois que le paragraphe 2 de cet article 11 contient un certain nombre de limitations qui viennent vider de leur substance les principes affirmés au paragraphe 1 dans un certain nombre de domaines.

D'une part, il est prévu que pour les points b) (éducation), d) (sécurité sociale), e) (avantages fiscaux), f) (accès aux biens et services et logement) et g) (liberté d'association et syndicale), l'État membre peut limiter l'égalité de traitement « aux cas où le lieu de résidence enregistré ou habituel du résident de longue durée, ou celui de membres de sa famille pour lesquels il demande des prestations, se trouve sur son territoire ».

D'autre part, l'État membre peut apporter les restrictions suivantes :

a) *maintien* à l'accès à l'emploi ou à des activités non salariées lorsque, conformément à sa législation nationale ou au droit communautaire en vigueur, ces activités sont réservées à ses ressortissants nationaux, aux citoyens de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen.

Cela permet donc aux États membres de ne pas remettre en cause les emplois et droits fermés aux étrangers des pays tiers, mais pas d'en créer de nouveaux.

b) *exigence* de la preuve d'une connaissance appropriée de la langue pour accéder à l'éducation ou à la formation. L'accès aux études universitaires peut être subordonné à des conditions particulières préalables en matière d'études.

Enfin, en matière d'aide sociale et de protection sociale, les États membres peuvent limiter l'égalité de traitement aux « prestations essentielles ». Or, non seulement cette notion n'a pas de signification particulière en droit interne mais surtout une telle restriction apparaît ouvertement contraire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui ne distingue pas, dans l'application de l'article 14 de la Convention combiné à l'article 1^{er} du premier protocole, selon la nature des différentes prestations sociales.

L'article 11, §2, 5^o précise néanmoins que les États membres sont libres d'accorder aux résidents de longue durée l'accès « à des prestations supplémentaires dans les domaines visés au paragraphe 1 » ou l'égalité de traitement dans des domaines non couverts par le paragraphe 1.

Le délai de transposition de la directive était fixé au 23 janvier 2006

(Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L>

[0109:FR:HTML](#)

69 Définition de normes communes de lutte contre le racisme et la xénophobie ■ Suite à un constat de recrudescence d'actes racistes et xénophobes dans l'Union européenne, la Commission a établi en novembre 2001 une proposition de décision-cadre concernant la lutte contre le racisme et la xénophobie (<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/133178.htm>). Il s'agit de faire en sorte que le racisme et la xénophobie soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, pouvant donner lieu à l'extradition ou à la remise des individus coupables d'actes racistes ou xénophobes, y compris l'antisémitisme et les attaques contre d'autres minorités religieuses. La proposition vise aussi à améliorer et encourager la coopération judiciaire (♦ *Doc. COM (2001) 664 final, 28 nov. 2001 : JOCE n° C 75 E, 26 mars 2002*).

Alors que les États membres devaient adopter les mesures nécessaires à la mise en œuvre de la décision-cadre au plus tard au 30 juin 2004, la Commission espérait toujours courant 2005 que le Conseil parviendrait « bientôt » à un accord sur la proposition de 2001 (♦ *Doc. COM (2005) 224 final, 1^{er} juin 2005*).

70 De l'observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes à l'Agence des droits fondamentaux ■ En juin 1997, pendant l'année européenne contre le racisme, le Conseil a adopté un règlement portant création d'un observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (EUMC) (♦ *Règl. (CE) n° 1035/97, 2 juin 1997 : JOCE n° L 151, 10 juin*), dont le siège est établi à Vienne.

L'observatoire a comme objet principal de fournir à l'Union européenne et aux États membres « des informations objectives, fiables et comparables à l'échelle européenne sur le racisme, la xénophobie et l'antisémitisme, en vue d'améliorer l'échange d'informations et d'expériences ». Pour ce faire, il collecte, enregistre et analyse les données recueillies auprès des centres de recherche, des États membres, des institutions communautaires, d'organisations non gouvernementales ou d'organismes internationaux. Il remet un rapport annuel sur la situation de ces phénomènes au sein de l'Union. Il a mis en place et coordonne le Réseau européen sur le racisme et la xénophobie (RAXEN).

L'observatoire coordonne ses activités avec celles du Conseil de l'Europe, dans le cadre d'un accord conclu entre la Communauté et celui-ci (♦ *Accord, 10 févr. 1999 : JOCE n° L 44, 18 févr.*).

En vue de sa transformation en agence communautaire aux compétences élargies, la Commission a présenté le 30 juin 2005 une proposition de règlement pour la création d'une agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (*Doc. 2005/0124 CNS*) et une proposition de décision du conseil autorisant cette agence à exercer ses activités dans les domaines visés au titre VI du traité sur l'Union européenne (*Doc. 2005/0125 CNS*).

<http://www.europa.eu/bulletin/fr/200506/p102002.htm>

Ces propositions font néanmoins l'objet de critiques du fait du manque de garanties d'indépendance de l'agence et de la limitation de son champ d'intervention aux « domaines des droits fondamentaux traités dans la charte », ce qui exclut notamment la prise en compte des droits des ressortissants des pays tiers résidant dans l'Union.

Sous-section 2 Modalités d'application

71 Affirmation du principe d'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité dans le domaine d'application du traité CE ■ Le principe général d'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité affirmé à l'article 12 du traité CE, dont le champ d'application est limité à ce traité, a particulièrement été mis en œuvre dans le domaine de la libre circulation des

travailleurs prévue par l'article 39 du traité CE (*ex. art. 48*) et de liberté d'établissement prévue à l'article 43 du traité CE (*ex-art. 52*).

L'article 39 du traité CE énonce en effet que la libre circulation « implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail ». Et même si son paragraphe 4 exclut du bénéfice de la libre circulation les « emplois de l'administration publique », la jurisprudence de la Cour de justice a retenu de cette notion une conception reposant sur un critère fonctionnel, en estimant que relèvent de cette qualification les emplois qui « comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques » (♦ *CJCE*, 17 déc. 1980, *aff. 149/79, Commission c/ Belgique* : *Rec. CJCE*, p. 3881). La Cour de justice exigeant que les ressortissants communautaires occupant des emplois au sein d'un autre État membre, y compris dans la fonction publique statutaire, bénéficient d'un traitement non discriminatoire par rapport aux nationaux (♦ *CJCE*, 12 févr. 1974, *aff. 152-73, Sotgiu c/ Deutsche Bundespost* : *Rec. CJCE*, p. 153).

72 Applications du principe de non-discrimination en raison de la nationalité ■ La Cour de justice des Communautés européennes a développé en cette matière une jurisprudence particulièrement exigeante, notamment en corrélant le principe de non-discrimination en raison de la nationalité et les exigences inhérentes à l'affirmation d'une citoyenneté de l'Union européenne (*CJCE*, 20 sept. 2001, *aff. C-184/99, Grzelczyk* : *Rec. CJCE*, I, p. 6193).

1° En matière d'avantage social

Dans plusieurs affaires concernant l'octroi d'allocations-chômage par un État membre, la Cour élargit le principe de non-discrimination en raison de la nationalité applicable aux travailleurs migrants aux citoyens de l'Union européenne faisant usage de leur liberté de circulation :

— Ainsi, la Cour estime que les allocations d'attente constituent un « avantage social » au sens du règlement n° 1612/68 du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs, même lorsque les jeunes « à charge de travailleurs migrants résidant en Belgique n'auront pas terminé leurs études en Belgique mais dans leur pays d'origine voire dans un autre État membre » (*points 25 et 26*).

Sur le fondement de sa jurisprudence relative au principe d'égalité de traitement, la Cour juge que la disposition en cause, qui s'apparentait « à une condition de résidence préalable », favorisait les Belges bien qu'elle s'applique également à ceux qui terminent leurs études secondaires en dehors de leur pays (*points 29 et 30*). Elle a donc constaté le manquement par la violation de l'article 39 traité CE (♦ *CJCE*, 5^e ch., 12 sept. 1996, *aff. C-278/94, Commission c/ Belgique* : *Rec. CJCE*, I, p. 4307).

— Dans une autre affaire, une ressortissante belge avait terminé ses études secondaires en France, où elle avait obtenu un diplôme que la Belgique avait reconnu comme équivalent au diplôme national permettant d'accéder à l'enseignement supérieur. Après avoir poursuivi des études universitaires dans ce dernier pays, elle a demandé à bénéficier de l'allocation d'attente, qui lui a été refusée au motif qu'elle ne satisfaisait pas aux conditions exigées par la réglementation belge.

Saisi par la voie préjudicielle, la Cour rappelle qu'en application du traité CE les citoyens de l'Union européenne ne doivent pas subir de discrimination en raison de la nationalité dans le champ d'application matériel du traité.

De ce fait, dans la mesure où un citoyen de l'Union doit se voir reconnaître dans tous les États membres le même traitement juridique que celui qui est accordé aux ressortissants de ces États membres se trouvant dans la même situation, elle estime qu'il serait « incompatible avec le droit de la libre circulation qu'il puisse se voir appliquer dans l'État membre dont il est ressortissant un traitement moins favorable que celui dont il bénéficierait s'il n'avait pas fait usage des facilités ouvertes par

le traité en matière de circulation » (*point 30*).

Dès lors, en liant le bénéfice de cette allocation à la condition d'avoir obtenu le diplôme requis au sein de l'État concerné, la réglementation nationale désavantage certains ressortissants nationaux du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler aux fins de suivre un enseignement dans un autre État membre (*point 33*).

Or, une telle inégalité de traitement est « contraire aux principes qui sous-tendent le statut de citoyen de l'Union », à savoir la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de sa liberté de circuler (*point 35*) et ne trouve, pour la justifier, aucune considération objective indépendante de la nationalité des personnes concernées et proportionnée à l'objectif poursuivi (*point 36*) (♦ *CJCE*, 11 juill. 2002, *aff. C-224/98, D'Hoop c/ Office national de l'emploi* : *Rec. CJCE*, I, p. 6191).

Saisie à titre préjudiciel, dans une affaire entre un ressortissant britannique et son État au sujet du refus de ce dernier de lui octroyer l'allocation de recherche d'emploi soumise à une condition de résidence dans le royaume, la Cour rappelle que les ressortissants communautaires qui n'ont pas encore établi un rapport de travail dans l'État membre d'accueil où ils cherchent un emploi ne bénéficient du principe d'égalité de traitement que pour l'accès à l'emploi. En revanche, ceux qui travaillent déjà dans celui-ci ou qui, y ayant travaillé mais ne se trouvant plus dans un rapport de travail, sont considérés comme des travailleurs et, à ce titre, peuvent prétendre « aux mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux » (*points 30 et 31*).

La Cour a ensuite estimé que, afin de déterminer la portée du droit à l'égalité de traitement de l'article 39 traité CE pour les personnes à la recherche d'un emploi, il convenait d'interpréter ce principe à la lumière d'autres dispositions du droit communautaire, notamment de l'article 12 (*point 60*). Or, selon la Cour, la réglementation britannique, en introduisant une différence de traitement fondée sur la résidence au Royaume-Uni, favorise ses ressortissants car ils remplissent plus facilement cette condition (*point 65*). Cette inégalité de traitement n'est pas justifiée de manière proportionnée au regard du critère du lien entre le demandeur d'emploi et le marché du travail en cause (*points 67 à 72*) (♦ *CJCE*, 23 mars 2004, *aff. C-138/02, Collins c/ Secretary of State for Work and Pensions. V. dans le même sens, pour un refus de prêt subventionné pour études universitaires par les autorités britanniques à un étudiant français* : *CJCE*, 15 mars 2005, *Bidar c/ London Borough of Ealing, Droit Social*, n° 11/2005, p. 1018, note J-Ph. Lhernould).

— Dans une dernière affaire, la CJCE estime une nouvelle fois que la réglementation belge sur l'allocation d'attente est incompatible avec le droit communautaire, particulièrement avec l'article 39 du traité CE.

Cette affaire concernait le refus du bénéfice de l'allocation d'attente belge à un ressortissant grec à la recherche d'un premier emploi au motif, cette fois-ci, que le demandeur — titulaire d'un diplôme grec reconnu équivalent — n'avait pas terminé ses études secondaires en Belgique et n'était pas, comme enfant, à charge de travailleurs migrants (♦ *CJCE*, 1^{re} ch., 15 sept. 2005, *aff. 258/04, Office national de l'emploi c/ Ioannis Ioannidis*).

2° En matière de prestation de services (Traité CE, art. 49)

Constitue une discrimination prohibée par les articles 12 et 49 du traité CE, le fait pour des collectivités publiques italiennes de réserver aux seuls ressortissants nationaux ou aux seuls résidents sur le territoire de ces collectivités, âgés de plus de soixante ou soixante-cinq ans, la gratuité d'accès dans des musées et monuments publics, à l'exclusion des touristes ressortissants des autres États membres ou les non-résidents qui satisfont aux mêmes conditions.

La Cour rappelle qu'une mesure prévoyant une distinction fondée sur un critère de résidence est indirectement discriminatoire « car elle risque de jouer principalement au détriment des ressortissants d'autres États membres, dans la mesure où les non-résidents sont le plus souvent des non-nationaux ». Il est précisé que pour qu'une mesure puisse être

qualifiée de discriminatoire « il n'est pas nécessaire qu'elle ait pour effet de favoriser l'ensemble des ressortissants nationaux ou de ne défavoriser que les seuls ressortissants des autres États membres à l'exclusion des nationaux », qui ne peuvent pas être justifiés par les motifs d'intérêt général invoqués (♦ *CJCE*, 6^e ch., 16 janv. 2003, aff. 388/01, *Commission c/ Italie*).

3^o Notion d'« emploi de l'administration publique » (Traité CE, art. 39, § 4) et exercice par une personne de droit privé

Saisie à titre préjudiciel, la CJCE précise dans deux affaires, concernant l'existence d'une condition de nationalité pour exercer la fonction de capitaines, de navires, la notion d'« emplois de l'administration publique » au sens de l'article 39 paragraphe 4 du traité CE.

— La première affaire concerne un litige opposant des ressortissants néerlandais à la direction maritime allemande à propos de l'accès à des emplois de capitaine de navire de pêche battant pavillon allemand, réservés aux seuls ressortissants de ce pays.

La Cour écarte l'argumentation des autorités allemandes justifiant la condition de nationalité par le fait que les titulaires de ces emplois peuvent exercer des missions relatives au maintien de la sécurité et à l'exercice de pouvoirs de police ainsi qu'à l'établissement d'actes d'état civil.

La Cour admet d'abord que la circonstance que les capitaines sont employés par une personne physique ou morale de droit privé n'est pas, en tant que telle, de nature à écarter l'applicabilité de l'article 39 paragraphe 4 du traité CE, dès lors qu'il est établi « que, pour l'accomplissement des missions publiques qui leur sont dévolues, les capitaines agissent en qualité de représentants de la puissance publique, au service des intérêts généraux de l'État du pavillon » (point 62).

Néanmoins il faut pour que cette exception au principe de libre circulation puisse être appliquée que ces prérogatives « soient effectivement exercées de façon habituelle par [les] titulaires [de ces emplois] et ne représentent pas une part très réduite de leurs activités ». La portée de la dérogation prévue à l'article 39 paragraphe 4 doit, en effet, être limitée « à ce qui est strictement nécessaire à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État membre concerné, laquelle ne saurait être mise en péril si des prérogatives de puissance publique n'étaient exercées que de façon sporadique, voire exceptionnelle, par des ressortissants d'autres États membres » (point 63).

C'est le cas en l'espèce puisque les emplois de capitaine de navires de petite pêche hauturière constituent des emplois dans lesquels la fonction de représentation de l'État du pavillon occupe, en pratique, une place insignifiante par rapport aux activités liées à la pêche (♦ *CJCE*, 30 sept. 2003, aff. C-47/02, *Anker et a.*).

— Le constat est le même pour la réglementation espagnole qui réservait aux seuls citoyens espagnols les emplois de capitaine, de pilote ou de second des navires de marine marchande car ils supposent l'exercice de fonctions de sécurité et de police ou relatives à l'état civil.

Ces fonctions de représentation de l'État du pavillon sont considérées par la Cour comme étant « occasionnelles » et ne permettent pas de justifier l'exclusion générale des ressortissants communautaires de ces emplois par l'exception d'administration publique (points 45 et 46). Le fait que cette réglementation espagnole prévoit la possibilité pour les citoyens de l'Union européenne d'exercer dans certaines conditions ces emplois, *sous réserve de réciprocité*, n'est pas davantage compatible avec l'article 39 du traité CE (points 61 et 62) (♦ *CJCE*, 30 sept. 2003, aff. C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c/ Administración del Estado*).

73 Répercussions en droit interne ■ Ces jurisprudences de la CJCE ne sont pas sans répercussions sur le droit français.

1^o Régime salarial

A propos d'un régime salarial plus favorable en France pour des salariés de nationalité allemande d'un institut, la chambre sociale

de la Cour de cassation estime, sur le fondement des articles 12 et 39 du traité CE et 7 du règlement n° 1612/68 du 15 octobre 1968, que « l'Institut ne pouvait adopter en France un régime salarial différent selon la nationalité de son personnel » et que le maintien de ce système constituait « la pérennisation d'une discrimination prohibée ». Elle donne donc raison à une requérante de nationalité française qui avait demandé à bénéficier des avantages prévus par la convention collective applicable au personnel local de nationalité allemande (♦ *Cass. soc.*, 10 déc. 2002, n° 00-42.158, n° 3618 FS - P + B, *Assoc. Goethe Institut c/ Zamolo*).

2^o Notion d'« emploi de l'administration publique » (Traité CE, art. 39, § 4) et exercice par une personne de droit privé

Dans le même sens, moins d'un an après une décision confirmant la condamnation d'un armateur pour avoir, en violation de l'article 3 du code du travail maritime, armer un navire sans la présence à son bord d'un capitaine ou d'un second de nationalité française mais espagnol (♦ *Cass. crim.*, 4 juin 2003, n° 02-83.647, n° 3063 F - P + F), la chambre criminelle de la Cour de cassation se déjuge.

La position de la Cour de cassation de juin 2003, qui validait les dispositions législatives françaises au motif que les prérogatives exercées par les officiers de marine marchande, particulièrement en matière d'état civil, constituaient des prérogatives de puissance publique permettant de déroger à l'article 39 du traité CE, apparaissait ouvertement contraire à celle adoptée par le juge communautaire (v. J-Ph. Lhernould, *Interdiction d'emploi des étrangers : la préférence nationale confirmée*. *Cass. crim.* 4 juin 2003, *Elían Castaing : Dr. soc.*, n° 12, déc. 2003, p. 1 094).

Dans sa décision, la chambre criminelle prononce cette fois-ci la cassation d'une condamnation du même armateur à une nouvelle amende. La Cour de cassation considère que la cour d'appel a « méconnu le sens et la portée du texte conventionnel [article 39 paragraphe 4 du traité CE] et du principe de [libre circulation] », en retenant « la probabilité, pour faible qu'elle soit, [...] selon les circonstances exceptionnelles qui peuvent se présenter en mer » de l'exercice par le capitaine ou le second de petits bâtiments de pêche de prérogatives de puissance publique en matière d'état civil (♦ *Cass. crim.*, 23 juin 2004, n° 03-85.661, n° 4066 F).

74 Extension du principe de non-discrimination aux bénéficiaires d'accord entre la Communauté européenne et les pays tiers

■ Sur le fondement d'accords d'association entre la Communauté européenne et des pays tiers comprenant un principe d'égalité de traitement dans l'exercice d'une activité salariée dès lors que le ressortissant de l'État tiers est légalement admis sur le marché de l'emploi, la Cour de justice fait bénéficier aux ressortissants de ces pays sa jurisprudence relative au principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

1^o Exigence de la possession d'un titre de séjour d'une certaine durée pour bénéficier de prestations sociales

Il en est ainsi de l'accord d'association entre la CEE et la Turquie (♦ *Déc. n° 1/80 du Conseil d'association*, 19 sept. 1980) qui contient une stipulation très générale de non-discrimination à raison de la nationalité en matière de prestations sociales. Estimant cet accord d'applicabilité directe, la Cour de justice a jugé était, que constituait une discrimination indirecte prohibée le fait d'exiger du requérant, pour maintenir le versement de ses prestations familiales, qu'il soit titulaire d'un permis de séjour de longue durée et non d'une simple autorisation de séjour (♦ *CJCE*, 4 mai 1999, aff. C-262/96, *Sürül c/ Bundesanstalt für Arbeit*).

2^o Éligibilité à un organisme professionnel

Toujours sur le fondement de la clause de non-discrimination figurant dans l'accord d'association Communautés européennes — Turquie (♦ *Déc. n° 1/80 du Conseil d'association*, 19 sept. 1980), la Cour de justice a estimé qu'« il convient de se référer à l'interprétation donnée du même principe en matière de libre circulation des travailleurs ressortissants des États membres de la Communauté », c'est-à-dire à la jurisprudence relative à

l'article 39 du traité CE (v. *supra*).

Or, il est de jurisprudence constante qu'une réglementation nationale, qui refuse aux travailleurs ressortissants d'autres États membres le droit de vote et/ou d'éligibilité au sein d'organismes professionnels est contraire au principe de non-discrimination en raison de la nationalité (♦ *CJCE*, 4 juill. 1991, *aff. C-213/90, Assoc. de soutien aux travailleurs immigrés (Asti)* : *Rec. CJCE* p. I-3507).

Dès lors, les principes dégagés dans ces arrêts sont « applicables par analogie aux travailleurs turcs » et le principe de non-discrimination s'applique largement à tout ce qui se rapporte « directement ou indirectement à l'exercice d'une activité salariée dans l'État membre d'accueil » au bénéfice des ressortissants turcs légalement employés sur le territoire d'un État membre.

La Cour de justice estime donc, dans cette affaire, que des ressortissants turcs n'avaient pu être valablement rayés d'une liste de candidature à une chambre du travail car ils ne remplissaient par la condition de nationalité autrichienne pour y être éligibles.

La réglementation autrichienne doit en effet être considérée comme incompatible avec le droit communautaire, dès lors que l'éligibilité à un organisme de représentation et de défense des intérêts des travailleurs n'implique pas la participation directe à l'exercice de la puissance publique (*points 90 et 91*) (♦ *CJCE*, 6^e ch., 8 mai 2003, *aff. C-171/01, Wählergruppe c/ Wählergruppe NBZ* : *Rec. CJCE*, I, p. 4301).

3° Accès aux aides à la formation

Dans le même sens, sur le fondement de l'article 9 des accords CEE-Turquie (♦ *Déc. n° 1/80 du Conseil d'association*, 19 sept. 1980) la Cour estime qu'il est garanti en faveur des enfants turcs « un droit d'accès non discriminatoire à une aide à la formation [...] même lorsqu'ils suivent une formation de l'enseignement supérieur en Turquie »

Dès lors les autorités allemandes n'ont pu valablement considérer qu'une ressortissante turque, née en Allemagne et dont les parents turcs résidaient et était régulièrement employés dans cet État, n'avait pas droit à une aide à la formation à l'étranger alors qu'elle poursuivait des études dans un pays dont elle a la nationalité.

Étudiante en Allemagne, elle avait suivi pendant une année des cours dans une université turque. A son retour, elle s'était vue opposer un refus d'aide à la formation au titre de son séjour d'études à Istanbul.

(♦ *CJCE*, 7 juill. 2005, *aff. 374/03, Gürol*).

4° Quotas de joueurs des pays tiers dans une compétition nationale

La même jurisprudence est applicable s'agissant des règles de fédérations sportives limitant le nombre de joueurs des pays tiers à l'Union pouvant être alignés dans une compétition sportive.

La Cour estime dès lors que le joueur bénéficiaire de la clause de non-discrimination est légalement admis sur le marché du travail, de tels quotas ne peuvent valablement être opposés sans violation du droit communautaire.

C'est le cas, sur le fondement de l'article 38, paragraphe 1 de l'accord d'association entre la Communauté et la Slovaquie du 4 octobre 1993 (♦ *Déc. n°s 94/909/CE CECA Euratom du Conseil de la Commission*, 19 déc. 1994), pour des joueuses de handball slovaques en Allemagne, (♦ *CJCE*, 8 mai 2003, *aff. C-438/00, Deutscher handballbund c/ Maros Kolpak* : *Rec. CJCE*, I, p. 4135) ou, en application de l'article 23 paragraphe 1, de l'accord de partenariat entre la Communauté et la Russie du 24 juin 1994 (♦ *Déc. n°s 97/800/CECA CE EURATOM du Conseil et de la Commission*, 30 oct. 1997), ou un joueur professionnel de football russe titulaire d'un titre de séjour et

d'un permis de travail en Espagne et engagé par un club espagnol, (♦ *CJCE*, 12 avr. 2005, *aff. 265/03, Simutenkov c/ Ministerio de Educacion y Cultura*).

En droit interne, le Conseil d'État applique la même jurisprudence s'agissant d'une joueuse professionnelle de basket-ball polonaise qui, avant l'élargissement, s'était vue opposer par la Fédération française un refus d'être assimilée aux joueuses communautaires ou de l'Espace économique européen en violation d'une stipulation de l'accord d'association entre la Communauté et la Pologne contenant une clause de non-discrimination fondée sur la nationalité au bénéfice des « travailleurs de nationalité polonaise légalement employés sur le territoire d'un État membre » (♦ *CE*, 30 déc. 2002, *n° 219646, Fédération française de basket-ball c/ Malaja*).

5° Pension militaire d'invalidité et législation sur la « cristallisation »

- La Cour de justice estime d'applicabilité directe l'article 65 de l'accord euro-méditerranéen CE Maroc du 26 février 1996 (*Déc. 2000/204/CE, CECA du Conseil et de la Commission*, du 24 janvier 2000, *JO L 70*, p. 1), qui prévoit que les travailleurs de nationalité marocaine et les membres de leur famille résidant avec eux bénéficient dans le domaine de la sécurité sociale d'un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux propres ressortissants des États membres dans lesquels ils sont occupés.

Elle reconnaît ensuite le bénéfice de cette stipulation au profit d'un ancien combattant marocain, résidant en France, qui avait servi dans l'armée de 1949 et 1964. Il s'était vu opposer une décision un refus de reconnaissance de droit à pension militaire d'invalidité au titre de séquelles d'une maladie contractée dans le cadre de son service, sur le fondement de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959, par lequel la France a cessé, à compter du 1er janvier 1961, de reconnaître tout droit nouveau, au titre du code des pensions militaires d'invalidité, aux ressortissants des États des anciennes colonies.

Malgré l'intervention de l'arrêt du 30 novembre 2001 *Diop* (v. *supra*), il n'avait pas bénéficié de la nouvelle législation, compte tenu du fait que sa demande de pension était antérieure à l'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002. La Cour de justice avait été saisie sur renvoi préjudiciel du tribunal départemental des pensions militaires du Morbihan devant lequel le requérant avait contesté la décision de refus.

Conformément à sa jurisprudence concernant l'application du principe de non discrimination en matière de sécurité sociale, la Cour estime qu'une personne qui effectue une période de service militaire, tant obligatoire que volontaire, doit être considérée comme un « travailleur », eu égard au lien de subordination qui caractérise l'accomplissement de ses prestations au service de l'armée, en contrepartie desquelles elle perçoit une rétribution. La France ne pouvait donc, sans violer le droit communautaire, refuser d'accorder au requérant le bénéfice d'une pension militaire d'invalidité au seul motif que l'intéressé possède la nationalité marocaine.

Ainsi, à l'égard des ressortissants bénéficiant d'un accord CE-pays tiers et résidant en France, la législation française portant cristallisation des pensions est inopposable car incompatible avec le droit communautaire.

Dans cette décision, la Cour de justice insiste sur le fait que l'interprétation qu'elle donne de l'article 65, paragraphe 1, premier alinéa, de l'accord d'association est « conforme aux exigences des articles 14 de la CEDH et 1er du protocole

additionnel, tels qu'interprétés notamment par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996 ». De sorte que la Cour fournit à la juridiction de renvoi tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par celle-ci, de la conformité de la réglementation nationale en cause avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tels que ceux garantis par la CEDH

(*CJCE*, 13 juin 2006, C-336/05, *Ameur Echouikh c/ Secrétaire d'Etat aux Anciens combattants*).

<http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=fr&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=C-336%2F05&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>

- Par jugement du 7 juillet 2005, le Tribunal administratif d'Amiens adopte le même type de raisonnement.

Le requérant s'était vu refuser en 2000 par la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales (CNRACL) l'attribution de la pension de réversion de son épouse, agent territorial retraitée, à la suite de son décès, au seul motif qu'il est de nationalité algérienne.

Sur le fondement de l'accord de coopération entre la CEE et l'Algérie (approuvé par le règlement CEE n° 2210/78 du 26 septembre 1978) qui contient en son article 39 un principe de non-discrimination fondée sur la nationalité au bénéfice des travailleurs algériens et de leur famille dans le domaine de la sécurité sociale, le tribunal estime qu'il est en droit de se prévaloir utilement des ces dispositions dans la mesure où sa qualité de travailleur n'est pas contestée.

La décision attaquée était donc contraire au droit communautaire et par suite illégale. Sur le fondement de l'article L.911-1 du Code de la justice administrative, le tribunal donne injonction à la caisse de faire bénéficier au requérant de la pension de réversion (*TA Amiens*, 7 juillet 2005, n°0002012, *Kerdjadj*)

TITRE 2 Instruments nationaux de lutte contre les discriminations

CHAPITRE 1 Droit public

Section 1 L'affirmation du principe d'égalité en droit public

75 Fondements constitutionnels des principes d'égalité et de non-discrimination ■ En droit public, les principes d'égalité et de non-discrimination trouvent leurs sources dans les textes de valeur constitutionnelle. Ainsi l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 dispose que « la France [...] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Pour sa part, la Déclaration de 1789 proclame en son article 1^{er} que les « hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit » et précise en son article 6 que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs

talents ». Quant au préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, il s'ouvre par cette déclaration : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres [...] le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés » et ajoute comme principe particulièrement nécessaire à notre temps en son alinéa 5 que : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

Sous-section 1 Jurisprudence administrative

76 L'affirmation du principe d'égalité entre nationaux et étrangers par le Conseil d'État ■ Depuis fort longtemps le juge administratif applique aux étrangers un principe d'égalité de traitement dans un certain nombre de domaines. A titre d'illustration, dans un arrêt du 14 mars 1863, *Sauphar* (*Rec. CE*, p. 249 ; *DP*, 1863.III, p. 37) le Conseil d'État considère qu'un étranger qui avait pu légalement être employé dans un emploi subalterne d'une administration publique ne devait pas voir, nonobstant sa qualité d'étranger, son droit à pension suspendu dans la mesure où « aucune disposition de loi ne fait obstacle à ce qu'il fût admis en qualité d'employé dans [cette] administration [...] et à ce qu'il pût, après son admission à la retraite, obtenir une pension aux conditions fixées pour les employés de cette administration » (♦ *CE*, 12 juill. 1882 *Krau* : *Rec. CE*, p. 689).

Dans l'arrêt *GISTI* du 8 décembre 1978, le Conseil d'État pose les bases de sa jurisprudence actuelle en considérant qu'« il résulte des principes généraux du droit et, notamment, du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale » (♦ *CE*, 8 déc. 1978, n° 10097, *Gisti* : *Rec. CE*, p. 493 ; *Dr. soc.* 1979, p. 57, *concl. Doudoux*).

Le Conseil d'État approfondit cette jurisprudence en 1982 dans un autre arrêt *GISTI* en considérant :

— d'une part, qu'en ce qui concerne les conditions d'accès des étudiants étrangers à l'enseignement supérieur, seules des considérations tenant au contrôle de la connaissance de la langue française étaient de nature à justifier une différence de traitement entre les candidats français et étrangers ;

— d'autre part, qu'en ce qui concerne le choix de l'établissement, « si les étrangers résidant hors de France ne se trouvent pas dans la même situation que les candidats français, il n'en va pas de même des étrangers résidant en France ; qu'aucune considération d'intérêt général tirée du bon fonctionnement du service public de l'enseignement supérieur ne justifie que ces derniers soient soumis à cet égard à des règles différentes de celles qui s'appliquent aux étudiants français » (♦ *CE*, 26 juill. 1982, n° 22931, *Gisti et Sgen-CFDT* : *Rec. CE*, p. 285).

Cette évolution aboutit à la jurisprudence de principe en la matière : l'arrêt du Conseil d'État du 30 juin 1989 (♦ *CE*, 30 juin 1989 n° 78113, *Ville de Paris, BAS de Paris c/ Lévy* : *Rec. CE*, p. 157, *RFD adm.* 1990, p. 575, *concl. D. Lévis, confirmant TA Paris 19 mars 1986, Lévy* : *Rec. CE*, p. 308) à propos d'une allocation de congé parental d'éducation, prestation d'aide sociale facultative, allouée par décision du Conseil de Paris aux seuls parents de nationalité française, que les deux ou un seul aient cette nationalité. Cette délibération est constitutive d'une rupture d'égalité entre les usagers d'un service public (v. infra).

Sous-section 2 Jurisprudence constitutionnelle

77 L'affirmation du principe d'égalité entre nationaux et étrangers par le Conseil constitutionnel ■ Tout comme le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a clairement affirmé un principe d'égalité de traitement entre nationaux et étrangers. Il a néanmoins soumis sa jouissance à un certain nombre de

conditions.

Ainsi, dans sa décision du 22 janvier 1990, le Conseil constitutionnel a invalidé une disposition du code de la sécurité sociale qui soumettait à une condition de nationalité le bénéficiaire d'une prestation sociale non contributive en posant le principe selon lequel si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, c'est « à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ». De ce fait, « l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéficiaire [d'une allocation], « dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagements internationaux ou de règlements pris sur leur fondement, méconnaît le principe constitutionnel d'égalité » (♦ *Cons. const., Déc., 22 janv. 1990, n° 89-269 : JO, 24 janv.*). Il affirme par conséquent un principe d'égalité entre nationaux et étrangers, tout en reconnaissant que le législateur peut soumettre le bénéficiaire des prestations sociales à une condition de résidence régulière en France sans porter atteinte à ce principe (v. l'étude PROTECTION SOCIALE).

Dans sa décision du 13 août 1993 concernant la loi relative à la maîtrise de l'immigration (♦ *Cons. const., Déc., 13 août 1993, n° 93-325 DC : JO, 18 août*), le Conseil a ajouté que dans la mesure où « aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; [...] les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques » et que « dans ce cadre juridique, les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux » (2^e considérant). Il a précisé en outre, en référence à sa décision de 1990, que « si le législateur peut prendre à l'égard de l'étranger des dispositions spécifiques », les étrangers jouissent « des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français » (3^e considérant). Il admet dès lors que « les étrangers qui résident et travaillent régulièrement sur le territoire français et ceux qui ne satisfont pas aux mêmes conditions de régularité ne sont pas dans la même situation au regard de l'objet de la loi » (118^e considérant). Dans le même sens, le Conseil estime que « les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale » (70^e considérant).

Cela signifie donc que le législateur peut soumettre le bénéficiaire de la protection sociale ou du regroupement familial à une condition de résidence stable et régulière. Mais cela signifie également que la seule différence de traitement constitutionnellement admise entre nationaux et étrangers est celle entre les personnes résidant de manière stable et régulière en France et « ceux qui ne satisfont pas aux mêmes conditions de régularité ». Par ailleurs, toujours dans la même décision, le Conseil admet que l'étranger puisse être astreint à la vérification de la régularité de séjour mais celle-ci « doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant, dans le strict respect des principes et règles à valeur constitutionnelle, toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes » (16^e considérant). Enfin, il déclare contraire au principe d'égalité une disposition législative qui avait pour objet d'exclure de tout regroupement familial les étrangers en séjour temporaire pour études. Il estime en effet que cette exclusion n'est pas justifiée « au regard du caractère général que le Préambule de la Constitution de 1946 confère au droit au regroupement familial, par une différence par rapport à la situation des autres demandeurs potentiels » (74^e considérant).

Le Conseil constitutionnel a aussi considéré dans une décision du 23 juillet 1991 relative à la loi ouvrant la fonction publique aux ressortissants communautaires que « s'agissant de la fonction publique », les dispositions de l'article 6 de la Déclaration de 1789 « ont notamment pour objet de fonder en droit français le principe d'égal accès de tous aux emplois publics ; qu'elles ne sauraient être interprétées comme réservant aux seuls citoyens l'application du principe qu'elles énoncent » (♦ *Cons. const., Déc., 23 juill. 1991, n° 91-293, loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique : JO, 25 juill.*). Voir l'étude

JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE ET DROIT DES ETRANGERS.

78 Développements de la jurisprudence constitutionnelle relative au principe d'égalité entre nationaux et étrangers

Dans des décisions récentes, le Conseil constitutionnel a atténué la portée de sa jurisprudence relative au principe d'égalité de traitement entre nationaux et étrangers en situation régulière.

Deux décisions illustrent cette évolution :

- à propos d'une disposition législative intervenue pour restreindre l'accès aux prestations familiales pour les enfants étrangers entrés en dehors du regroupement familial et nés hors de France, afin de faire échec à des arrêts de la Cour de cassation (v. supra n°36 l'analyse de : *Cass, Ass. plein, 16 avr. 2004, n°02-30157, DRASS c/ Epoux Lingouala*). le Conseil constitutionnel estime que cette restriction n'est pas contraire au principe d'égalité, sous réserve que la régularisation de l'entrée d'un enfant par la voie d'un regroupement familial sur place y ouvre aussi droit,

Reprenant dans son principe sa jurisprudence antérieure depuis 1993, il estime en effet que la différence établie par le législateur entre les enfants entrés en France dans le cadre de la procédure de regroupement familial et ceux qui y sont entrés en méconnaissance de cette procédure est « en rapport avec l'objectif qu'il s'est fixé » et que, dès, il n'y a pas de violation du principe d'égalité.

(*Décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005 Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006, cons. 11 à 19*)

- toujours en matière de regroupement familial, le Conseil constitutionnel écarte le grief selon lequel l'article 45 de la loi relative à l'immigration et à l'intégration aurait porté atteinte au principe d'égalité en prévoyant à l'article L.411-5 du CESEDA que la condition de logement pour formuler une demande de regroupement familial sera désormais appréciée sur le fondement d'une comparaison locale et non plus nationale.

Pour le juge constitutionnel « la mesure critiquée repose sur des critères objectifs et rationnels en rapport direct avec l'objet de la loi » et sera précisé par décret en Conseil d'Etat et, ainsi, ne porte pas atteinte au principe d'égalité.

(*Décision n°2006-539 DC du 20 juillet 2006, cons. 15 à 19*).

Section 2 Modalités d'application du principe d'égalité aux étrangers en droit public

Sous-section 1 Approche sectorielle

79 Principe d'égalité et bénéficiaire d'une aide sociale facultative ■ Conformément à sa jurisprudence traditionnelle dans l'application du principe d'égal accès aux services publics, le Conseil d'Etat considère dans l'affaire *Ville de Paris c/ Lévy* que « l'institution de différences de traitement entre les attributaires potentiels [d'une] allocation [...], laquelle n'était pas une conséquence nécessaire d'une loi, impliquait l'existence ou de différences de situation de nature à justifier ces différences de traitement, ou de nécessités d'intérêt général en rapport avec l'objet de ladite allocation qui auraient commandé de telles discriminations ». Or, en l'espèce, la haute juridiction estime qu'il n'existait, « au regard des charges occasionnées par l'éducation des enfants », aucune différence de situation tenant à la nationalité des parents et que l'objet de l'allocation, qui était « d'encourager le développement démographique de la population parisienne (...) afin de remédier à l'insuffisance de familles nombreuses françaises », ne pouvait être regardé comme une nécessité d'intérêt général en rapport avec l'objet de l'allocation (♦ *CE, 30 juin 1989, n° 78113*).

Cette jurisprudence, qui connaissait un précédent (♦ *TA Paris, 2 janv. 1986, Comm. Rép. Hauts-de-Seine c/ BAS de Levallois-Perret*), a été depuis confirmée à de nombreuses reprises pour les diverses aides sociales facultatives attribuées par les collectivités locales sous condition de nationalité française et/ou de l'Union européenne (♦ *TA Paris, 9 mai 1987, Commune de Vaucresson* ♦ *TA Marseille, 7 avr. 1998, Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de Vitrolles* à propos de l'attribution d'une allocation municipale de naissance).

La même solution a été retenue concernant la décision d'une collectivité locale d'attribuer, à l'occasion d'une épreuve sportive, le bénéfice de primes aux seuls « athlètes français », c'est-à-dire aux personnes licenciées en France et de nationalité française. Le fait de vouloir favoriser, de cette façon, « le développement du marathon en France, notamment au plus haut niveau », si elle constitue, selon le tribunal, « une considération d'intérêt général justifiant que les personnes dépourvues d'une licence française soient soumises, à cet égard, à des règles différentes », ne justifie pas une différence de traitement à l'égard de ceux qui sont dépourvus de la nationalité française (♦ *TA Châlons en Champagne, 28 janv. 1999, n° 98-711, Valensi et a.*).

80 Principe d'égalité et distinction honorifique

La médaille de la famille française est une distinction honorifique décernée aux personnes « qui élèvent ou qui ont élevé dignement de nombreux enfants » et qui n'est attribuable, en vertu de l'article 1^{er} du décret du 28 octobre 1982, qu'aux mères de famille de nationalité française dont le mari et tous les enfants sont français ; aux mères ou aux pères de famille de nationalité française dont tous les enfants sont français et dont le conjoint ne possède pas la nationalité française ; aux mères ou aux pères de famille de nationalité française dont tous les enfants sont français et qui élèvent ou qui ont élevé seuls leurs enfants.

Saisi de la légalité d'une demande d'abrogation de cet texte, le Conseil d'État estime que cette médaille est « destinée à récompenser les mérites des personnes ayant élevé de nombreux enfants de nationalité française ». Or, au regard de cet objet, il considère que « la circonstance que les parents des enfants concernés possèdent ou non la nationalité française ne constitue pas une différence de situation de nature à justifier une différence de traitement, laquelle ne peut être regardée comme dictée par des nécessités d'intérêt général en rapport avec l'objet honorifique de la mesure ». Le critère de nationalité de l'un des parents est donc illégal.

En revanche, le Conseil d'État valide la conformité au principe d'égalité l'exigence de la possession de la nationalité française pour tous les enfants de la famille nombreuse, eu égard à l'objet de la distinction honorifique (♦ *CE, 17 déc. 2003, n° 248238, Gisti*).

81 Pratiques administratives discriminatoires dans l'accès à des prestations sociales par refus de délivrance d'un avis de non-imposition

En novembre 2005, des associations et un parlementaire ont saisi la HALDE d'une réclamation à propos de pratiques des services fiscaux consistant à ne pas délivrer d'avis de non-imposition ou de déclaration pré-imprimée à de vieux immigrés (« les Chibanis ») résidant dans des hôtels meublés du centre ville de Marseille.

Formalisées dans une note interne n°2005-132 du 18 juillet 2005, il s'est agi, lors de la campagne d'émission des avis d'impôts sur le revenu et de taxe d'habitation 2005, de procéder à « l'annulation [sic] d'environ 6 500 contribuables » et de « rétenion de près de 4 000 déclarations non saisies par les services ». L'objet de la note était de donner aux agents un « mode opératoire », au moyen de fiches pratiques et supports d'informations, afin de mettre en œuvre « systématiquement » un « filtrage » parmi les primo-déclarants des « faux résidents non imposables à l'impôt sur le revenu ».

L'objectif réellement recherché par ce service de l'État n'était

pas dissimulé : « le but de la direction est de lutter contre les faux résidents, qui *polluent* nos fichiers et, qui utilisent la déclaration fiscale, et l'avis de non imposition qui y est attaché, *pour bénéficier et maximiser des avantages sociaux indus* ».

Dans sa délibération, le collège de HALDE constate que ces services fiscaux ont procédé à la radiation « massive » des fichiers informatiques de contribuables d'origine étrangère et au non traitement de leur déclaration de revenus, et ce, « sans vérification de la réalité de leur domiciliation et de leur bonne foi » et « sans procéder à un examen individuel et approfondi de leur situation ».

Par une méthode d'identification collective de cette population, sur la base de critères apparemment neutres (lieu et type d'habitation, absence sur les fichiers de la taxe d'habitation, non-imposition à l'impôt sur le revenu) et d'une instrumentalisation de conventions fiscales bilatérales entre la France et les pays de Maghreb, les services fiscaux procédaient à ces radiations sans informer individuellement les intéressés ni leur permettre de démontrer leur domiciliation fiscale en France, au sens de l'article 4B du Code général des impôts (c'est-à-dire moyennant la preuve, par tout moyen, de la présence sur le territoire au moins 183 jours dans l'année d'imposition).

Or, ces pratiques ont pour objet et effet de rendre difficile l'accès à un ensemble de prestations et avantages sociaux subordonnés à la production de l'avis de non-imposition. Elles sont donc constitutives d'une discrimination indirecte, prohibée par l'article 19 de la loi du 30 décembre 2004, « en ce qu'elles ont pour effet de compromettre l'accès de personnes majoritairement d'origine étrangère à des prestations ou avantages sociaux ».

Le collège estime néanmoins qu'en l'état de son instruction « une discrimination directe de nature intentionnelle n'est pas démontrée ». Mais, considérant que les éléments réunis justifient qu'une instruction judiciaire soit engagée, il transmet le dossier au Procureur de la République de Marseille en application de l'article 12 de la loi du 30 décembre 2004.

Elle invite également le ministre de l'Économie et des finances à examiner, dans les 3 mois, si des fautes ont été commises par les fonctionnaires mis en cause et à tirer « le cas échéant » les conséquences au point de vue disciplinaire.

Le collège invite aussi son président à adresser à la Direction des services fiscaux de Marseille une recommandation afin que de nouvelles instructions soient diffusées et que soient réexaminés individuellement les dossiers des contribuables ayant été « annulés » des fichiers informatique en mettant en œuvre une « enquête individuelle, approfondie et contradictoire ».

Enfin, la HALDE met en garde les autorités publiques contre la répétition de telles pratiques.

Délibération n°2006-140 du 19 juin 2006, Gisti, Centre ville pour tous, Un Rouet à Cœur ouvert et sénateur Bret.

http://www.centrevillepourtous.asso.fr/IMG/HALDE_delib2006-140.pdf

82 Principe d'égalité et droit de vote et d'éligibilité à des chambres professionnelles

En 1999, un décret (décret n°99-433 du 27 mai 1999 *relatif à la composition des chambres des métiers et à leur élection*) avait reconnu aux étrangers des pays tiers le droit de vote et aux ressortissants communautaires l'éligibilité – mais sans y inclure ceux de l'Espace économique européen. A l'occasion de la refonte du régime électoral pour introduire le vote électronique, des décrets du 27 août 2004 ont retiré la *qualité d'électeur* aux artisans des pays tiers tandis qu'elles ont admis à la *qualité d'éligible* ceux de l'Espace économique européen (décret n°2004-896 du 27 août 2004, articles 4 et 5 et décret n°2004-897 du 27 août 2004 spécifique aux chambres de métiers d'Alsace et de Moselle).

Sur saisine du MRAP, la HALDE a, par délibération du 4 juillet 2005, recommandé aux pouvoirs publics de restituer aux artisans

étrangers des pays tiers le droit de vote en raison du caractère discriminatoire de cette exclusion. Dans sa recommandation, le collège de la HALDE a estimé que « cette institution ne met en œuvre aucune prérogative de puissance publique et, ne participe pas à l'exercice de la souveraineté nationale. Ses missions ne sont donc pas de nature à justifier une restriction des personnes électorales » et que dès lors cette différence de traitement fondée sur le seul critère de la nationalité « ne semble pas reposer sur des justifications objectives et raisonnables en lien avec cette finalité ».

Le Premier ministre a annoncé, après concertation, qu'il souhaitait revenir à l'état de droit existant en 1999, et ce, dans un délai de 3 mois, soit avant le 1^{er} juin 2006

Saisi de la légalité de ces décrets, le Conseil d'Etat tranche non seulement la question de l'éligibilité mais aussi confère au principe d'égalité de traitement entre nationaux, ressortissants communautaires (et assimilés) et étrangers une portée plus large.

Il consacre dans un considérant, prolongeant celui de l'arrêt Ville de Paris c/ Lévy de 1989 (♦ *CE, 30 juin 1989, n° 78113*), le principe selon lequel « l'institution d'une différence de traitement entre les artisans en ce qui concerne la qualité d'électeur et l'éligibilité aux élections des membres des chambres des métiers et de l'artisanat, laquelle n'est pas la conséquence nécessaire d'une loi, implique l'existence ou de différences de situation de nature à justifier ces différences de traitement ou de nécessités d'intérêt général en rapport avec le rôle et les prérogatives des chambres des métiers et de l'artisanat qui auraient commandé de telles discriminations ».

Dès lors, comme l'expliquait le commissaire du gouvernement Didier Casas dans ses conclusions, « la seule dérogation permise à l'égalité de principe entre étrangers et nationaux, si l'on met à part bien sûr les règles d'entrée et de séjour, est (...) l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

Or, en l'espèce, tel n'est pas le cas :

- pour le droit de vote, le Conseil estime qu'eu égard à la mission des chambres des métiers, il n'existe pas de différence de situation entre artisans résultant de leur nationalité qui justifie cette différence de traitement ni aucune nécessité d'intérêt général résultant du rôle de ces établissements ;

- pour l'éligibilité, même si les chambres des métiers et de l'artisanat ont été investies de certaines prérogatives de puissance publique, celles-ci ne sont pas d'une nature et d'une ampleur telles qu'elles puissent fonder légalement l'exclusion des étrangers ressortissants des pays tiers.

Le Conseil d'Etat n'a fondé sa décision qu'au regard du principe d'égalité issu du droit interne et n'a pas jugé utile de se prononcer sur les autres moyens de la requête fondés sur la violation du principe de non-discrimination issu de normes internationales ou communautaires. On remarquera néanmoins que la décision prolonge la logique de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (v. *en particulier, à propos des chambres du travail autrichienne, l'arrêt du 8 mai 2003, Wählergruppe Gemeinsam Zajedno, n° C-171/01*).

Délibération n° 2005-17 du 04 juillet 2005, Cas n° 35
<http://www.halde.fr/haute-autorite-1/avis-recommandations-25/discrimination-resultant-regimes-droit-84/discrimination-resultant-regimes-droit-9031.html>).

CE, Ass., 31 mai 2006, n° 273638, Gisti

http://www.conseil-etat.fr/ce/jurispd/index_ac_ld0628.shtml

83 Refus d'inscription dans un établissement scolaire ou universitaire discriminatoire

A été considéré comme contraire au principe d'égalité un refus d'inscription à l'école publique d'enfants étrangers, quand bien

même leurs parents se trouvent en situation irrégulière (♦ *TA Bordeaux, 1^{er} juin 1988, El Rhazouani : Rec. CE, p. 518*).

Dans une recommandation la HALDE s'interroge sur le caractère discriminatoire d'un refus d'admission préalable d'une étudiante de nationalité camerounaise.

Résidente en France sous couvert d'un titre de séjour « vie privée et familiale » et conjointe d'un Français, elle a sollicité une admission préalable en première année de médecine auprès d'une université conformément à la procédure en vigueur pour les étrangers titulaire d'un diplôme de fin d'études secondaires obtenu à l'étranger.

Invoquant des problèmes d'effectifs l'université rejette sa demande et transmet son dossier à une université proche, conformément au second vœu formulé. Le 14 juin 2005, le président de la deuxième université l'informe du rejet de sa demande au motif que l'enseignement qu'elle souhaite poursuivre existe dans son pays d'origine.

Suite au rejet de ses recours gracieux et tentatives de règlement amiable, elle saisit la HALDE d'une réclamation.

Dans sa délibération, constatant que les services de la HALDE n'ont pu obtenir malgré une mise en demeure les pièces de son dossier des autorités universitaires, le collège regrette « les négligences commises, l'absence de réponse, l'attitude générale des interlocuteurs de la deuxième université ».

Il décide de poursuivre l'instruction de la réclamation afin de s'assurer que les dysfonctionnements ne masquent pas des refus systématiques de candidature étrangère.

Rapport de la HALDE, cas n° 21

<http://www.halde.fr/rapport-annuel/2005/>

84 Un principe général de non-discrimination entre agents publics ■ Le Conseil d'Etat a consacré, dans un arrêt du 8 juillet 1998 (♦ *CE, 8 juill. 1998, n° 191812, Adam, Petites affiches 1998, n° 145, p. 21, concl. Ch. Mauguère*), un « principe général dont s'inspire l'article L. 122-45 du code du travail » prohibant les discriminations entre agents publics.

Le législateur a consacré cette démarche jurisprudentielle puisque l'article 11 de cette même loi a affirmé un principe de non-discrimination en ajoutant à l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires un nouvel alinéa disposant qu' : « aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions [...] religieuses, de leur origine, [...] de leur patronyme, [...] de leur apparence physique [...] ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race ». Ne figure néanmoins pas dans cette liste légale « l'appartenance à une nation ».

En outre, cette loi assure une protection contre d'éventuelles mesures de rétorsion au bénéfice du fonctionnaire qui engagerait ou soutiendrait une procédure pour faire respecter ce principe de non-discrimination. Tout agent ayant procédé à de tels agissements peut faire l'objet de sanctions disciplinaires (♦ *L. n° 83-634, 13 juill. 1983, art. 6 : JO, 13 juill.*).

En adoptant ces dispositions, il s'agissait pour le législateur de mettre en conformité le droit français avec le droit communautaire. (♦ *Dir. n° 2000/43/CE, 29 juin 2000, art. 9*). Le régime de charge de la preuve, issu de cette même directive (*art. 8*), a été transposé en droit public par la loi du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE (v. n° 128).

85 Discrimination à l'égard des étrangers passés ■ Alors que

l'article 12 de la loi du 15 novembre 1999 indique que « la conclusion d'un pacte civil de solidarité constitue l'un des éléments d'appréciation des liens personnels en France, au sens de l'article 7^o de l'article 12 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 » (♦ *C. étrangers, art. L. 313-11, 7^o*), une circulaire du 10 décembre 1999 du ministère de l'intérieur établissait une différence de traitement selon la nationalité du partenaire de l'étranger ayant conclu un Pacs. Elle prévoyait que pour celui dont le partenaire est français ou ressortissant de l'Union européenne, l'étranger devait apporter la preuve d'une ancienneté de vie commune en France d'au moins trois ans, quelle que soit la date à laquelle le Pacs avait été conclu alors que pour celui dont le partenaire est ressortissant d'un pays tiers, l'intéressé devait apporter la preuve d'un concubinage effectif d'une durée qui ne devrait être « qu'exceptionnellement inférieure à cinq ans » ou, si le Pacs avait été conclu, « depuis au moins trois ans ».

Le Conseil d'État annule ces dispositions de nature réglementaire la loi n'introduisant « aucune distinction entre les demandeurs de carte de séjour selon la nationalité de leur partenaire » (♦ *CE, 29 juill. 2002, n° 231158, GISTI et a. c/ Min. de l'intérieur*).

Contrairement à ce qu'avait estimé le Conseil d'État dans cette décision de 2002, la durée de vie commune prise en compte dans l'appréciation des liens personnels peut s'être constituée à l'étranger et pas seulement en France (*CE 24 février 2006, n°257927, Drajad A., AJDA 15/2006, p.825, conclusions Y. Aguila*).

86 Critère de nationalité et calcul automatisé de l'appréciation du risque pour l'attribution d'un crédit ■ Dans une décision du 30 octobre 2001, le Conseil d'État a invalidé une délibération de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) estimant que la nationalité ne devait pas rentrer en ligne de compte dans les « scoring » pour l'octroi d'un crédit bancaire (♦ *Délib. CNIL n° 98-101, 22 déc. 1998*). Non seulement pour le Conseil d'État la prise en compte de la nationalité d'un demandeur de prêt comme élément d'appréciation d'éventuelles difficultés de recouvrement des créances correspond à la finalité d'un tel traitement » mais 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 12 du traité CE » ni ne saurait « en l'absence d'élément intentionnel, être regardée comme tombant sous le coup des articles 225-1 et 225-2 du code pénal » (♦ *CE, 30 oct. 2001, n° 204909, Assoc. française des stés financières et a. c/ CNIL*). Cette décision a été vivement critiquée par les associations de lutte contre le racisme, de consommateurs et familiales.

(v. l'étude FICHIERS INFORMATIQUES).

87 Lutte contre les discriminations dans la location des logements ■ L'article 158 de la loi de modernisation sociale (♦ *L. n° 2002-73, 17 janv. 2002 : JO, 18 janv.*) modifie l'article 1^{er} de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 en posant le principe selon lequel : « Aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement en raison de son origine, son patronyme, son apparence physique, [...] ou son appartenance ou sa non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». En cas de litige, le même régime de partage de charge de la preuve que pour les victimes de discrimination en droit du travail s'applique (v. *infra*).

En outre, suite à des actions entreprises par l'association SOS Racisme tendant à attester que certains organismes de logements publics saisissent dans leurs fichiers l'origine du demandeur, la CNIL a procédé à des missions de contrôle en leur sein. Elle a ensuite adopté le 20 décembre 2001 une délibération sur ce sujet apportant un certain nombre de précisions sur l'utilisation de ces fichiers (♦ *Délib. CNIL n° 01-061, 20 déc. 2001*). (V. l'étude LOGEMENT.)

88 Représentation des « minorités visibles » dans les médias

télévisuels ■ Suite à des démarches entreprises par le « Collectif égalité », le Conseil supérieur de l'audiovisuel a mené une étude sur la présence des « minorités visibles, d'origine non européenne » à la télévision, faisant apparaître leur sous-représentation (*Lettre du CSA, n° 129, juin 2000*). Interrogée sur cette situation, la ministre de la culture et de la communication a répondu que le gouvernement portait « à l'engagement des médias dans la lutte contre la discrimination une grande attention en ce qu'il concourt à favoriser l'intégration notamment culturelle des composantes de la société française ». Elle a rappelé que les diffuseurs étaient dans l'obligation de respecter les différentes sensibilités du public et de ne pas encourager des comportements discriminatoires. Les cahiers de charges des chaînes publiques ont été modifiés en ce sens par le décret n° 2001-142 du 14 février 2001 (♦ *Rép. min. n° 34147 : JO Sénat Q, 13 juill. 2001, p. 2964 : JO Sénat Q, 13 sept. 2001, p. 2964* ♦ *Rép. min. n° 26460 : JO Sénat Q, 13 sept. 2001, p. 2964*).

Suite à un engagement du Président de la République, la loi *pour l'égalité des chances* a confié au Conseil supérieur de l'audiovisuel la mission de contribuer « aux actions en faveur de la cohésion sociale et à la lutte contre les discriminations dans le domaine de la communication audiovisuelle ». Pour cela il est chargé de veiller notamment, auprès des éditeurs de services de radio et de télévision, compte tenu de la nature de leurs programmes, à ce que la programmation reflète la diversité de la société française et il devra rendre compte, dans son rapport annuel, « de l'action des éditeurs de services dans ce domaine » (modification article 3-1, 2^{ème} al. de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication).

Les conventions conclues par le CSA avec les éditeurs de services diffusés par voie hertzienne terrestre (article 28, 1^{er}, loi 1986) et les éditeurs de services sur l'ensemble des autres réseaux de communications électroniques (article 33-1-I, 6^{ème} al. loi 1986) devront comporter des mesures « en faveur de la cohésion sociale, de la diversité culturelle et relatives à la lutte contre les discriminations » et proposer « une programmation reflétant la diversité de la société française. » (l'article 43-11, 2^{ème} al. et 45-2, 2^{ème} al. loi 1986).

(loi n°2006-396 du 31 mars 2006, JO n°79 du 2 avril 2006 p.4950, article 47).

Sous-section 2 Mesures administratives

89 Dissolution administrative des associations et groupements de fait provoquant ou incitant à la discrimination raciale ■ La loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme (*JO, 2 juill.*) complétant l'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1936 relative aux groupes de combat et milices privées permet au Président de la République de prononcer par décret en conseil des ministres la dissolution des associations ou groupements de fait qui, « soit provoqueraient à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou groupement de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, soit propageraient des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination, cette haine ou cette violence ». La reconstitution de groupements dissous est également incriminée (♦ *C. pén., art. 431-15 à 431-18*). C'est sur ce fondement qu'a été dissous par décret du 6 août 2002 pris par le Président de la République en conseil des ministres, sur rapport du ministre de l'intérieur, le « groupement de fait dénommé Unité radicale » suite à la tentative d'attentat contre sa personne par un membre de ce groupe d'extrême-droite (*JO, 8 août*).

90 Publications destinées à la jeunesse faisant une place à la discrimination ■ La loi n° 87-1157 du 31 décembre 1987 modifiant l'article 14 de la loi du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse permet au ministre de l'intérieur d'interdire par arrêté le fait de proposer, de donner ou

de vendre à des mineurs les publications de toute nature présentant un danger pour la jeunesse en raison de la place faite notamment à la violence, à la discrimination ou à la haine raciale (♦ *L. n° 49-956, 16 juill. 1949, art. 14 : JO, 19 juill.*).

91 Subventions et soutien alloués à une association dont l'objet est discriminatoire ■ Dans une affaire concernant le versement de subvention par la mairie de Vitrolles à l'association Fraternité française, le tribunal administratif de Marseille a posé le principe selon lequel « une commune ne peut légalement apporter son soutien ni octroyer de subvention à une association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public » et que si une association « n'est pas, sauf lorsqu'elle gère une activité de service public, tenue de respecter le principe d'égalité dans les mêmes conditions qu'une personne publique, elle ne peut néanmoins pratiquer des discriminations contraires à la loi ». Or, en l'espèce, compte tenu du fait que l'article 225-1 du code pénal prohibe les discriminations fondées sur l'appartenance, vraie ou supposée à une nation, « la distinction entre Français et étrangers pratiquée par l'association Fraternité française dans son action de bienfaisance présente le caractère de discrimination contraire à la loi ». En conséquence, cette commune ne pouvait légalement ni mettre un local à sa disposition à titre gratuit, ni lui allouer une subvention (♦ *TA Marseille, 11 mai 1999, n° 975441, Morbelli*).

Sous-section 3 Procédure

92 Discrimination et référé-suspension ■ Saisi d'une demande de référé-suspension en application de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, le tribunal administratif de Marseille a prononcé, par une ordonnance du 21 janvier 2002, la suspension d'une décision de la ville de Marseille conditionnant l'accès à des réductions ou à une exonération de tarif pour la restauration scolaire des écoles maternelles et primaires de la ville à la production d'une carte de séjour pour chaque parent. (♦ *TA Marseille, Référé, 21 janv. 2002, n° 017590, Sow : AJDA 2002, p. 362, obs. P. Blacher*).

Pour ce faire, le tribunal a estimé :

— d'une part que, « compte tenu de l'importance financière des refus de réduction de tarif ou d'exonération du paiement du prix de la cantine, pour des familles aux revenus extrêmement modestes et eu égard au risque qu'ainsi certains enfants soient privés du seul repas véritablement équilibré de la journée », la condition d'urgence est remplie ;

— d'autre part, reprenant les critères de la jurisprudence Ville de Paris c/ Lévy (♦ *CE, 30 juin 1989, n° 78113*), que « les moyens tirés de ce que la nécessité de justifier de la régularité du séjour des parents de nationalité étrangère pour pouvoir bénéficier [des prestations sus-indiquées] ne résulte d'aucune loi, ne repose sur aucune nécessité d'intérêt général en rapport avec l'objet [...] de ce service public facultatif [...], et n'est pas la conséquence d'une différence de situation au regard des charges occasionnées par l'alimentation des enfants sont de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la délibération attaquée ».

CHAPITRE 2 Droit pénal

Section 1 Évolution du cadre législatif

93 Origine de l'incrimination de discrimination raciale ■ L'incrimination de la discrimination raciale est, en droit français, un phénomène relativement récent. Certes, le premier jalon du dispositif pénal de lutte contre cette discrimination est posé par le décret-loi du 21 avril 1939 (*JO, 25 avr.*). Modifiant les articles 32, 33 et 48 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, ce texte couramment appelé « loi Marchandeu » incrimine pour la première fois la diffamation et l'injure « envers un groupe de personnes qui appartiennent par leur origine à une race ou une religion déterminée, lorsqu'elle a pour but d'exciter la haine envers les citoyens ou habitants ». Adoptée à la veille de

la Seconde Guerre mondiale, cette législation permit alors d'atténuer la publication en France d'écrits trop ouvertement antisémites ou racistes (elle fonda entre autres la condamnation du futur commissaire général aux questions juives Louis Darquier). On comprend dès lors qu'elle fut presque immédiatement abrogée par le gouvernement de Vichy par un « acte dit loi » du 27 août 1940 (*JOEF, 30 août*), avant d'être rétablie à la Libération avec la légalité républicaine.

Bien que restée en vigueur sans modification jusque dans les années soixante-dix, cette législation reçut une application décevante (v. *J. Foulon-Piganiol, Réflexions sur la diffamation raciale. Éléments constitutifs du délit et imperfections du texte actuel, D. 1970, chron., p. 133*).

La loi n° 54-1190 du 29 novembre 1954 modifiant celle du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse complète ce dispositif en prohibant et réprimant, de la part des responsables de telles publications, tout écrit de nature « à inspirer ou entretenir des préjugés ethniques ». Il faut néanmoins attendre la loi du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme pour que la discrimination raciale soit incriminée en tant que telle dans le code pénal.

94 L'incrimination pénale de la discrimination raciale par la loi Pleven du 1^{er} juillet 1972 ■ Prise en application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 ratifiée par la France en vertu d'une loi du 28 mai 1971, la loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972, dite « loi Pleven » (*JO, 2 juill.*), introduit pour la première fois dans l'ancien code pénal aux articles 187-1 et 416 des sanctions contre les comportements discriminatoires (refus ou offre conditionnelle d'un bien ou d'un service, refus d'embauche et licenciement) lorsqu'ils sont déterminés par l'appartenance ou la non-appartenance de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Elle retouche par ailleurs substantiellement le dispositif de la loi du 29 juillet 1881 modifiée par la loi Marchandeu de 1939 sur la provocation à la discrimination raciale (♦ *D.-L., 21 avr. 1939 : JO, 25 Avr.*).

95 Extension des motifs de répression dans l'ancien code pénal ■ Par la suite, la loi n° 77-574 du 7 juin 1977 (*JO, 8 juin*) ajoute au code pénal les articles 187-2 et 416-1 incriminant l'entrave à une activité économique pour des motifs discriminatoires. La loi n° 83-635 du 13 juillet 1983, dite « loi Roudy », supprime la possibilité d'invoquer, à titre de fait justificatif, un « motif légitime » en matière d'embauche et de licenciement. La loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 l'étend, en cas de discrimination raciale, en toute matière. Enfin, la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe (*JO, 14 juill.*), dite loi « Gaysot », crée aux articles 187-3 et 416 des peines complémentaires applicables au délit de discrimination raciale, et instaure notamment la possibilité pour le juge pénal de prononcer certaines peines complémentaires comme la publication de la condamnation au *Journal officiel*.

96 Nouveau code pénal ■ Entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, le nouveau code pénal vient réécrire, en les simplifiant, les anciens articles 416 et 416-1 aux articles 225-1 à 225-3 (particuliers) et les anciens articles 187-1 à 187-3 aux articles 432-7 et 432-17 (agents dépositaires de l'autorité publique). A cette occasion, le législateur aggrave la répression de la discrimination raciale et consacre la possibilité d'engager la responsabilité pénale des personnes morales. En outre, la possibilité d'invoquer un « motif légitime » à titre de fait justificatif est complètement supprimée quel que soit le motif discriminatoire.

97 Apport de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations raciales ■ Même si elle a peu d'incidences sur le code pénal, la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (*JO, 17 nov.*) étend le domaine de la discrimination pénalement réprimée à l'accès au stage et à la formation professionnelle et vient ajouter aux motifs de discrimination figurant à l'article 225-1 du code pénal « l'apparence physique » et « le patronyme ». En revanche, contrairement à ce que prévoit la directive « racisme » du 29 juin 2000 (v. nos **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** et s.),

l'interdiction des discriminations indirectes n'a pas été inscrite dans le code pénal. Selon la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) « c'est là une lacune de la loi interne » (*Rapport annuel 2001, La lutte contre le racisme, p. 136*). Mais le régime de partage de charge de la preuve, qui caractérise l'établissement de la discrimination indirecte, serait incompatible avec le principe constitutionnel de présomption d'innocence. La directive a d'ailleurs expressément prévu que ce régime probatoire puisse ne pas s'appliquer aux procédures pénales (♦ *Dir. n° 2000/43/CE, 29 juin 2000, art. 8 § 3*).

98 Apport de la loi du 3 février 2003 visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe ■ Suite à une recrudescence des actes de racisme et d'antisémitisme, la loi du 3 février 2003 a été adoptée à l'unanimité par les deux chambres (♦ *L. n° 2003-88, 3 févr. 2003 : JO, 4 févr.*). Elle crée une nouvelle circonstance aggravante lorsqu'un crime ou un délit a un caractère raciste, antisémite ou xénophobe.

A cette fin, l'article 132-76 du code pénal prévoit désormais que « les peines encourues pour un crime ou un délit sont aggravées lorsque l'infraction est commise à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » (♦ *C. pén., art. 132-76, al. 1*).

Compte tenu de la difficulté à prouver le mobile raciste de l'infraction, la loi définit les conditions objectives de cette nouvelle circonstance aggravante en précisant que celle-ci sera constituée « lorsque l'infraction est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » (♦ *C. pén., art. 132-76, al. 2*).

99 Apport de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (« Perben II ») ■ En modifiant l'article 2-1 du code de procédure pénale, cette loi élargit aux menaces, vol et extorsion la liste des infractions pour lesquelles la circonstance aggravante à caractère raciste ou antisémite peut être retenue (♦ *C. pr. pén., art. 2-1, mod. par L. n° 2004-204, 9 mars 2004, art. 42 : JO, 10 mars*).

En outre cette loi prévoit une aggravation des peines lorsque le refus discriminatoire de fourniture d'un bien ou d'un service, prévu au 1° de l'article 225-2 du code pénal, est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès (♦ *C. pén., art. 225-2, mod. par L. n° 2004-204 9 mars 2004, art. 41*). Ces peines sont alors portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende (v. tableau n° 104).

Section 2 Discriminations pénalement incriminées et jurisprudence

Sous-section 1 Articles 225-1 à 225-4 du code pénal

100 Définition de la discrimination pénalement réprimée ■ L'article 225-1 du code pénal définit la discrimination comme une distinction opérée entre des personnes (physiques ou morales) à raison de leur origine, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, ou une race déterminée. L'article 225-2 précise les différents comportements discriminatoires et les peines encourues par les personnes physiques (v. *infra*). Elles encouruent également les quatre premières des cinq peines complémentaires prévues à l'article 225-19 du code pénal. L'article 225-4 énumère quant à lui les peines encourues par les personnes morales.

101 Comportements discriminatoires : état de la jurisprudence ■ Les comportements pénalement réprimés visés à l'article 225-2 du code pénal sont :

1° Le refus ou la subordination de la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition discriminatoire mentionnée à l'article 225-1 (♦ *C. pén., art. 225-2, 1o et 4o*)

Selon la jurisprudence, les notions de « bien ou service » recouvrent « toutes les choses susceptibles d'être l'objet d'un droit et qui représentent une valeur pécuniaire ou un avantage » (♦ *CA Paris, 21 nov. 1974 ; D. 1975, jur. p. 471, note J. Foulon Piganol*). L'incrimination concerne toutes les activités économiques (vente, louage, prêt, assurance, etc.), qu'elles soient le fait d'un professionnel ou d'un particulier, y compris les prestations à titre gratuit.

A titre d'illustrations, ont été jugés comme constituant des refus discriminatoires prohibés par l'article 225-2, 1° ou 4° du code pénal (ou par l'ancien article 416-1) :

— le refus par un hôtelier de louer une chambre à un homme « de race noire », alors qu'il avait accepté cette location, sans l'avoir vu, à une femme « de race blanche » qui l'accompagnait (♦ *CA Douai, 25 juin 1974*) ou de la tenancière d'un débit de boissons de servir de la bière à deux clients de « race arabe » (♦ *T. corr. Strasbourg, 21 nov. 1974*) ;

— le refus d'un particulier de vendre un appartement à une personne de nationalité malienne et ayant fait part de sa réticence à le vendre « à un noir ou à un arabe » (♦ *CA Paris, 18 avr. 1984*), de louer un appartement à un homme de couleur (♦ *CA Paris, 12 nov. 1974*), de diffuser une offre de location d'appartement par voie de publicité en excluant les gens de couleur (♦ *CA Bordeaux, 26 mars 1986*) ou pour un agent immobilier de refuser la visite d'une habitation en vue de son achat à une personne d'origine maghrébine (♦ *T. corr. Lille, 21 nov. 2001, n° 7898-1, Heyndrickx c/ Meddahi*) ou encore pour un agent immobilier d'avoir retiré un appartement de la location, suivant le « cahier des charges » imposé par le propriétaire, à la présentation d'un dossier d'une personne ayant un patronyme à consonance maghrébine alors que le dossier d'une autre personne, ayant un patronyme à consonance française, était accepté (♦ *Cass. crim., 7 juin 2005, n° 04-87.354*) ;

— le fait pour le gérant d'un bar ou d'une discothèque d'avoir donné pour instruction aux portiers de refuser l'entrée de son établissement aux « personnes arabes ou de couleur » (♦ *CA Angers, 8 nov. 1994* ♦ *CA Paris, 4 févr. 1998*) ou pour le dirigeant d'une société de voyages de donner des instructions afin que ne soient pas délivrés aux personnes de couleur des billets d'avion à tarif réduit sur des lignes africaines, quand bien même ces instructions avaient pour origine la politique de la compagnie d'aviation concernée (♦ *CA Paris, 18 déc. 1996*) ;

— la subordination par un conseil municipal de l'attribution d'une prime municipale de naissance à la nécessité pour l'un au moins des parents d'être de nationalité française ou ressortissant d'un pays membre de l'Union européenne. L'infraction est constituée, selon la cour d'appel, « dès lors qu'il y a discrimination, selon les distinctions énoncées dans ledit article, dans l'offre elle-même, indépendamment de sa mise en application effective [...] » (♦ *CA Aix en Provence, 7^e ch., 18 juin 2001, n° 914M2001, Fayard c/ Rascovschi et a.*). Les condamnations de l'ancien maire et de son premier adjoint à trois mois d'emprisonnement avec sursis, 100 000 F d'amende et deux ans d'inéligibilité sont confirmées par la Cour de cassation au motif que « constitue une discrimination, au sens [des articles 225-1 et 225-2 du code pénal], le fait de subordonner l'octroi de la prime litigieuse à une condition de nationalité, distinction discriminatoire » (♦ *Cass. crim., 17 déc. 2002, n° 01-85.650, n° 7491 FS - P + F*) ;

— le fait pour le directeur d'un camping d'avoir indiqué par écrit au responsable d'une association qu'il refusait de recevoir un groupe de jeunes banlieusards s'il était composé de plus de 50 % d'enfants de couleur (♦ *T. corr. Saintes, 24 janv. 2002, n° 112/2002, Collin c/ SOS Racisme*) ou de refuser à deux jeunes femmes françaises d'origine maghrébine l'entrée d'un camping sous de faux prétextes alors que d'autres jeunes gens de type « européen » étaient admis dans le même temps (♦ *T. corr. Saint-Nazaire, 27 août 2002, n° 1341/2002*).

Se rend complice de ce délit le gérant d'immeubles ayant sur

instructions du propriétaire refusé de louer un appartement à des personnes d'origine africaine (♦ *CA Paris*, 12 nov. 1974). Dans le même sens, a été condamné le président de la filiale immobilière de la Caisse des dépôts et consignations (SCIC) parce que ses services ont refusé de fournir un logement à une candidate de nationalité étrangère, car ils avaient reçu comme instruction de relouer obligatoirement un appartement libéré par un Français à un autre Français, afin d'assurer une meilleure mixité « ethnique » au sein des cités HLM (♦ *T. corr. Paris*, 25 mars 1991, inédit).

2° Entrave à l'exercice d'une activité économique quelconque (♦ *C. pén.*, art. 225-2, 2°)

Cette incrimination est issue de la loi n° 77-574 du 7 juin 1977 (♦ *JO*, 8 juin, p. 3154) qui visait à lutter contre les manœuvres de boycottage économique international de pays arabes. Elle fut rapidement utilisée à d'autres fins.

L'entrave doit s'entendre comme le fait de « rendre plus difficile l'exercice d'une activité économique », c'est-à-dire une activité concourant à la production, à la distribution ou à la consommation des richesses. Il n'est pas nécessaire que cette activité soit empêchée pour que l'infraction soit constituée. Ainsi, constitue une entrave le fait pour un prévenu de refuser l'assistance d'un avocat de couleur commis d'office en raison de sa « race ». L'exercice de la profession d'avocat, même dans le cadre d'une désignation d'office, est une « activité économique » dès lors qu'elle emporte rémunération de la prestation (♦ *CA Toulouse*, 1^{er} déc. 1988). Dans le même sens, le fait pour une assistante sociale d'avoir soumis une offre d'emploi pour le recrutement d'une aide ménagère à une condition fondée sur la non-appartenance à une ethnique ou une race déterminée constitue une discrimination raciale rendant plus difficile l'exercice d'une activité économique normale (♦ *Cass. crim.*, 14 nov. 1989, n° 88-81.817, *Biebuyck* : *Bull. crim.*, n° 416, p. 1007).

Encourt la cassation l'arrêt de la cour d'appel qui relaxe des prévenus qui délivraient, à la demande de leurs clients des Émirats arabes unis, un certificat d'origine attestant que la livraison des biens exportés n'interviendrait pas par le canal d'un transporteur israélien ni ne transiterait par Israël.

Après avoir retenu que les agissements des prévenus constituaient une discrimination dans les relations économiques, la cour d'appel avait estimé que, compte tenu du conflit israélo-arabe, l'activité économique en cause ne se déroulait pas dans des conditions « normales » au sens de l'article 225-2, 2° du code pénal et qu'en raison du risque important de ne pas être payé, le vendeur s'est trouvé dans la « nécessité impérieuse » de satisfaire aux exigences de l'acheteur. Or, aux termes de l'article 122-7 du code pénal, seul un danger « actuel et imminent » est de nature à justifier l'infraction. La Cour de cassation estime en conséquence que la cour d'appel ne pouvait statuer ainsi sans avoir démontré que l'infraction commise pouvait seule permettre d'éviter l'événement redouté « à défaut de tout autre moyen ».

En revanche, n'est pas actionnée la relaxe des prévenus concernant la mention manuscrite portée sur les certificats d'origine (« ces biens sont d'origine française ; ils ne contiennent aucun composant industriel venant d'Israël, ne sont pas d'origine israélienne [...] et ne contiennent aucun matériau ou main d'œuvre israélienne ») : dès lors qu'il ne peut avoir pour objet de faire échec à l'activité économique d'autrui, le fait de certifier *a posteriori* l'origine d'un produit ne relève pas de l'article 225-2, 2° du code pénal (♦ *Cass. crim.*, 9 nov. 2004, n° 03-87.444, n° 6311 FS - P + F).

3° Refus d'embauche, sanction ou licenciement d'une personne (♦ *C. pén.*, art. 225-2, 3°)

Refus d'embauche : est considérée comme telle l'interruption de la période d'essai d'une personne en raison de sa nationalité étrangère (motif expressément indiqué sur le certificat de travail). L'embauche ne revêtant un caractère définitif qu'à l'expiration de la période d'essai. Le refus d'embauche ne pouvait être justifié *a posteriori* par le fait que la personne s'exprimait mal en langue française et qu'elle n'avait pu établir une bonne entente avec les autres ouvriers (♦ *Cass. crim.*, 14 oct. 1986 : *Bull. crim.*, n° 287,

p. 733). A été condamné sur le même fondement un pharmacien qui, après une courte période d'essai, a congédié l'un de ses pharmaciens français d'origine marocaine en invoquant par écrit le fait que sa « clientèle ne semble pas apprécier vos origines étrangères » (♦ *T. corr. Cambrai*, 23 févr. 1999).

En outre, la Cour de cassation estime que cette incrimination s'applique non seulement à un employeur mais aussi à ceux qui, étant mandatés par l'employeur pour recruter des préposés, commettraient eux-mêmes une discrimination à sa demande ou de leur propre initiative. De ce fait, encourt la cassation la décision d'une cour d'appel qui, pour débouter une association de son action civile contre le directeur d'une ANPE, estime que « le responsable d'une agence pour l'emploi ne peut être juridiquement assimilé à un employeur et être retenu comme auteur principal du délit ». Ce directeur était poursuivi pour complicité de refus d'embauche pour avoir laissé enregistrer par ses subordonnés des offres d'emploi « comportant des mentions discriminatoires soit en faveur de personnes françaises ou européennes soit par l'exclusion des Algériens, Marocains, Tunisiens » (♦ *Cass. crim.*, 30 janv. 1990, n° 86-92.690).

Est coupable du délit de discrimination raciale à l'embauche, un cabaret qui refusait des embauches pour certains types d'emplois sur des critères raciaux.

Des investigations menées par l'inspection du travail et des témoignages avaient permis d'établir que ce cabaret ne prenait pas de « gens de couleur » en salle mais « parfois en cuisine », conformément à la pratique traditionnelle de l'établissement depuis au moins 1962. Ce dernier avait opposé plusieurs refus d'embauche pour ce motif.

L'établissement, condamné à une amende de 10 000 euros ; la responsable du personnel n'est condamnée qu'au seul titre de la complicité (♦ *CA Paris*, 11^e ch. B, 17 oct. 2003, n° 03/00387, *Assoc. du restaurant du bal du moulin rouge et a. c/ Ministère public*) (v. *SOS Racisme, Rapport d'analyse des affaires récentes de discriminations à l'embauche poursuivies par SOS Racisme*, 21 mars 2005).

Sanction ou licenciement discriminatoire : la sanction discriminatoire est définie par la doctrine par référence à l'article L. 122-40 du code du travail (sanction disciplinaire en droit du travail). Seraient alors visés par cette incrimination les avertissements, blâmes, mises à pied, rétrogradations, mutations ou encore refus d'avancement prononcés à titre disciplinaire à l'encontre d'un employé sur le fondement d'un motif discriminatoire prohibé par l'article 225-1 du code pénal.

De même, est pénalement sanctionné le licenciement discriminatoire décidé pour l'un des motifs énumérés par l'article 225-1. Ainsi en est-il d'un licenciement fondé sur l'origine algérienne du salarié, quand bien même celle-ci ne constituerait pas le seul motif du renvoi (♦ *C. pén.*, art. 225-2, 5°).

4° La subordination d'une offre d'emploi, une amende de stage ou une période de formation en entreprise à une condition discriminatoire (♦ *C. pén.*, art. 225-2, 5°)

Constituent une offre sous condition discriminatoire :

— l'offre de collaboration assortie d'une condition tenant à la religion (♦ *T. corr. Paris*, 19 déc. 1991). Cette jurisprudence illustre également le fait que la discrimination peut être fondée aussi bien sur « l'appartenance » que sur « la non-appartenance » à une ethnique, une nation, une race ou une religion dans la mesure où il s'agissait d'un dentiste qui proposait sa collaboration exclusivement à des confrères musulmans. Se trouvaient donc écartés de l'offre les autres confrères à raison de leur « non-appartenance » à l'Islam.

— une offre d'emploi, rédigée par une assistante sociale chef et diffusée auprès de ses collègues pour le recrutement d'aides ménagères auprès de personnes âgées et les invitant à éviter le « personnel de couleur » pour leur éviter des refus d'embauche vexatoires (♦ *Cass. crim.*, 14 nov. 1989, n° 88-81.817, *Biebuyck*).

La condition discriminatoire peut également être indirecte ou

implicite, comme par exemple, le fait d'exiger une carte d'électeur ou une carte nationale d'identité (♦ *Cass. crim.*, 1^{er} déc. 1992, n° 89-82.689 : *Bull. crim.*, n° 398).

5° Le fait de refuser d'accepter une personne à l'un des stades visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale (♦ *C. pén.*, art. 225-2, 6°)

En 1991, la cour d'appel de Pau avait estimé que constituait un refus d'embauche au sens de l'ancien article 416, alinéa 3, du code pénal (♦ *C. pén.*, art. 225-2, 3°) le fait pour un hôtelier de refuser d'employer comme stagiaire réceptionniste un homme de couleur adressé par une école professionnelle car aux termes de la convention de stage, le maître de stage est qualifié d'employeur et qu'il dispose de pouvoirs d'autorité et de discipline (♦ *CA Pau*, 10 sept. 1991). Mais, en 2000, la cour d'appel de Montpellier a pour sa part dénié cette qualification au refus d'accepter une demande de stage (♦ *CA Aix-en-Provence*, 17 févr. 2000).

Cette question a définitivement été tranchée puisque la loi du 16 novembre 2001 a expressément ajouté dans la liste des comportements discriminatoires figurant à l'article 225-2 du code pénal le refus d'accepter une personne à un stage (♦ *C. pén.*, art. 225-2, 6°) et le fait de subordonner une demande de stage ou une période de formation en entreprise à l'un des motifs discriminatoires figurant à l'article 225-1 (♦ *C. pén.*, art. 225-2, 5°). L'inspection générale de l'éducation nationale a en effet souligné dans un rapport les difficultés rencontrées par certains jeunes d'origine étrangère pour trouver des entreprises d'accueil dans le cadre de stages scolaires obligatoires.

Sous-section 2 Article 432-7 du code pénal

102 **Incrimination des agissements discriminatoires des personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public** ■ Succédant aux articles 187-1 et 187-2 de l'ancien code pénal, l'article 432-7 du code pénal incrimine la discrimination, telle que définie à l'article 225-1, « commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission » et la punit d'une peine aggravée.

La Cour de cassation a estimé, sous l'égide de l'ancien code pénal, que le directeur d'une agence locale de l'ANPE n'est « investi d'aucune parcelle de l'autorité publique permettant d'accorder ou de refuser à la personne qui peut y prétendre le bénéfice d'un droit au sens de l'article 187-1 » (♦ *Cass. crim.*, 2 févr. 1993, n° 91-80.368). Il en est de même pour une assistante sociale, fonctionnaire d'une collectivité locale (♦ *Cass. crim.*, 14 nov. 1989, n° 88-81.817, *Biebuyck*).

103 **Agissements incriminés par l'article 432-7** ■ Sur le fondement de cet article, seuls deux agissements sont susceptibles de donner lieu à condamnation.

1° Le refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi

Il suppose d'abord que la personne agisse dans l'exercice de ses fonctions ou de sa mission et à propos d'un droit relevant de celles-ci. La notion de « loi » s'entend au sens large du terme, comme étant toute règle de portée générale et impersonnelle. Le droit doit néanmoins avoir été prévu par un texte.

Il est également nécessaire qu'un véritable refus, privant en droit ou en fait la victime du bénéfice d'un droit, ait été opposé. Ainsi, l'avis consultatif défavorable donné par une commission communale de logement à l'attribution d'un logement ne peut être assimilé à un refus car elle ne lie pas la décision finale d'attribution relevant de l'office d'HLM (♦ *CA Grenoble*, 7 oct. 1994, *mairie de Pierrelatte*).

A également été jugé que le rejet de la demande de mise en liberté opposé par un juge judiciaire à un étranger placé en détention provisoire en estimant que ses garanties de représentation sont inexistantes du seul fait de sa nationalité étrangère ne constitue pas un refus discriminatoire au sens de l'article 432-7, 1°

(♦ *Cass. crim.*, 30 mars 1989, n° 89-80.416). N'ont pas non plus été jugés discriminatoires des contrôles d'identité et des interpellations, dans et à la sortie d'un square où s'étaient rassemblés des sans-papiers et leurs soutiens, orientés exclusivement sur les personnes de couleur. Pour confirmer le maintien en rétention administrative d'un étranger en situation irrégulière, interpellé à cette occasion, le premier président de la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche du « caractère prétendument discriminatoire » de l'interpellation, au regard de l'article 78-2 du code de procédure pénale : les fonctionnaires de police ont pu légitimement estimer qu'il y avait une ou plusieurs raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis une infraction en matière de législation sur les étrangers (♦ *Cass. 1^{re} civ.*, 14 juin 2005, n° 04-50.068, *Tayeb c/ Préfet de Police de Paris et a.*).

Dans l'affaire de la prime accordée par la mairie de Vitrolles sous condition de nationalité, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a considéré que « cette prime municipale de naissance ne constitue pas un refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi, mais une offre de prestation familiale municipale s'ajoutant aux prestations légales [...] », qu'ainsi, « elle n'entre pas dans les prévisions de l'article 432-7 du Code pénal » mais « doit être considérée comme l'offre d'un "bien ou service" » au sens de l'article 225-1 (♦ *CA Aix en Provence*, 7^e ch., 18 juin 2001, n° 914M2001, *Fayard c/ Rascovschi et a.*). La Cour de cassation confirme cette interprétation en rejetant le pourvoi (♦ *Cass. crim.*, 17 déc. 2002, n° 01-85.650, n° 7491 FS - P + F).

En revanche, le refus d'un maire d'inscrire des enfants étrangers dans une école maternelle entre dans le champ de l'article 432-7, 1°. Il ne peut prétendre pour justifier cette décision que l'enseignement des enfants de moins de six ans n'est pas obligatoire, dans la mesure où cette décision ne concerne que des enfants étrangers et non tous les enfants indistinctement (♦ *CA Paris*, 12 mars 1992, *Bernard c/ Ville de Montfermeil*).

2° Entrave à l'exercice normal d'une activité économique quelconque

Comme pour l'article 225-2, 2° du code pénal, cette notion est issue d'une loi du 7 juin 1977 qui visait à réprimer certaines pratiques de boycottage économique dans le commerce international. Là aussi, l'entrave doit s'entendre comme le fait de « rendre plus difficile l'exercice d'une quelconque activité économique » (v. n° 101, 2°).

Cependant l'article 32-III de la loi n° 77-574 du 7 juin 1977 a expressément prévu, à titre dérogatoire, que « les dispositions des articles 225-2 et 432-7 du code pénal ne sont pas applicables lorsque les faits visés dans ces articles sont conformes à des directives du gouvernement prises dans le cadre de sa politique économique et commerciale ou en application de ses engagements internationaux ». Il s'agissait alors d'éviter la répression des personnes qui ne feraient que se conformer au boycott économique imposé à certains pays (♦ *Cass. crim.*, 21 nov. 1994, n° 93-84.384).

Non soumise au contrôle de constitutionnalité, cette disposition législative fut vivement critiquée. A tel point qu'un avis du Premier ministre pris sur son fondement et concernant les pays producteurs de pétrole fut déferé au Conseil d'État (♦ *CE*, 18 avr. 1980, *Société Maxi-Librari Création : Rec. CE*, p. 186) qui n'hésita pas, compte tenu du caractère exorbitant de l'exonération prévue, à en adopter une interprétation restrictive lui permettant d'annuler cet avis. D'ailleurs, compte tenu des « graves et légitimes préoccupations » qu'avait fait naître cette disposition législative et « soucieux de marquer sans équivoque le caractère intolérable des pratiques racistes dans notre société », le Premier ministre décida, dans une circulaire du 17 juillet 1981, « de renoncer à faire usage, pour des motifs économiques et commerciaux, de la faculté » ouverte par ce texte d'autoriser ou d'imposer par directives des pratiques discriminatoires, conservant néanmoins la possibilité d'autoriser au « cas par cas » de telles pratiques pour l'application des engagements internationaux du gouvernement (*JO*, 18 juill.).

104 Tableau synthétique de la pénalisation de la discrimination raciale ■

| Infraction | Texte | Peine | Peine complémentaire |
|--|--|--|-------------------------------|
| Refus ou subordination de la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition discriminatoire. | ◆ <i>C. pén., art. 225-2, 1^o et 4^o</i> | 3 ans de prison et 45 000 E d'amende 5 ans de prison et 75 000 E d'amende lorsque le refus discriminatoire de l'article 225-2, 1 ^o est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès. | ◆ <i>C. pén., art. 225-19</i> |
| Entrave discriminatoire à l'exercice normal d'une activité économique. | ◆ <i>C. pén., art. 225-2, 2^o</i> | Idem | Idem |
| Refus d'embauche, sanction ou licenciement discriminatoire. | ◆ <i>C. pén., art. 225-2, 3^o</i> | Idem | Idem |
| Subordination d'une offre d'emploi, d'une demande de stage ou d'une période de formation en entreprise à une condition discriminatoire. | ◆ <i>C. pén., art. 225-2, 5^o</i> | Idem | Idem |
| Refus d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2 ^o de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale. | ◆ <i>C. pén., art. 225-2, 6^o</i> | Idem | Idem |
| Discrimination commise par un représentant de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, et consistant à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ou à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque. | ◆ <i>C. pén., art. 432-7</i> | 5 ans de prison et 75 000 E d'amende | ◆ <i>C. pén., art. 432-17</i> |

Sous-section 3 **Autres incriminations**

105 Tableau des autres incriminations pénales de la discrimination raciale ■

| Infraction | Texte | Peine | Peine complémentaire |
|--|--|--|--|
| Provocation publique à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale. | ◆ <i>L. 29 juill. 1881, art. 24, al. 5, sur la liberté de la presse modifiée</i> | 1 an de prison et/ou 45 000 E d'amende | ◆ <i>C. pén., art. 131-26, 2^o et 3^o : interdiction d'être éligible, d'exercer une fonction juridictionnelle pendant 5 ans au plus ; affichage ou diffusion de la décision prononcée.</i> |
| Provocation non publique à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale. | ◆ <i>C. pén., art. R. 625-7</i> | 1 500 E d'amende. Saisie et confiscation. | Interdiction de port d'arme, confiscation d'armes, confiscation de la chose destinée à commettre l'infraction ou qui en est le produit, période de travail d'intérêt général. |
| Diffamation raciale publique. | ◆ <i>L. 1881, art. 32, al. 2</i> | 1 an de prison et/ou 45 000 E d'amende. | Affichage ou diffusion de la décision prononcée. |
| Injure raciale publique. | ◆ <i>L. 1881, art. 33, al. 3</i> | 6 mois de prison. 22 500 E d'amende. | Affichage ou diffusion de la décision prononcée. |
| Apologie de crime contre l'humanité. | ◆ <i>L. 1881, art. 24,</i> | 5 ans de prison. | non |

| | | | |
|---|---|---|--|
| | <i>al. 1^{er} et 3</i> | 45 000 E d'amende. Confiscation spéciale. | |
| Contestation de l'existence de crimes contre l'humanité définis par le statut du tribunal international de Nuremberg de 1945. | ◆ <i>L. 1881, art. 24 bis</i> | 1 an de prison et/ou 45 000 E d'amende. | Affichage ou diffusion de la décision prononcée. |
| Mise en vente, distribution ou reproduction des publications étrangères. | ◆ <i>L. 1881, art. 14</i> | 1 an de prison. 4 500 E d'amende. Saisie administrative des exemplaires et reproductions. | non |
| Mise à la disposition de mineurs, exposition ou publicité d'ouvrages interdits aux mineurs. | ◆ <i>L. 16 juill. 1949 sur les publications destinées à la jeunesse, art. 14</i> | 1 mois à 1 an de prison. 7 500 E à 75 000 E d'amende. Saisie. | Publication du jugement, saisie et destruction des publications concernées. |
| Port ou exhibition d'uniformes, insignes ou emblèmes rappelant ceux ces responsables de crimes contre l'humanité. | ◆ <i>C. pén., art. R. 645-1</i> | 1 500 E d'amende. Confiscation. | Interdiction de port d'arme, confiscation d'armes, confiscation de la chose destinée à commettre l'infraction ou qui en est le produit, période de travail d'intérêt général. |
| Conservation en mémoire informatisée des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions religieuses. | ◆ <i>C. pén., art. 226-19 (issu de l'art. 31 loi « informatique et libertés » n° 78-17 du 6 janv. 1978)</i> | 300 000 E d'amende et 5 ans de prison. | non |
| Crimes qualifiés de crimes contre l'humanité commis au cours de la Seconde Guerre mondiale pour le compte d'une puissance européenne de l'Axe. | Statut du tribunal militaire international de Nuremberg art. 6 | Peine attachée aux crimes recevant la qualification de crimes contre l'humanité. | Déchéance des droits civiques. |
| Crimes qualifiés de crimes contre l'humanité commis après l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et association en vue de commettre lesdits crimes. | ◆ <i>C. pén., art. 212-1 à 212-3</i> | Réclusion criminelle à perpétuité. | ◆ <i>C. pén., art. 213-1 à 213-5 ; privation des droits civiques, interdiction d'exercer une fonction publique, confiscation des biens, interdiction du territoire français pour les ressortissants étrangers, interdiction de séjour.</i> |
| Violation de sépulture commise à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, des personnes décédées à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. | ◆ <i>C. pén., art. 225-17 à 225-18-1</i> | 3 ans de prison. 45 000 E d'amende. En cas d'atteinte à l'intégrité du cadavre : 5 ans de prison et 75 000 E d'amende. | Non |
| Refus de vente ou de prestation de services pour un motif discriminatoire. | ◆ <i>C. consom., art. L. 122-1</i> | 1 500 E d'amende. | Non |
| Source : D'après un tableau du ministère de la Justice, <i>Les lois antiracistes, Les Guides de la Justice, 1998, p. 22-23.</i> | | | |

106 Aggravation des peines en cas de motif raciste, antisémite ou xénophobe ■

| Infraction | Peine encourue pour l'infraction « simple » | Peine encourue pour l'infraction aggravée |
|------------|---|---|
|------------|---|---|

| | | |
|--|---|---|
| Meurtre à caractère raciste. | 30 ans de réclusion criminelle ◆ <i>C. pén., art. 221-1</i> | Réclusion criminelle à perpétuité ◆ <i>C. pén., art. 221-4, 6^o</i> |
| Tortures et actes de barbarie | 15 ans de réclusion criminelle ◆ <i>C. pén., art. 222-1</i> | 20 ans de réclusion criminelle ◆ <i>C. pén., art. 222-3, 5^o bis</i> |
| Violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner | 15 ans de réclusion criminelle ◆ <i>C. pén., art. 222-7</i> | 20 ans de réclusion criminelle ◆ <i>C. pén., art. 222-8, 5^o bis</i> |
| Violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente | 10 ans d'emprisonnement et 150 000 E d'amende ◆ <i>C. pén., art. 222-9</i> | 15 ans de réclusion criminelle ◆ <i>C. pén., art. 222-10, 5^o bis</i> |
| Violences ayant entraîné une incapacité de travail de plus de huit jours | 3 ans d'emprisonnement et 45 000 E d'amende ◆ <i>C. pén., art. 222-11</i> | 5 ans d'emprisonnement et 75 000 E d'amende ◆ <i>C. pén., art. 222-12, 5^o bis</i> |

Source : D'après un tableau figurant dans le Rapport AN n° 452 du 6 décembre 2002.

| Infraction | Circonstance aggravante si commise « à raison de l'appartenance ou de la non appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » |
|---|---|
| Violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure à 8 jours et n'ayant entraîné aucune incapacité | 3 ans d'emprisonnement et 45 000 E d'amende ◆ <i>C. pén., art. 222-13, 5^o bis</i> |
| Destruction ou détérioration d'un bien | 3 ans d'emprisonnement et 45 000 E d'amende ◆ <i>C. pén., art. 322-2</i> |
| Destruction ou dégradation visant un lieu de culte, un établissement scolaire, éducatif ou de loisirs ou un véhicule transportant des enfants | 5 ans d'emprisonnement et 75 000 E d'amende ◆ <i>C. pén., art. 322-3</i> |
| Destruction, détérioration ou dégradation d'un bien appartenant à autrui par incendie ou substance explosive de nature à créer un danger pour les personnes | 20 ans de réclusion criminelle et 150 000 E d'amende ◆ <i>C. pén., art. 322-8, 3^o</i> |

Section 3 Modalités d'application de l'incrimination pénale

Sous-section 1 Intentionnalité et imputabilité

107 Le caractère intentionnel de la discrimination ■ Conformément aux règles traditionnelles du droit pénal, l'infraction ne peut être constituée que si son auteur a agi dans une intention discriminatoire (◆ *C. pén., art. 121-3*). Il s'agit là d'une divergence du droit français avec la plupart des conventions internationales portant sur les discriminations raciales (v. n^{os} 9 et s.) ainsi qu'avec le droit européen et communautaire, dans lesquels le caractère objectif de la discrimination est aussi déterminant que la volonté discriminatoire. Mais l'article 225-1 du code pénal est explicite : en disposant que la discrimination est une distinction opérée « à raison de » l'un des motifs arbitraires énumérés, il fait de l'intention discriminatoire un élément constitutif de l'infraction.

Dans ce cadre, le mode de raisonnement de la CJCE qui consiste à rechercher, par des comparaisons de groupe à groupe et des analyses statistiques, si telle mesure a eu objectivement un effet discriminatoire et obligeant ainsi, dans l'affirmative, l'auteur à fournir une justification objective, ne semble pas transposable en droit pénal français. La directive « racisme » du 29 juin 2000 prend d'ailleurs en compte cette spécificité (v. n^{os} **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** et s.).

A été jugé que ne commet pas de délit de discrimination en l'absence d'intention discriminatoire :

— le directeur d'une société qui fait passer une annonce d'offre d'emploi exigeant la possession d'une carte d'électeur pour le recrutement dans une société de nettoyage travaillant pour la gendarmerie dès lors que cette exigence avait pour but de satisfaire aux conditions impératives d'un marché de nettoyage de la Défense nationale, imposant une habilitation « confidentiel-défense » réservée aux nationaux (◆ *Cass. crim., 1^{er} déc. 1992, n° 89-82.689 : Bull. crim., n° 398, p. 1131 confirmant CA Paris, 8 mai 1989, Hersant*) ;

— le dirigeant d'une compagnie aérienne qui propose des avantages tarifaires aux seuls ressortissants ou ex-ressortissants d'un pays asiatique, dès lors que le principe d'égalité n'interdit pas de consentir à certaines personnes des avantages pour faciliter l'exercice de certains droits, comme celui d'avoir une vie familiale (◆ *CA Paris, 19 sept. 1996*) ;

— l'exclusion par le principal d'un établissement scolaire d'élèves ayant adopté une attitude de prosélytisme religieux contraire aux principes constitutionnels de laïcité et de neutralité de l'enseignement public (◆ *CA Douai, 3 avr. 1991*).

108 Imputabilité d'une décision discriminatoire d'un organe collégial ■ Dans l'affaire de la prime attribuée par la mairie de Vitrolles sous condition de nationalité (v. *supra*), la cour d'appel d'Aix-en-Provence a considéré que le fait que la décision discriminatoire ait été prise par bulletin secret par un organe collégial n'était pas de nature à écarter la responsabilité personnelle du maire et de son premier adjoint. Selon la cour, « cette circonstance ne saurait avoir pour effet de supprimer toute responsabilité des auteurs [...] de la décision, mais rend seulement plus difficile la preuve de la participation à l'infraction ». Celle-ci étant démontrée par le fait que le premier adjoint était rapporteur du projet et a proposé son vote et que le maire, même si en raison d'une grossesse pathologique elle avait voté par procuration, avait fait du thème de la « préférence nationale » l'un des thèmes centraux de sa campagne et avait admis devant le juge d'instruction qu'elle « souscrivait » à cette idée de prime (◆ *CA Aix en Provence, 7^e ch., 18 juin 2001, n° 914M2001, Fayard c/ Rascovschi et a.*). La Cour de cassation confirme l'arrêt en estimant que le maire et son premier adjoint, « indépendamment du vote de la délibération du conseil municipal, ont personnellement participé à l'infraction en décidant de subordonner l'octroi d'une prestation à une condition discriminatoire » (◆ *Cass. crim., 17 déc. 2002, n° 01-85.650, n° 7491 FS - P + F*).

A l'inverse, en application du principe selon lequel nul n'est responsable pénalement que de son propre fait (♦ *C. pén., art. 121-1*), la Cour de cassation a confirmé une décision d'une cour d'appel ayant relaxé le maire d'une commune ainsi que plusieurs membres du conseil municipal du délit de discrimination raciale, poursuivis pour avoir adopté une délibération suspendant « toute fourniture, hormis le chauffage » à deux écoles maternelles en raison du nombre jugé excessif « d'enfants de nationalités différentes », dans la mesure où la délibération incriminée, prise par un organe collégial, ne peut être imputée à ceux des conseillers municipaux ayant exprimé un vote favorable (♦ *Cass. crim., 11 mai 1999, n° 97-81.653 : Bull. crim., n° 93, p. 252, Rec. sc. crim. 2000, p. 197, obs. Y. Mayaud*). Dans le même sens, la décision d'une commission municipale du logement refusant un logement HLM pour un motif discriminatoire ne peut être imputée à ses membres ou à son président, en raison de son caractère collectif (♦ *CA Grenoble, 7 oct. 1994*).

Sous-section 2 Problèmes de la preuve

109 Difficulté de la preuve ■ Hormis dans les cas où l'auteur de la discrimination a commis la maladresse d'exprimer ouvertement le motif discriminatoire par écrit ou devant témoins, la principale difficulté en matière de discrimination est de rapporter la preuve de l'infraction. Cela s'explique par le fait qu'en droit pénal, en vertu du principe du respect de la présomption d'innocence, la charge de la preuve incombe à la partie poursuivante c'est-à-dire au ministère public et, le cas échéant, à la victime dans le cas où elle s'est constituée partie civile.

C'est pourquoi la cour d'appel de Paris a considéré en 1989 dans une affaire déjà évoquée (♦ *CA Paris, 8 mai 1989, Hersant* ♦ *Cass. crim., 1^{er} déc. 1992, n° 89-82.689*) qu'« il appartient au plaignant et au ministère public de rechercher ou de démontrer que le refus d'embauche a été inspiré par une intention discriminatoire » dans la mesure où « le délit de discrimination est une infraction intentionnelle supposant l'existence d'un dol spécial ». Dans le même sens, la Cour de cassation a confirmé la décision d'une cour d'appel relaxant des gérants de discothèque poursuivis pour avoir refusé l'entrée dans leurs établissements de jeunes « faisant partie d'un groupe d'Arabes » d'une cité voisine. Or, si la matérialité des faits n'était pas contestée, « pas plus l'enquête préliminaire que le supplément d'information [...] ne permettent d'aller au-delà des constatations faites et d'imputer aux prévenus une volonté discriminatoire fondée sur l'origine raciale ou ethnique des clients, que si cette volonté peut être supposée, la nature des faits ne dispense pas les parties poursuivantes du respect des règles applicables en matière de l'administration de la preuve, le doute devant profiter au prévenu » selon la cour d'appel. La Cour de cassation rejette le pourvoi en considérant qu'elles se bornaient à remettre en question l'appréciation souveraine par les juges du fond des faits qui échappent à son contrôle (♦ *Cass. crim., 11 janv. 1994, n° 89-86.900*).

Dans sa décision n° 2001-455 du 12 janvier 2002 portant sur la loi de modernisation sociale, le Conseil constitutionnel a lui-même implicitement rappelé cette règle en considérant que des dispositions législatives aménageant la charge de la preuve en matière de refus discriminatoire de location d'un logement (v. n° 87) ne sont pas contraires à la Constitution dans la mesure où « ces règles ne sont pas applicables en matière pénale et ne sauraient, en conséquence, avoir pour objet ou pour effet de porter atteinte au principe de présomption d'innocence » (♦ *Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC considérant 84 : JO, 18 janv.*).

110 Liberté de la preuve ■ Néanmoins, un autre principe directeur du droit de la preuve en matière pénale permet d'atténuer les difficultés posées par le premier principe : la liberté de la preuve. En vertu de ce principe, la matérialité du fait discriminatoire peut être établie par tout moyen (♦ *C. pr. pén., art. 427*), sous réserve que les procédés utilisés ne soient pas jugés déloyaux.

Ainsi, pour établir cette preuve, il est possible d'avoir recours

notamment à un constat d'huissier, à des constatations judiciaires, à des témoignages d'agents assurant une mission officielle (comme par exemple les agents de l'ANPE, de missions locales, etc.) ou de simples particuliers.

En ce sens, dans une affaire concernant un refus d'embauche opposé à un aide-menuisier dont le motif réel a été fourni *a posteriori* par téléphone à un témoin par le fait que l'employeur ne voulait pas « de bicot, de bougnoule ou de pot de yaourt mais des Paul et des Rémi, des bien Français », la cour d'appel de Grenoble a estimé que ce témoignage « est parfaitement recevable », compte tenu du fait que le témoin — un chargé du recrutement d'une mission locale — n'avait appelé l'employeur « que pour connaître les raisons du refus d'embauche afin de mieux orienter la victime dans ses démarches et nullement dans un but de provocation » et que le prévenu « n'a pas dénié avoir pu tenir les propos en cause » (♦ *CA Grenoble, 18 avr. 2001, n° 0539*).

De même, la cour d'appel de Toulouse a pu valablement condamner un agent immobilier et le propriétaire d'un appartement pour discrimination dans l'offre ou la fourniture d'un bien ou d'un service, en raison du patronyme, sur la foi d'enregistrements de conversations téléphoniques réalisés à leur insu depuis les locaux de l'association SOS racisme. Ces éléments de preuve ayant été « contradictoirement débattus » devant la cour d'appel (♦ *Cass. crim., 7 juin 2005, n° 04-87.354*).

Il convient néanmoins de noter qu'en pratique, dans la mesure où le procès est contradictoire, si les faits paraissent suffisamment établis, l'auteur sera de fait amené à fournir les éléments permettant de le mettre hors de cause. En effet, contrairement au droit anglo-saxon, le procès est instruit non par les parties mais par la juridiction elle-même (le cas échéant par un juge d'instruction). En outre, dans le système de l'intime conviction, le juge apprécie en toute liberté la valeur des preuves qui lui sont soumises. L'appréciation des éléments de preuve par les juges du fond est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation (♦ *Cass. crim., 11 janv. 1994, n° 89-86.900*).

En tout état de cause, la portée de ces règles est dépendante de la pratique judiciaire et policière dans ce domaine. Or, comme le relève la Commission nationale consultative des droits de l'homme dans son rapport pour 1998 : « la réponse judiciaire au racisme manque d'efficacité et doit être améliorée ». Dans le même sens, dans sa note n° 2, le GELD constate que « les difficultés de la victime à apporter la preuve de la discrimination découlent en partie d'une faible mobilisation des parquets et d'un manque d'initiative en matière de recherche de preuve ». Or, bien souvent, regrettent les auteurs de cette note, « les témoins restent silencieux et sont réticents à donner leur concours à la victime de discrimination, et la preuve documentaire est rarement disponible ». (*GELD, Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve, note n° 2 par M.-T. Lanquetin, S. Latraverse et N. Pataridze, oct. 2000, p. 45*).

La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence, en ajoutant un article 15-3 dans le code de procédure pénale, fait dorénavant obligation à la police judiciaire « de recevoir les plaintes déposées par les victimes d'infraction à la loi pénale et de les transmettre, le cas échéant, au service ou à l'unité de police judiciaire territorialement compétent ». Les commissariats ne peuvent donc plus se contenter de dresser une main courante.

Enfin, la saisine de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) par la voie d'une réclamation peut aussi aider la victime d'une discrimination à établir la réalité du fait discriminatoire (v. n° 135).

111 Test de situation (« testing ») ■ Réagissant à ces difficultés de constituer la preuve des agissements discriminatoires, un certain nombre d'associations ont développé depuis quelques années des stratégies afin d'établir la preuve que des établissements de loisirs pratiquent d'une manière quasi-systématique une ségrégation à leur entrée. Cette méthode est couramment appelée « testing » (ou test de situation). Elle est considérée par certains auteurs comme un procédé de « preuve provoquée » (*Fr. Desportes, J.-Cl. pén. code, art. 225-1 à 225-6,*

n° 93). Il a été jugé que le fait, pour des personnes d'origines ethniques différentes, de se présenter à l'entrée de certains établissements de loisirs et de faire constater par huissier le comportement du portier ne saurait, en lui-même, constituer une provocation à commettre l'infraction de discrimination. Cette démarche s'apparenterait plutôt à une préconstitution de preuve pénale (*Rapport CNCDH 2001*, p. 53). La chambre criminelle de la Cour de cassation a eu à connaître par deux fois de cette méthode :

— dans un premier arrêt du 12 septembre 2000, bien que rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt confirmant les condamnations, la haute juridiction ne s'est pas prononcée sur la validité de cette pratique en tant que mode d'administration de la preuve ;

— en revanche, dans un important arrêt du 11 juin 2002 (♦ *Cass. crim.*, 11 juin 2002, n° 01-85.559, n° 3293 F - P + F), la Cour de cassation a validé ce procédé en cassant un arrêt de la cour d'appel de Montpellier du 5 juin 2001, qui avait considéré, nonobstant le principe de la liberté de la preuve pénale, que « la méthode du testing employée par SOS Racisme, qui s'est déroulée, dans les conditions ci-dessus rappelées, sans aucune intervention d'un officier ou agent de police judiciaire, ou d'un huissier de justice, est un mode de preuve qui n'offre aucune transparence, et n'est pas empreint de la loyauté nécessaire à la recherche des preuves en procédure pénale, et porte atteinte aux droits de la défense, principe général du droit incessamment rappelé par le législateur et la Cour suprême, et au droit à un procès équitable, visé à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme ». Dans cette affaire, les « testeurs » s'étaient répartis pour se présenter à l'entrée d'une discothèque en trois groupes, l'un constitué par une femme et deux hommes d'origine maghrébine et les autres, par une femme et un homme d'origine européenne. Seules les personnes d'origine maghrébine s'étaient vu refuser l'entrée.

La haute juridiction a pour sa part estimé qu'« 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 ; qu'il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire ».

Pour renforcer la valeur probante de ce procédé, il est néanmoins recommandé lors de la réalisation de telles opérations de s'assurer de la présence d'un tiers par rapport aux plaignants et acteurs de l'opération (qui peut être un huissier ou un officier de police judiciaire), afin sinon de constater l'infraction, du moins d'attester les faits dont il a été le témoin direct (*Rapport CNCDH 2001*, p. 53).

112 Suites données aux opérations de « testing » ■ Dès 1998, la circulaire du 16 juillet 1998 relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie (♦ *Circ. Crim* 98-06, 16 juill. 1998) invitait les procureurs de la République à renforcer la concertation avec les associations spécialisées tout en insistant sur la nécessité pour les magistrats du parquet de mettre eux-mêmes en mouvement l'action publique chaque fois qu'une infraction de cette nature leur paraissait constituée. Le procédé tend à entrer dans les mœurs judiciaires. Ainsi, suite à une « nuit du testing » organisée par l'association SOS Racisme, le garde des Sceaux a interrogé dix sept procureurs généraux par dépêche du 7 juin 2000 sur les suites que les parquets avaient réservé à ces opérations (v. notamment le bilan des rapports en annexe de la brochure du ministère de la justice, *Les dispositions pénales en matière de lutte contre le racisme, l'antisémitisme et les discriminations*, avr. 2004).

En liaison avec les CODAC, des opérations ponctuelles de police judiciaire, sous la direction des procureurs de la République, après contact préalable des associations de lutte contre le racisme, ont été réalisées.

En juillet 2005, le ministre délégué à la promotion de l'égalité des chances a annoncé la mise en œuvre d'un « dispositif expérimental » d'intervention immédiate en cas de discrimination à l'entrée d'une discothèque. Ce dispositif devrait être mis en place à Paris « en liaison avec le ministère de

l'intérieur, la préfecture de police et le parquet de Paris » afin d'envoyer « immédiatement » une patrouille de police si une personne se dit victime de discrimination à l'entrée d'une boîte de nuit. Par ailleurs, les établissements soupçonnés de pratiques discriminatoires seront surveillés par les forces de l'ordre et pourront faire l'objet de poursuites judiciaires ou de sanctions administratives.

Sous-section 3 Engagement des poursuites et constitution de partie civile

113 Le déclenchement des poursuites ■ En droit pénal, le déclenchement de l'action publique incombe en principe au ministère public (♦ *C. pr. pén.*, art. 1er). La victime, détentrice de l'action civile, peut toutefois dans certains cas, obliger le ministère à exercer l'action publique lorsqu'elle prend l'initiative des poursuites, ce qui est généralement le cas en matière de discrimination raciale (♦ *C. pr. pén.*, art. 1er, al. 2). Trois moyens sont à la disposition de la victime pour déclencher les poursuites :

— le dépôt d'une plainte simple, soit auprès des services de police ou de gendarmerie, soit directement auprès du Procureur de la République, afin de susciter une enquête préliminaire sous l'égide du Parquet. De l'avis général, il faut admettre qu'en pratique cette plainte a peu de chances d'aboutir. En effet, le ministère public dispose de l'opportunité des poursuites, sans être tenu de motiver sa décision de classement sans suite (♦ *C. pr. pén.*, art. 40). Or, il apparaît qu'en matière de discrimination raciale plus encore qu'en toute autre matière, le nombre de classements sans suite est important (*Rapport CNCDH 1999*, p. 24). Au-delà de l'encombrement des services policiers et judiciaires et des difficultés de preuve, cette inaction s'explique, selon les spécialistes, par une certaine réticence des parquets à agir en matière de discrimination raciale. C'est pourquoi le garde des Sceaux, constatant que sa circulaire du 16 juillet 1998 n'était pas assez suivie, a donné « pour instructions à l'ensemble des services de police ou de gendarmerie de toujours recevoir les plaintes et de les transmettre sans délai » (*Contribution du ministère de la Justice au rapport CNCDH 1999*, p. 45).

Suite à la recrudescence d'actes racistes et antisémites le garde des Sceaux a appelé les procureurs généraux au « maintien » de la vigilance des parquets à l'égard des actes racistes, antisémites ou xénophobes qui pourraient être commis sur le territoire national. Il a sollicité, lorsque les conditions sont remplies, la mise en mouvement de l'action publique « sous la plus haute qualification pénale » avec des réquisitions « d'une particulière fermeté » (♦ *Dépêche CRIM-AP n° 00-1500.A 13 A4*, 21 mars 2003) ;

— le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction du tribunal de grande instance afin de provoquer l'ouverture de l'information judiciaire (♦ *C. pr. pén.*, art. 2). Ce mode de déclenchement des poursuites présente plusieurs avantages : il entraîne la mise en mouvement automatique de l'action publique ; le juge d'instruction saisi dispose de moyens d'investigations et de contraintes qui doivent faciliter la mise en évidence de la preuve de l'infraction et il permet de donner droit de parole à la victime tout en ouvrant droit à l'obtention de dommages-intérêts ;

— la citation directe devant le tribunal correctionnel : l'auteur de la discrimination est directement cité devant la juridiction compétente par acte d'huissier.

A noter que la plainte doit être déposée dans les trois années qui suivent les faits. Au-delà l'infraction est prescrite. L'action doit être engagée devant le tribunal correctionnel dans le ressort duquel a eu lieu la discrimination. Par ailleurs, la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence fait obligation au tribunal correctionnel saisi d'une infraction pénale d'informer la partie civile qu'elle peut saisir la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI).

En saisissant la HALDE d'une réclamation écrite, soit directement soit avec le soutien d'une association spécialisée ou d'un parlementaire national ou européen, la victime d'une discrimination peut désormais être assistée dans ses démarches,

obtenir une médiation ou une résolution du litige (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 4 et 11 : JO, 31 déc.*).

Néanmoins, la saisine de la HALDE n'interrompt ni ne suspend les délais de prescription des actions en matière civile ou pénale (*art. 4*). Cette dernière est donc chargée d'avertir l'auteur de la réclamation de l'existence des délais de prescription des actions et de le tenir informé « à intervalles réguliers » des démarches entreprises (♦ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 22*).

114 Constitution de partie civile d'associations et syndicats ■ L'article 2-1 du code de procédure pénale porte que : « Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant par ses statuts de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne [...] les discriminations réprimées par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal [...] ». L'étude de la jurisprudence démontre l'importance du rôle de ces associations : « les peines ne trouvant assez souvent à s'appliquer qu'à la suite de leurs interventions » (*M. Danti-Juan, Discriminations, Rép. pénal Dalloz 1996, p. 8*).

Dans le même sens, la loi « Gayssot » du 12 juillet 1990 a inséré dans le code de procédure pénale un article 2-10 qui prévoit la possibilité d'exercer les droits reconnus à la partie civile, pour les discriminations réprimées par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal, à « toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits ayant, en vertu de ses statuts, vocation à lutter contre l'exclusion sociale ou culturelle des personnes en état de grande pauvreté ou en raison de leur situation de famille ». La recevabilité de l'action civile de telles associations étant subordonnée à un accord préalable de la victime ou de son représentant légal éventuel.

Quant aux syndicats, l'article L. 411-11 du code du travail leur reconnaît le droit d'exercer les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

Avec la création de la HALDE, toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et ayant pour objet statutaire de combattre les discriminations ou d'assister les victimes de discrimination, peut saisir la Haute autorité par écrit d'une réclamation, conjointement et avec l'accord d'une personne victime d'une discrimination (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 4 : JO, 31 déc.*).

115 Constat récurrent de la faiblesse de la répression des discriminations raciales ■ Plusieurs circulaires du garde des Sceaux ont régulièrement invité les parquets à intensifier leur action dans le domaine de la lutte antiraciste et à collaborer plus étroitement avec l'ensemble des partenaires de l'institution judiciaire à cette fin (♦ *Circ. CRIM 2000-07 E1, 2 oct. 2000 : BO min. just. n° 80, 1^{er} oct.-31 déc.*) (♦ *Circ. CRIM 2001-19 E1, 28 nov. 2001 : BO min. just. n° 84, 1^{er} oct.-31 déc. 2001*). Pourtant, force est de constater que, par rapport à la réalité des phénomènes discriminatoires, leur répression reste modeste (*Rapport CNCDH sur la lutte contre le racisme et l'antisémitisme qui comporte un état statistique très précis des actions racistes, xénophobes et antisémites*).

Ainsi le ministère de la justice comptabilisait en 2003, 23 condamnations prononcées sur la base du code pénal en matière de discriminations raciales (♦ *C. pén., art. 225-2*), contre 30 en 2002, 21 en 2001, 17 en 1999, 19 en 1998 et 6 en 1997. En outre, les condamnations se traduisent en des peines d'amendes relativement modestes ou des peines d'emprisonnement avec sursis dans quelques cas. Dans son rapport pour l'année 2004, la CNCDH dénonce un niveau d'actes et faits racistes ou antisémites « encore jamais atteint depuis 1990 ». Elle recense, à partir des statistiques du ministère de l'intérieur, 1 565 menaces ou violences en 2004, soit une progression de 132,5 % par rapport à 2003. Les autorités de police et de gendarmerie ont procédé à un plus grand nombre d'interpellations d'auteurs de faits racistes et antisémites (334 auteurs présumés, 156 ayant été présentés à la justice). Si ces statistiques ne sont pas à même de rendre compte avec exactitude de l'ampleur du phénomène discriminatoire, elles sont un indicateur des évolutions et

tendances (*CNCDH, rapport 2004 sur la lutte contre le racisme et l'antisémitisme*).

98 a Composition et fonctionnement du comité consultatif de la HALDE ■

Numéro venant du bulletin

98 b Saisine de la HALDE (modalités) ■

Numéro venant du bulletin

98 c Fonctionnement de la HALDE ■

Numéro venant du bulletin

98 d Budget de la HALDE ■

Numéro venant du bulletin

CHAPITRE 3 Droit du travail

Section 1 Cadre général

116 Origine de la prohibition des discriminations en droit du travail ■ Ce n'est qu'à partir de 1982, avec le vote des lois « Auroux », que la prohibition des discriminations a été intégrée dans le code du travail à son article L. 122-45 portant qu'« aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, [...] de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, [...] ou de ses convictions religieuses. Toute disposition contraire est nulle de plein droit » (♦ *C. trav., art. L. 122-45*). Cette disposition a été par la suite modifiée à plusieurs reprises, notamment par les lois n° 85-10 du 3 janvier 1985 (*art. 24*) et n° 92-1446 du 31 décembre 1992 (*art. 27*) élargissant son champ d'application et les sanctions encourues par l'employeur.

117 Constat d'insuffisance du dispositif législatif ■ Malgré l'existence de cet arsenal législatif, l'ensemble des acteurs ont dressé le constat que si, sur le terrain, la discrimination raciale dans le domaine de l'emploi, de la formation, des stages... constitue une réalité quotidienne et massive, le nombre de condamnations prononcées reste relativement faible, et en tout cas ne reflète que très partiellement l'étendue de la réalité discriminatoire (*Rapport CNCDH 2001, p. 176*).

Un arrêt rendu le 8 avril 1992 par la Cour de cassation illustre ces difficultés. Dans cette affaire, « témoignage sur le racisme ordinaire », selon l'expression du professeur A. Lyon-Caen (*D. 1992 somm., p. 293, note A. Lyon-Caen*), le licenciement d'un salarié étranger pour fin de chantier avait été déterminé selon le critère « de la charge de famille nombreuse différemment appréciée selon l'origine européenne d'une part et maghrébine ou turque d'autre part ». Autrement dit, l'enfant ne pesait pas le même poids selon son origine. Ce critère avait, en outre, été défini avec l'accord du comité d'entreprise et sans que l'inspection du travail ou la cour d'appel n'aient adressé de critiques.

Censurant la décision de la cour d'appel, la Cour de cassation a, pour sa part, considéré que l'adoption d'un tel critère pour déterminer l'ordre de licenciement constitue une discrimination directe et que les juges du fond étaient également tenus de rechercher si la décision prise n'était pas en elle-même discriminatoire. On relèvera que la haute juridiction n'a pas seulement pris appui sur l'article L. 122-45 du code du travail ; elle s'est également référé au préambule de la Constitution de 1958, ce qui lui a permis de s'appuyer sur un principe de non-discrimination beaucoup plus large que celui figurant à l'article L. 122-45 (♦ *Cass. soc., 8 avr. 1992, n° 90-41.276, n° 1862 P, Boufagher c/ Groupement de Penty : Bull. civ. V, n° 256, p. 157* ♦ *Cass. soc., 10 févr. 1998, n° 95-42.315, n° 670 P, Mamri c/ Sté Simaf : Bull. civ., n° 78*).

Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 3 octobre 2001 illustre, quant à lui, la difficulté d'établir la

preuve de la discrimination. Dans cette affaire, la société BHV avait licencié pour faute grave l'un de ses chefs de service pour avoir, selon le témoignage concordant de six salariés, tenu à plusieurs reprises des propos discriminatoires et de voyeurisme. Pourtant, alors même que la lettre de licenciement faisait état de faits précis corroborant ces motifs, la cour d'appel a considéré que ces griefs n'étaient pas suffisamment établis et la Cour de cassation a confirmé cette décision en relevant que l'appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve appartient au juge du fond (♦ *Cass. soc.*, 3 oct. 2001, n° 99-43.008, *SA Bazard de l'Hôtel de Ville c/ Brigaud*).

118 Les lois de transposition des directives communautaires relatives à l'égalité de traitement ■ Lors de la table ronde du 11 mai 1999 réunissant l'État et les partenaires sociaux sur le thème de la lutte contre les discriminations raciales dans le monde du travail, un certain nombre de dispositions visant à améliorer l'arsenal juridique en la matière ont été proposées aux représentants du patronat et des syndicats. Ces propositions ont été confirmées par le Premier ministre lors des Assises nationales de la citoyenneté le 18 mars 2000.

Ces propositions et les mesures visant à réaliser l'adaptation du droit interne des directives communautaires relatives à l'égalité de traitement ont été introduites dans le projet de loi de modernisation sociale adopté en conseil des ministres le 24 mai 2000 puis reprises dans une proposition de loi spécifique déposée en septembre 2000. Cette proposition a été définitivement adoptée le 6 novembre 2001 et promulguée le 16 novembre (♦ *L. n° 2001-1066*, 16 nov. 2001 : *JO*, 17 nov.). Elle a été complétée par plusieurs dispositions de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (♦ *L. n° 2002-73*, 17 janv. 2002 : *JO*, 18 janv.).

Cependant, la transposition des directives communautaires en matière d'égalité de traitement restait inachevée (♦ *Rapport AN*, n° 1965, déc. 2004, p. 11). Le titre II de la loi du 30 décembre 2004 créant la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité achève la transposition de la directive 2004-43 du 29 juin 2000 « race et origine ethnique » en étendant le régime de partage de la charge de la preuve de la discrimination directe ou indirecte (♦ *L. n° 2004-1486*, 30 déc. 2004, art. 19 : *JO*, 31 déc.).

Section 2 Modalités d'application du principe de non-discrimination figurant dans le code du travail

119 Extension du domaine de la discrimination prohibée par l'article L. 122-45 du code du travail ■ La loi du 16 novembre 2001 élargit la portée de l'article L. 122-45 de trois manières.

1° Élargissement des motifs de discrimination prohibés

Tout comme l'article 225-1 du code pénal, la liste des motifs de discrimination prohibés par l'article L. 122-45 est élargie à deux nouveaux motifs : « l'apparence physique » et « le patronyme ». Toujours dans le sens du rapprochement du code du travail et du code pénal, il est ajouté à l'article L. 122-45 la mention de « l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée » à une ethnie, une nation ou une race, afin de ne pas faire peser sur la victime d'une discrimination l'obligation de démontrer la réalité de cette appartenance.

Dans le même sens, l'article L. 122-35 du code du travail qui interdit d'introduire dans le règlement intérieur des dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail « en raison de leurs origines, de leurs opinions ou confessions » est étendu aux motifs de « leur apparence physique » et « de leur patronyme ».

2° Élargissement du champ d'application de l'article L. 122-45

Les mesures discriminatoires à l'encontre des salariés sont prohibées non seulement à l'occasion des procédures de recrutement, de sanction ou de licenciement mais aussi pour « l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise » — comme pour l'article 225-2 du code pénal — et ce pour

l'ensemble des actes affectant la vie professionnelle et « 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.

La liste des domaines concernés n'est pas limitative en raison de l'emploi de l'adverbe « notamment », alors que les articles 3 des directives communautaires contiennent une énumération exhaustive. Cette ouverture du droit interne permet une application plus large du principe de non-discrimination et/ou d'anticiper une interprétation « autonome » par la CJCE de ces articles (*Rapport CNCDH 2001*, p. 137).

3° Élargissement des mesures discriminatoires prohibées aux discriminations « indirectes »

Conformément à la jurisprudence de la CJCE et aux définitions posées aux articles 2, paragraphe 2, des directives 2000/43/CE « racisme » et 2000/78/CE « emploi », l'article L. 122-45 du code du travail protège désormais les salariés victimes d'une mesure discriminatoire « directe » mais également « indirecte ». Dans une affaire concernant un régime salarial d'un institut plus favorable en France pour des salariés de nationalité allemande que pour les autres salariés, la chambre sociale de la Cour de cassation a suivi la jurisprudence de la CJCE en matière de discrimination directe en raison de la nationalité (♦ *Cass. soc.*, 10 déc. 2002, n° 00-42.158, n° 3618 FS - P + B, *Assoc. Goethe Institut c/ Zamolo*).

Par ailleurs, le titre II de la loi du 30 décembre 2004 a élargi l'application de notions de discriminations directes et indirectes à d'autres domaines. Son article 19 pose le principe selon lequel : « en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services, de fournitures de biens et services, d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, ainsi que d'accès à l'emploi, d'emploi et de travail indépendants ou non salariés, chacun a droit à un traitement égal, quelles que soient son origine nationale, son appartenance ou non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou une race » (♦ *L. n° 2004-1486*, 30 déc. 2004, art. 19 : *JO*, 31 déc.).

102 a Jurisprudence relative à l'article L. 122-45 du code du travail (discrimination raciale) ■

Numéro venant du bulletin

120 Partage de la charge de la preuve ■ Dans l'esprit des stipulations des articles 8 de la directive 2000/43/CE « racisme » et 10 de la directive 2000/78/CE « emploi », la loi du 16 novembre 2001 procède à un rééquilibrage de la charge de la preuve entre la victime (le salarié ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise) et l'auteur de la discrimination.

Alors que normalement la charge de la preuve incombe au plaignant, le nouvel alinéa 4 de l'article L. 122-45 du code du travail prévoit que dès lors que la victime d'une discrimination prévue à l'alinéa 1^{er} de cet article « présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte », il incombe désormais « à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Au vu de ces éléments contradictoires, « le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

Le titre II de la loi du 30 décembre 2004 étend ce régime probatoire aux domaines indiqués ci-dessus (v. n° 119) en disposant que : « Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte en ces domaines établit devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

Ce partage de la charge de la preuve entre la victime et l'auteur de la discrimination s'applique devant toutes les juridictions (civiles, sociales ou administratives) à l'exception des

juridictions pénales (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 19 : JO, 31 déc.*).

121 Action de substitution de certains syndicats et associations pour ester en justice à la place de la victime d'une discrimination

■ Conformément aux articles 7 paragraphe 2 de la directive 2000/43/CE et 9 paragraphe 2 de la directive 2000/78/CE un nouvel article L. 122-45-1 du code du travail, reconnaît à certaines organisations syndicales et associations la capacité d'ester en justice à la place des victimes de discriminations prévues à l'article L. 122-45 du code du travail.

Cette possibilité est ouverte aux organisations syndicales représentatives au plan national ou dans l'entreprise concernée, et aux associations régulièrement constituées depuis cinq ans pour la lutte contre les discriminations. Les syndicats peuvent même engager l'action devant les prud'hommes sans avoir à justifier de mandat de la victime, sauf si celle-ci, avertie par écrit par le syndicat, s'y oppose dans un délai de quinze jours de la notification de l'avertissement. En revanche, l'accord écrit de la victime est exigé en cas de saisine par une association. La victime peut intervenir à l'instance engagée par celle-ci et y mettre fin à tout moment.

Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et ayant pour objet statutaire de combattre les discriminations ou d'assister les victimes de discrimination, peut saisir la HALDE d'une réclamation, conjointement et avec l'accord d'une personne victime d'une discrimination (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 4 : JO, 31 déc.*).

122 Protection des salariés contre les mesures de rétorsion

■ Conformément aux articles 9 de la directive 2000/43/CE et 11 de la directive 2000/78/CE, une protection contre d'éventuelles rétorsions est dorénavant assurée par le code du travail au salarié ayant engagé une action ou témoigné lors d'une procédure. Toute une série de dispositions prévoit l'interdiction de ces pratiques de rétorsion et la nullité des sanctions prises sur ce fondement. Là encore, il s'agit de favoriser l'administration de la preuve de la discrimination en protégeant les témoins.

En ce sens, le nouvel alinéa 3 de l'article L. 122-45 du code du travail prévoit que : « Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés ».

Une disposition semblable a été adoptée pour protéger les personnels des institutions sociales et médico-sociales ayant témoigné de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie ou ayant relaté de tels agissements contre toute sanction ou mesure de rétorsion. En outre, en cas de licenciement le juge peut, à sa demande, prononcer la réintégration du salarié (♦ *CASF, art. L. 315-14, I*).

Il est également assuré aux salariés une protection de l'action en justice. Ainsi, le nouvel article L. 122-45-2 prévoit qu'est déclaré « nul et de nul effet » le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par celui-ci ou en sa faveur sur la base des dispositions du code du travail relatives aux discriminations. Pour cela, il suffit au salarié d'établir que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice. Le salarié est alors réintégré de plein droit, comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi ou, s'il le souhaite, il peut se voir allouer une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, ainsi qu'une indemnité de licenciement.

123 Élargissement des pouvoirs de l'inspection du travail et des délégués du personnel

■ Les compétences des inspecteurs du travail sont étendues au contrôle de l'ensemble des mesures discriminatoires dans l'entreprise, notamment celles en lien avec l'article L. 122-45 du code du travail mais aussi avec l'article 225-2 du code pénal. A cette fin, ils peuvent obtenir la communication de tout document ou élément d'information susceptible de s'y rapporter, quel qu'en soit le support, afin de leur permettre d'en dresser procès-verbal. Ils peuvent ainsi constater les infractions de refus d'embauche, de sanction, de

refus de stage ou de licenciement discriminatoires alors que cette prérogative était jusque-là limitée à la seule règle de l'égalité professionnelle (♦ *C. trav., art. L. 611-1, L. 611-6 et L. 611-9*).

La procédure d'alerte prévue à l'article L. 422-1-1 du code du travail au profit des délégués du personnel, qui permet la saisine de l'employeur en cas d'atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles dans l'entreprise, est étendue aux mesures discriminatoires (♦ *C. trav., art. L. 422-1-1*).

124 Intégration de la lutte contre les discriminations dans les négociations collectives

■ Comme le prévoit l'article 11 de la directive 2000/43 « racisme » du 29 juin 2000, les partenaires sociaux doivent dorénavant intégrer la lutte contre les discriminations dans la négociation collective. Les conventions collectives de branche doivent, pour pouvoir être étendues, proposer des dispositions relatives « à l'égalité de traitement entre salariés, quelle que soit leur appartenance à une ethnie, une nation, une race, notamment en matière d'accès à l'emploi, de formation, de promotion professionnelle et de conditions de travail » (♦ *C. trav., art. L. 133-5, 10°*). La commission nationale de la négociation collective doit, quant à elle, effectuer un suivi annuel de l'application dans les conventions collectives de ce principe d'égalité de traitement (♦ *C. trav., art. L. 136-2, 8°*).

125 Le harcèlement racial ou ethnique et l'incitation à commettre une discrimination en droit interne

■ Alors que l'article 2 de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 prévoit que la notion de discrimination « raciale ou ethnique » intègre le harcèlement et l'incitation à commettre une discrimination, le législateur n'a pas, pour le moment, transposé ces notions.

En effet, hormis la prohibition du harcèlement sexuel qui existait déjà dans le code du travail (♦ *C. trav., art. L. 122-46*), seul le « harcèlement moral » dans la relation de travail a été consacré par la loi de modernisation sociale (♦ *L. n° 2002-73, 17 janv. 2002, art. 168 à 179 : JO, 18 janv.*) après l'avoir été par le juge judiciaire. L'article L. 122-49 du code du travail prévoit qu'aucun salarié ne doit subir les « agissements répétés de harcèlement moral 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 ».

Néanmoins l'alinéa 2 de l'article L. 122-49 du code du travail prévoit qu'un salarié qui aurait subi, ou refusé de subir, ces agissements ou aurait témoigné ou relaté de tels agissements 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 ». Toute rupture du contrat ou tout acte contraire étant nul de plein droit.

En outre, la victime de ce harcèlement bénéficie des mêmes garanties qu'en cas de discrimination : rééquilibrage de la charge de la preuve (♦ *C. trav., art. L. 122-52*), action de substitution des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise (♦ *C. trav., art. L. 122-53*), etc.

La loi de modernisation sociale prévoit également la pénalisation du harcèlement moral, mais se cantonne au droit du travail : est incriminé le fait « de harceler autrui par 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 » (♦ *C. trav., art. L. 122-49*). Le salarié ayant procédé à de tels agissements est passible d'une sanction disciplinaire (♦ *C. trav., art. L. 122-50*). Une procédure de médiation peut être engagée par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral (♦ *C. trav., art. L. 122-54*).

La notion d'incitation à commettre une discrimination n'est pas non plus transposée en droit du travail telle qu'elle est prévue dans les directives communautaires. Certes, la loi du 16 novembre 2001 prévoit que désormais les listes de candidatures présentées aux élections prud'homales par un parti politique ou une organisation prônent des discriminations

fondées notamment sur l'origine, la nationalité, la race, l'appartenance à une ethnie ou les convictions religieuses... ne seront plus recevables (♦ *C. trav.*, art. L. 513-3-1). Mais il s'agit davantage là d'un écho à la jurisprudence de la Cour de cassation qui a refusé la qualité de syndicat à des organisations émanant du Front national. La directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 prévoit quant à elle que c'est « tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination » qui doit être considéré comme une discrimination (art. 2 § 4).

Le titre II de la loi du 30 décembre 2004, censée « achever » la transposition de cette directive, ne s'est pas intéressé à ces notions.

TITRE 3 Le dispositif public de lutte contre les discriminations et les discriminations institutionnelles

CHAPITRE 1 Le dispositif public de lutte contre les discriminations

Section 1 La structuration du dispositif

126 L'ancien dispositif ■ A partir de 1999, le gouvernement Jospin a mis en œuvre un dispositif de lutte contre les discriminations raciales reposant essentiellement sur deux structures complémentaires :

— le Groupe d'études et de lutte contre les discriminations (GELD) : créé en avril 1999 sous la forme d'un groupement d'intérêt public (GIP) à l'initiative du ministre de l'emploi et de la solidarité, le Groupe d'études des discriminations (GED) était initialement conçu comme un « observatoire » et un lieu de concertation entre les pouvoirs publics et des représentants de la société civile. Sa convention constitutive réunissait pourtant essentiellement des administrations. Dès octobre 2000, son statut a été modifié et l'organisme a été rebaptisé. Le GELD est devenu à la fois un « observatoire » et une structure plus opérationnelle. Avant même la création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), il a commencé à aborder le phénomène discriminatoire dans toutes ses dimensions, et non pas seulement du seul point de vue de la discrimination raciale ou ethnique ;

— les commissions départementales d'accès à la citoyenneté (CODAC) : créées en janvier 1999, sous l'égide du ministre de l'intérieur, les CODAC constituaient, dans le cadre du département, « un lieu d'écoute, de conseil et de mise en œuvre de la politique de soutien des victimes de discriminations ». Elles avaient pour « mission de réunir les représentants de l'État, des services publics, des élus, des employeurs, des partenaires de la vie économique et sociale pour aider les jeunes nés de l'immigration à trouver un emploi et une place dans la société, et faire reculer les discriminations dont ils sont l'objet, en matière d'embauche, de logement, de loisirs » (♦ *Circ.* 18 janv. 1999, NOR : INTDA9900013 : BO min. int. avr. 1999).

A la suite des assises de la citoyenneté, les CODAC ont vu leur rôle élargi par la circulaire du Premier ministre du 2 mai 2000 qui leur a assigné « une mission de réflexion » sur les phénomènes discriminatoires dans le département. Il leur a été également confié le traitement des signalements de discrimination raciale transmis par l'intermédiaire du « 114 ».

Après quelques errements constatés par des rapports d'inspections, ce dispositif a fait l'objet en octobre 2001 d'une relance de la part des autorités ministérielles (♦ *Circ. DPM/ACI 2 n° 2001-526, 30 oct. 2001 : BO MES 2001 n° 48*) afin de tenter de mieux coordonner ces structures au niveau national et départemental, en confiant notamment la gestion du « 114 » aux deux autres structures.

Cette relance s'est avérée insuffisante à donner à ce dispositif une réelle efficacité contre le phénomène multiforme qu'est la discrimination.

Par ailleurs, ajoutant à la confusion, la loi du 16 novembre 2001 a transformé le Fonds d'action sociale pour les travailleurs immigrés et leurs familles (FASTIF) en Fonds d'action et de soutien à l'intégration et à la lutte contre les discriminations (FASILD) et a réorienté son action en ajoutant à sa mission traditionnelle « d'aide à l'intégration des populations immigrées ou issues de l'immigration résidant en France », la « lutte contre les discriminations dont elles pourraient être victimes » (♦ *Rép. min. n° 51878 : JOAN Q, 7 juin 2005, p. 5939, sur les missions et moyens impartis au FASILD*).

127 Le long cheminement vers une autorité administrative indépendante de lutte contre les discriminations ■ Dès 1998, en conclusion de son rapport, le Haut conseil à l'intégration a émis l'idée de la création d'une autorité administrative indépendante investie des « trois missions nécessaires à la lutte contre les discriminations : l'observation, l'étude – dans une phase semblait-il préjuridictionnelle – des dossiers dont elle sera(it) saisie, et la sensibilisation de l'opinion publique aux différentes formes de discriminations » (*Rapport HCI, Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité, Doc. fr., 1998*).

La Commission nationale consultative des droits de l'homme avait pour sa part suggéré de mettre en place un médiateur, c'est à dire une forme déterminée d'autorité indépendante, « dont la tâche serait de s'attaquer directement et de façon concrète aux discriminations [...] à l'embauche ou sur les lieux de travail » (*Rapport CNCNDH, 1999*).

C'est en mars 1999, dans un rapport remis au ministre de l'emploi et de la solidarité sur la lutte contre les discriminations, que l'idée de la création d'une autorité indépendante pour lutter plus efficacement et dans une démarche universelle contre les discriminations, à l'image d'expériences étrangères en la matière, va prendre corps (*Lutter contre les discriminations, MSH, 2001*).

Contrairement à ce qui a été rapporté notamment par la commission Stasi ou les travaux parlementaires (*Rapport Sénat, n° 65, 17 nov. 2004 ; Rapport AN, n° 1965, déc. 2004*), le droit communautaire n'imposait pas nécessairement la mise en œuvre d'une autorité indépendante, dès lors que le gouvernement avait mis en place le GELD et les CODAC.

En 2001, la CNCNDH s'est à nouveau prononcée en faveur de la création d'un tel organisme indépendant en déplorant « le manque de cohérence de l'action dans ce domaine en raison de la pluralité des intervenants » (*Rapport CNDH, 2001, p. 150*).

C'est suite à la recrudescence d'actes racistes et antisémites, que le Président de la République a annoncé le 14 octobre 2002 dans un discours tenu à Troyes la création d'une autorité indépendante pour lutter, « au-delà même de celles dont peuvent être victimes les personnes d'origine étrangère » contre « toutes les formes de discriminations qu'elles proviennent du racisme, de l'intolérance religieuse, du sexisme ou de l'homophobie ».

128 La création d'une Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) ■ Le 2 juin 2003, le Premier ministre a confié à B. Stasi, ancien médiateur de la République, la présidence d'une mission de préfiguration chargée de mener une réflexion en vue d'élaborer un projet de loi portant création d'une autorité indépendante chargée de lutter contre « toutes les formes de discriminations ».

Dans son rapport, la commission Stasi soulignait l'existence d'un « contexte, en ce début d'année 2004, [...] plus favorable qu'il ne l'a jamais été pour mettre en œuvre cette réforme et surtout pour la faire accepter ». Insistant particulièrement sur le fait que « l'initiative émane des plus hautes autorités de l'État » qui ont manifesté une volonté politique « avec une intensité inhabituelle », il se félicitait que l'ensemble des acteurs, y compris au sein des grandes institutions de la République, aient « pris conscience de l'acuité du problème et un consensus, transcendant les clivages politiques, sociaux ou professionnels, semble se dessiner ».

Se dégageaient des travaux de la commission la « nécessité de garantir l'indépendance de la future autorité à l'égard de l'administration, des autres institutions et des groupes de pression » et le « souhait » qu'elle dispose de pouvoirs effectifs pour instruire, traiter les réclamations des victimes de discriminations et appuyer leurs démarches devant le juge. Le vœu a également été formé qu'elle bénéficie de « moyens humains et financiers lui permettant d'exercer efficacement ses pouvoirs » (*Rapport Stasi, Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, rapport au Premier ministre, Doc. fr., 2004*).

La CNCDH a remis un avis sur le projet gouvernemental le 17 juin 2004.

Reprenant les propositions de la commission Stasi, le gouvernement a déposé un projet de loi le 15 juillet 2004.

Faisant l'objet d'un assez large consensus politique, la loi a été promulguée le 30 décembre 2004 (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004*), sans être déferée au Conseil constitutionnel.

Un amendement visant, comme dans certains pays anglo-saxons, à ne pas faire figurer dans le curriculum vitae la photo, le patronyme, le sexe, l'âge et la nationalité du demandeur d'emploi n'a pas été adopté, face à la résistance du ministre de la cohésion sociale (*Cl. Bébear, Des entreprises aux couleurs de la France. Minorités visibles : relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration dans l'entreprise, coll. Rapports officiels, Doc. fr., 2004*).

La HALDE a été installée par le Président de la République le 23 juin 2005.

129 Le maintien des CODAC sous la forme de COPEC ■ De façon peu cohérente, alors que la HALDE disposera d'un réseau de délégations territoriales, par une circulaire interministérielle du 20 septembre 2004 adressée aux préfets et procureurs généraux le dispositif des CODAC est maintenu. Les ministres concernés le refondent néanmoins en changeant la dénomination — commissions pour la promotion de l'égalité des chances et la citoyenneté (COPEC) — en étendant leur champ d'intervention à « toute forme » de discriminations et en leur donnant de nouvelles priorités.

Ces commissions ont désormais pour rôle de « définir » des actions de prévention contre toute discrimination directe ou indirecte fondée notamment sur l'origine, le sexe, le handicap, l'orientation sexuelle ou l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race ou une religion. Pour cela, elle restent placées sous l'autorité des préfets, tout en étant chargées de « créer » et de « maintenir » des liens étroits avec les associations et notamment celles représentatives des victimes de discrimination. Leur mission prioritaire est de « mobiliser » les institutions et la société civile contre les discriminations, en y associant notamment divers partenaires. Les préfets, en concertation avec les procureurs de la République et les inspecteurs d'académie, qui demeurent co-présidents des commissions, devront en déterminer la composition, l'organisation et le mode de fonctionnement « en fonction des caractéristiques du département ». Les COPEC devront aussi développer des actions de communication à destination du grand public pour donner une visibilité à leurs initiatives.

Au regard de ces « nouvelles » missions, on peut toutefois s'interroger sur la réelle utilité de ces commissions départementales et sur les liens renforcés qu'elles entretiennent avec les autorités étatiques (♦ *Circ. 20 sept. 2004, NOR : INTK0400117C*).

112 a Création de l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances ■

Numéro venant du bulletin

112 b Préfet pour l'égalité des chances ■

Numéro venant du bulletin

130 Accords-cadres dans le domaine de l'emploi pour la lutte

contre les discriminations ■ A la suite de la communication présentée en conseil des ministres par le ministre de l'emploi et de la solidarité le 21 octobre 1998, une circulaire du même jour a été adressée au service public de l'emploi pour encourager à la mobilisation de ce service dans le domaine de la lutte contre les discriminations raciales (♦ *Circ. DGEFP no 98-36, 21 oct. 1998*). Ainsi, deux accords-cadres ont été conclus par la délégation à l'emploi et à la formation professionnelle, la direction de la population et des migrations et le fonds d'action sociale, l'un avec l'ANPE (♦ *Accord cadre, 17 févr. 1999*), l'autre avec l'association pour la formation professionnelle en alternance (♦ *Accord cadre, 14 janv. 2000*). Ils ont pour objectifs de favoriser l'insertion professionnelle des demandeurs d'emploi immigrés ou issus de l'immigration. Dans le même sens plusieurs accords ont été conclus avec des partenaires privés, notamment avec l'assemblée permanente des chambres de métiers, la fondation Agir contre l'exclusion ou l'entreprise de travail temporaire ADECCO.

Se sont aussi multipliés les partenariats avec les entreprises, les chartes de lutte contre les discriminations, codes de bonne conduite et autres « charte de la diversité » (v. « *Chartes éthiques et codes de bonnes conduite : état des lieux d'un nouvel enjeu social* », *synthèse de l'étude, Alpha Études, mars 2004 ; Accord sur la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise signé par PSA avec cinq syndicats le 8 septembre 2004*).

Section 2 Missions et fonctionnement de la HALDE

131 Domaine de compétence de la HALDE ■ La loi du 30 décembre 2004 institue une autorité administrative indépendante dénommée « haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », qui est compétente pour connaître de toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international auquel la France est partie (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 1^{er} : JO, 31 déc.*).

Le renvoi aux discriminations prohibées par la loi (v. nos 93 et s. les dispositions du code pénal ou du code du travail) et par les normes internationales ratifiées par la France (v. nos 9 et s. les dispositions des différents pactes et conventions internationales et européennes ainsi que des traités communautaires) permet à la HALDE d'avoir un domaine de compétence particulièrement large et de développer une approche globale de la lutte contre les discriminations.

En outre, compte tenu du caractère évolutif des lois et normes internationales, cette définition permettra à la HALDE d'exercer sa compétence sur les formes nouvelles de discriminations, prohibées par les textes dans l'avenir.

Cela lie néanmoins l'exercice des compétences de la HALDE aux seules discriminations légalement prohibées, c'est-à-dire aux seules discriminations reconnues illégitimes par les pouvoirs publics.

En ce sens, il est prévu que lorsque la HALDE est saisie d'une réclamation débordant son objet « elle fait connaître [à l'auteur de la saisine] que les faits invoqués n'entrent pas dans son champ de compétence » (♦ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 21 : JO, 6 mars*).

132 Composition et organisation du collège de la HALDE ■

1^o Composition

La Haute Autorité est composée d'un collège de onze membres nommés par décret du Président de la République, pour un mandat de cinq ans, non renouvelable, ni révocable.

Pour le premier mandat, cinq membres, tirés au sort, n'exerceront leur mandat que pendant trente mois (♦ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 34*) afin de permettre le renouvellement pour moitié tous les trente mois, à l'exception du président, prévu par l'article 1^{er} de la loi.

Le Président de la République désigne deux des membres, dont

le président ; les présidents de l'Assemblée nationale, du Sénat et le Premier ministre en désignent deux autres. Les trois derniers le sont par le vice-président du Conseil d'État, le premier président de la Cour de cassation et le président du Conseil économique et social.

Les désignations du président de la République, du président du Sénat, du président de l'Assemblée nationale et du Premier ministre concourent à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes, conformément à l'objectif constitutionnel de parité (◆ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 2*).

Suite au renoncement de B. Stasi, qui avait présidé la mission de préfiguration de la Haute Autorité, le Président de la République a nommé, par décret du 8 mars 2005, L. Schweitzer à la présidence de la HALDE. Les autres membres du collège sont : N. Notat, M.-T. Boisseau, Cl.-V. Marie, A. Dib, F. Amara, C. Kopp, A. Bauer, J.-M. Belorgey, B. Challe et M. Gentilini (◆ *D. 8 mars 2005, NOR : PREX0508192D : JO, 9 mars*).

Il existe un certain nombre d'incompatibilités pour garantir l'indépendance et la neutralité des membres (*L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 3*). La fonction de membre du collège est néanmoins cumulable avec un autre emploi ou fonction (mandat électif, emploi public, activité professionnelle).

Le président est assisté de deux vice-présidents choisis par le collège en son sein (◆ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 3 : JO, 6 mars*).

Le président et les membres du collège reçoivent des indemnités forfaitaires, fixées par arrêté.

2° Fonctionnement

Les attributions les plus importantes sont assurées par le collège qui délibère sur « toutes les questions relatives à l'exercice des pouvoirs et des missions de la Haute Autorité », et notamment sur les actions en justice, les observations présentées devant les tribunaux, les vérifications sur place, le rapport spécial ou encore sur les avis et recommandations ainsi que sur le rapport annuel (◆ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 9*).

On peut craindre qu'un tel domaine de compétences attribué à un organisme collégial réunissant des personnalités ayant une vie professionnelle chargée, empêchant de se réunir fréquemment, rigidifie à l'excès le fonctionnement de la HALDE. Toutes les actions vers l'extérieur sont soumises à l'aval du conseil, ce qui risque d'empêcher ses personnels d'agir avec autonomie et efficacité pour répondre aux saisines dont la Haute Autorité fait l'objet.

Outre les attributions budgétaires et administratives classiques, le collège fixe son règlement intérieur. Il arrête, sur proposition du président, l'organisation et le règlement des services.

Son président représente la haute autorité et a qualité pour agir au nom de celle-ci. En cas de partage égal des voix, le président a voix prépondérante (◆ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 2*).

Le directeur général assiste aux réunions du collège et établit le procès-verbal des séances. Le président peut inviter tout agent des services de la haute autorité à assister aux réunions du collège. Le collège peut procéder à l'audition de toute personne dont la contribution lui paraît utile (◆ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 7*).

133 Composition et fonctionnement du comité consultatif ■ La Haute Autorité crée auprès d'elle un comité consultatif permettant d'associer à ses travaux des personnalités qualifiées choisies parmi des représentants des associations, des syndicats, des organisations professionnelles et toutes autres personnes ayant une activité dans le domaine de la lutte contre les discriminations et pour la promotion de l'égalité (◆ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 1^{er}*).

Composé de dix-huit membres désignés par le collège par une durée de trois ans renouvelable une fois, le comité consultatif se prononce sur toute question qui lui est soumise par le collège. En outre, ce dernier est seul destinataire de ses avis (◆ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 10*). Ce comité n'a donc aucune autonomie

de fonctionnement ou d'action.

Il désigne néanmoins en son sein un président, qui le convoque sur un ordre du jour fixé conjointement avec le président de la Haute Autorité. Ses modalités de fonctionnement sont précisées par le règlement intérieur de la Haute Autorité (*art. 11*). Ses membres reçoivent une indemnité forfaitaire par séance, fixée par arrêté (*art. 12*).

134 Services et fonctionnement de la HALDE ■ La HALDE dispose de services, placés sous l'autorité de son président, pour lesquels elle peut recruter des agents contractuels (◆ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 2* ◆ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 17*).

S'ils le demandaient, les personnels du GELD ont été repris au sein de la HALDE sur la base d'un contrat de droit public (◆ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 18*). Des fonctionnaires, des magistrats ou des militaires peuvent être détachés ou mis à disposition auprès de la Haute Autorité dans les conditions prévues par leur statut respectif (◆ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 16*).

Le directeur général est nommé par décret sur proposition du président. Il rend compte au président et au collège de la mise en œuvre de leurs décisions et délibérations ainsi que du fonctionnement des services de la Haute Autorité (*art. 13*).

Le premier directeur est M. Dubourdieu, ancien président de la commission interministérielle des rapatriés.

La Haute Autorité peut disposer de délégués régionaux qu'elle désigne (◆ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 14*). Il est d'ores et déjà prévu de créer cinq délégations régionales dont une dans les départements d'outre-mer. Les préfets apportent, en tant que de besoin, leur aide à l'exercice des missions de la Haute Autorité (*art. 15*).

Les crédits nécessaires à la Haute Autorité pour l'accomplissement de sa mission sont inscrits au budget du ministère chargé des affaires sociales. Son président est ordonnateur des recettes et des dépenses. Elle est soumise au contrôle de la Cour des comptes (*art. 17*).

Son budget est de 10,7 millions d'euros pour 2005. Il est prévu à terme qu'elle emploie quatre-vingts personnes à son service. Les actifs du GELD lui sont attribués (*art. 33*).

A titre indicatif, le centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme en Belgique, dont la mission n'est pas aussi universelle, compte 100 salariés et a un budget de huit millions d'euros.

117 a Services et fonctionnement de la HALDE outre-mer ■ Numéro venant du bulletin

135 Saisine de la HALDE ■ Le mode et les possibilités de saisine de la HALDE sont extrêmement larges et sans aucun « filtre ».

En effet, en vertu de l'article 4 de la loi, il existe quatre modes de saisine :

— « toute personne » qui s'estime victime de discrimination peut saisir la Haute Autorité. Il s'agit donc d'une saisine directe, très informelle ;

— les victimes de discrimination peuvent saisir la Haute Autorité par l'intermédiaire d'un député, d'un sénateur ou d'un représentant français au Parlement européen, comme c'est le cas pour le médiateur de la République par exemple ;

— la Haute Autorité peut se saisir d'office des cas de discrimination directe ou indirecte dont elle a connaissance, sous réserve que la victime, lorsqu'elle est identifiée, ait été avertie et qu'elle ne s'y soit pas opposée ;

— toute association « régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant par ses statuts de combattre les discriminations ou d'assister les victimes de discrimination », peut saisir la Haute Autorité, en commun accord et conjointement avec la personne qui s'estime victime de discrimination (◆ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 4*).

Cette saisine est obligatoirement écrite et doit apporter « toutes précisions utiles » sur les faits que la personne estime constitutifs d'une discrimination, directe ou indirecte (♦ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 13*).

L'ancien numéro « 114 » n'enregistre plus de réclamations. Il est transformé en un « service d'accueil téléphonique » qui concourt à la mission de « prévention et de lutte contre les discriminations » en recueillant les appels des personnes s'estimant victimes de discriminations et en leur délivrant des informations et conseils sur les conditions de saisine de la HALDE ou, le cas échéant, en les réorientant vers les autres organismes ou services compétents (♦ *L. n° 2001-1066, 16 nov. 2001, art. 9*). Pour éviter des appels abusifs, ce service est désormais payant (08 1000 5000, coût d'appel local).

Un formulaire de saisine devrait être mis en ligne sur le site de la Haute Autorité (<http://www.halde.fr>).

Le cas échéant, les services de la Haute Autorité font connaître à l'auteur de la saisine que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou que sa réclamation apparaît manifestement infondée (♦ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 21*).

136 Instruction et pouvoirs d'investigations ■

1° Modalités d'instruction de la réclamation

A réception de la saisine, la Haute Autorité enregistre « sans délai » les réclamations et en informe « par écrit » l'auteur (♦ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 21*). Si la saisine est estimée recevable, elle l'informe à intervalles réguliers des démarches accomplies et veille à l'informer, le cas échéant, de l'existence de délais de prescription des actions en matière civile ou pénale et de forclusion des recours contentieux devant la juridiction administrative (*art. 22*). En effet, la saisine n'interrompt ni ne suspend les délais de prescription ou de forclusion.

Dès lors, la Haute Autorité assiste la victime de discrimination dans la constitution de son dossier. Elle l'aide à identifier les procédures adaptées à son cas (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 4*).

Pour l'examen des réclamations dont elle est saisie, la Haute Autorité peut recourir aux travaux d'experts, qui sont soumis à une obligation de confidentialité (♦ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 25*).

En cas de rejet de la réclamation, aucun recours n'est prévu. Selon la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État en la matière, applicable au médiateur de la République, la lettre de rejet d'une réclamation n'a pas le caractère d'une décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours par la voie contentieuse (♦ *CE, Assemblée des ch.s., 10 juill. 1981, n° 05130, Retail : RD publ. 1987, p. 1441, concl. M. Franc*).

2° Pouvoirs d'investigations

La Haute Autorité est chargée de recueillir toute information sur les faits portés à sa connaissance (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 5*), ce qui en matière de discriminations est essentiel compte tenu des difficultés à établir la preuve. Pour cela, comme les autorités administratives indépendantes du même type (médiateur de la République, défenseur des enfants), elle dispose d'un certain nombre de pouvoirs d'investigations, sans être pour autant dotée de pouvoirs de police judiciaire ou de contrainte (♦ *Cons. const., Déc., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC*).

a) Demande d'explication

La Haute Autorité peut demander des explications à toute personne physique ou morale de droit privé mise en cause devant elle.

Lorsque l'intéressé est un agent public, les autorités publiques et les organismes chargés d'une mission de service public sont tenus d'autoriser les agents placés sous leur autorité à répondre à la demande. Ces agents sont tenus de déférer à cette demande.

Les personnes auxquelles la Haute Autorité demande des explications ou les agents mis en cause peuvent se faire assister

du conseil de leur choix. Un procès-verbal contradictoire de l'audition est dressé et remis à la personne entendue.

La Haute Autorité peut demander dans les mêmes conditions aux ministres compétents de saisir les corps de contrôle en vue de faire des études, des vérifications ou des enquêtes relevant de leurs attributions. Les ministres informent la Haute Autorité des suites données à ces demandes.

Les personnes convoquées par la Haute Autorité dans ce cadre sont prévenues au moins quinze jours avant l'objet de l'audition. Elle peut entendre toute personne dont le concours lui paraît utile (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 5 et 6* ♦ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 24*).

b) Demande de communication

La Haute Autorité peut demander communication d'informations et de documents quel qu'en soit le support. Les autorités publiques doivent prendre toutes mesures pour faciliter la tâche de la Haute Autorité. Elles communiquent à celle-ci, sur sa demande motivée, toutes informations et pièces utiles (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 5*).

c) Vérification sur place

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 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. Lors de ses vérifications sur place, elle peut entendre toute personne susceptible de fournir des informations (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 8*).

Les agents autorisés à procéder à ces vérifications reçoivent une habilitation spécifique donnée par le procureur général près la cour d'appel du domicile de l'agent, dans les conditions fixées par l'article 26 du décret du 4 mars 2005. L'habilitation ne peut excéder trois ans. Pour chaque vérification sur place, le collège délivre une lettre de mission aux personnes chargées d'y procéder (♦ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 27*).

On peut craindre qu'une procédure aussi rigide, si elle est strictement appliquée, entrave le traitement des réclamations par les agents de la HALDE lorsqu'il s'agira d'établir dans l'urgence la véracité d'un fait discriminatoire. Il aurait été envisageable de doter la HALDE d'un véritable corps d'inspecteurs autonomes chargés d'établir la réalité de la discrimination.

Les résultats de la vérification font l'objet d'un rapport écrit, communiqué aux personnes intéressées par lettre recommandée avec accusé de réception. Celles-ci sont invitées à faire part de leurs observations dans un délai qui ne peut être inférieur à dix jours (*art. 23*).

d) Mise en demeure

Lorsque ses demandes d'information et d'explication ne sont pas suivies d'effet, la Haute Autorité peut, par lettre recommandée avec accusé de réception, mettre en demeure les personnes intéressées de lui répondre dans un délai qu'elle fixe.

Faute d'exécution à l'issue de ce délai, le président de la HALDE peut saisir le juge des référés d'une demande motivée aux fins d'ordonner toute mesure d'instruction que ce dernier juge utile. Saisi à cette fin par la voie du référé, le juge civil ou administratif pourra donc ordonner aux personnes sollicitées par la Haute Autorité de déférer à sa demande d'explication ou d'information.

Le rapporteur de la commission des lois à l'Assemblée nationale a présenté cette disposition comme inspiré par l'article 145 du code de procédure civile qui dispose que « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution du litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur une requête en référé ». Le décret consacre cette idée puisqu'il prévoit que l'assignation de la personne en cause se fait devant la juridiction compétente, conformément aux dispositions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile et aux dispositions de l'article R. 532-1 du

code de justice administrative (référé « mesure utile »), suivant que la personne mise en cause soit une personne privée ou un agent public (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 9* ♦ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 30*).

e) *Secret professionnel*

Les personnes astreintes au secret professionnel (à l'exception des avocats) ne peuvent être poursuivies pour les informations à caractère secret qu'elles auront pu révéler à la Haute Autorité, dès lors que ces informations entrent dans le champ de compétence de la Haute Autorité.

Les membres et les agents de la HALDE ainsi que les personnalités qualifiées auxquelles il est fait appel sont aussi astreints au secret professionnel, sous réserve des éléments nécessaires à l'établissement des avis, des recommandations et des rapports (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 10*).

137 Recommandations et résolution des litiges à l'amiable ■

1° Recommandations

La Haute Autorité 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.

S'il s'agit d'une prérogative classique de ce type d'autorité administrative indépendante, le pouvoir de recommandation de la HALDE est particulièrement large, puisque tout fait ou pratique jugé discriminatoire est susceptible de faire l'objet d'une recommandation, et non pas seulement ceux faisant l'objet d'une réclamation. Les personnes destinataires des recommandations ne sont pas non plus limitées : ce peut être aussi bien une personne physique qu'une personne morale de droit public ou privé.

En outre, le pouvoir de recommandation est assorti d'un droit de suite. En effet, les autorités ou personnes intéressées sont tenues, dans un délai fixé par la Haute Autorité, de lui rendre compte de la suite donnée à ces recommandations. La Haute Autorité peut les rendre publiques par tous moyens. Pour cela, elle doit en informer les personnes intéressées au moins quinze jours à l'avance.

Si sa recommandation n'a pas été suivie d'effet, elle peut établir un rapport spécial publié au *Journal officiel* (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 11* ♦ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 30*).

2° Médiation

La Haute Autorité peut procéder ou faire procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation.

Après avoir recueilli l'accord des personnes en cause, elle peut désigner un médiateur afin de les entendre et de confronter leurs points de vue, en fixant une durée qui ne peut excéder trois mois, renouvelable une fois à la demande du médiateur.

Le médiateur convoque les parties et, avec leur accord, peut entendre les tiers qui y consentent. Il est mis fin à la médiation à tout moment sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur.

A l'expiration de sa mission, le médiateur informe la Haute Autorité de ce que les personnes sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose.

Conformément au principe de neutralité, lorsqu'il est procédé à cette médiation, les constatations et les déclarations recueillies au cours de celle-ci ne peuvent être ni produites ni invoquées ultérieurement dans les instances civiles ou administratives, sans l'accord des personnes intéressées (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 7* ♦ *D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 28 et 29*).

Ce système s'inspire très largement des règles applicables aux médiations judiciaires.

120 a Pouvoir de sanction de la HALDE ■

Numéro venant du bulletin

138 Interférences et assistance dans des procédures judiciaires ■

1° Interférences avec une procédure pénale

S'il apparaît que les faits portés à sa connaissance sont constitutifs d'un crime ou d'un délit, la HALDE en informe le procureur de la République. Elle lui fait savoir, le cas échéant, qu'une mission de médiation a été initiée. Le procureur de la République l'informe des suites données à ses transmissions.

Si la Haute Autorité est saisie de faits donnant lieu à enquête pénale ou pour lesquels une information judiciaire est ouverte ou des poursuites judiciaires sont en cours, elle doit recueillir l'accord préalable des juridictions pénales saisies ou du procureur de la République pour mettre en œuvre ses divers pouvoirs d'investigation ou de contrainte (demande d'explication, d'information, vérification sur place, mise en demeure, médiation) (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 12*).

2° Collaboration et assistance avec la justice

Les juridictions — qu'elles soient civiles, pénales ou administratives — peuvent, lorsqu'elles sont saisies de faits relatifs à des discriminations, d'office ou à la demande des parties, inviter la Haute Autorité à présenter des 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 (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 13*).

Préconisée par la mission Stasi, cette prérogative n'est ouverte à aucune autre autorité administrative indépendante de ce type. L'objectif est que le service chargé du traitement des réclamations puisse offrir une expertise juridique et technique afin d'assister à la constitution des dossiers de discrimination et, le cas échéant, à l'administration de la preuve. Il ne s'agit néanmoins pas d'une constitution de partie civile, telle que cela existe en Belgique.

Mais là encore, la nécessaire délibération préalable du collège risque d'alourdir l'intervention de la HALDE voire de la « politiser ».

Dans le contentieux de la « décrystallisation » partielle des pensions des anciens fonctionnaires civils et militaires des anciens territoires sous souveraineté française, le Conseil d'Etat estime qu'il n'y a pas lieu d'appeler en la cause la HALDE comme l'avait demandé l'association requérante qui avait saisi en novembre 2005 la Haute autorité d'une réclamation sur le caractère discriminatoire de cette législation (*CE 18 juil. 2006, n° 274664, Gisti*). La HALDE n'a pas fait usage de la faculté dont elle dispose, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, lui permettant de produire des observations en justice dans toute affaire relative à des discriminations sans que la juridiction ne puisse s'y opposer (*article 13, loi 31 déc. 2004 modifié par l'article 42 loi 31 mars 2006*).

3° Procédures disciplinaires

La Haute Autorité porte à la connaissance des autorités ou personnes publiques investies du pouvoir disciplinaire les faits de nature à entraîner des poursuites disciplinaires. La personne mise en cause en est tenue informée. La Haute Autorité est informée des suites données à ses transmissions (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 14*).

139 Missions de promotion de l'égalité, de conseil et de recommandation ■ Outre sa mission d'assistance des victimes de discriminations, la HALDE a, conformément aux souhaits de la mission Stasi, des missions de promotion de l'égalité de traitement.

A ce titre, elle mène des actions de communication et d'information propres à assurer la promotion de l'égalité et favorise la mise en œuvre de programmes de formation.

Elle conduit et coordonne des travaux d'études et de recherches relevant de sa compétence et suscite et soutient les initiatives de tous organismes publics ou privés en ce qui concerne l'élaboration et l'adoption d'engagements visant à la promotion de l'égalité.

Enfin, elle identifie et promeut toute « bonne pratique » en matière d'égalité des chances et de traitement (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 15*).

Par ailleurs, comme les autorités administratives indépendantes du même type (médiateur, défenseur des enfants), elle peut recommander toute modification législative ou réglementaire et est consultée par le gouvernement sur tout projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations et à la promotion de l'égalité. Elle peut également être consultée pour avis par le gouvernement sur toute question relative à ces domaines.

De manière plus originale, à la demande du Premier ministre, elle contribue à la préparation et à la définition de la position française dans les négociations internationales dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Elle peut aussi participer, toujours à la demande du chef du gouvernement, à la représentation française dans les organisations internationales et communautaires compétentes dans ce domaine (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 15*).

Enfin, là aussi de manière assez traditionnelle, elle remet chaque année au Président de la République, au Parlement et au Premier ministre un rapport rendu public rendant compte de l'exécution de ses missions et de son activité (♦ *L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 16*).

CHAPITRE 2 Les discriminations institutionnelles : les droits et emplois soumis à une condition de nationalité

140 Discriminations institutionnelles ■ Au-delà des discriminations prohibées par les textes, il existe un certain nombre de discriminations qui résultent directement de la législation en vigueur. Dans la mesure où elles proviennent de l'institution publique elle-même, on peut les qualifier « d'institutionnelles » ou « légales ». Il n'est néanmoins pas certain que l'ensemble de ces discriminations, adoptées à une période où les contrôles de constitutionnalité ou de conventionnalité des lois n'existaient pas, soient conformes aux normes constitutionnelles et internationales.

La forme la plus caractéristique de ces discriminations est ce que l'on désigne sous le vocable « de droits et emplois fermés ».

141 Notion « d'emplois fermés » ■ Les « emplois fermés » sont les emplois soumis à une condition restrictive à l'égard des étrangers (de nationalité, de réciprocité, de diplôme national, etc.), en général du fait d'une disposition législative ou réglementaire mais aussi parfois sur le fondement d'une règle jurisprudentielle ou même d'une simple circulaire.

Concrètement, c'est l'impossibilité ou la difficulté pour les étrangers résidant en France, ou une partie d'entre eux (ressortissants des pays tiers à l'Union européenne et à l'Espace économique européen), de pouvoir exercer certaines professions ou mener une activité dans certains secteurs : fonctions publiques statutaires, entreprises publiques, professions du secteur privé, libéral ou commercial (v. l'étude *COMMERÇANTS ÉTRANGERS*).

142 Origine de ces conditions ■ L'origine de ces restrictions est souvent ancienne. Ainsi, par exemple, la condition de nationalité pour être capitaine, officier et membre de l'équipage de navires français, figurant actuellement à l'article 3 du code du travail maritime, est initialement issue de l'article 2 d'un décret de la Convention nationale des 21-24 septembre 1793 portant acte de navigation pris en période de guerre révolutionnaire. Les restrictions tenant à la nationalité pour les différents titulaires d'offices publics et ministériels comme celles relatives à

l'exercice de la profession d'avocat constituent, quant à elles, un legs de... l'Ancien régime. Ces prohibitions séculaires se sont ensuite perpétuées dans le droit intermédiaire, souvent sous la forme de règles jurisprudentielles. Ainsi, la condition de nationalité pour exercer la profession d'avocat a été pour la première fois formalisée dans le droit écrit par un décret du 20 juin 1920 réformant le régime du barreau. Auparavant, elle reposait sur de simples décisions des conseils de l'ordre des avocats qui considéraient l'exercice de cette profession comme une fonction publique réservée aux nationaux car les avocats sont des auxiliaires de la justice (v. *conseil de l'ordre des avocats de Grenoble, 6 février 1830, Sir. 1832.II, p. 96*).

Il faut également avoir à l'esprit que, dans bien des cas, l'instauration de ces restrictions a été adoptée lors de périodes conjuguant crises économiques et climat de forte xénophobie, voire parfois d'antisémitisme (période des guerres révolutionnaires, fin du XIX^e siècle avec l'affaire Dreyfus, Première Guerre mondiale, années trente, etc.), sous la pression de groupes professionnels désireux de se protéger de la concurrence de la main-d'œuvre étrangère. Le cas de la condition de nationalité pour l'exercice de la médecine est bien connu (loi Armbruster du 22 juillet 1935). Pour un certain nombre de professions, ce sont même des dispositions adoptées sous le régime de Vichy qui régissent encore ces secteurs : architectes, agences privées de recherches, etc.

Parfois, la mise en œuvre d'une telle condition de nationalité a résulté de motifs plus futiles. Ainsi, la carte « famille nombreuse » de la SNCF, qui permet aux familles de plus de trois enfants d'obtenir des réductions sur leurs billets de train, a été réservée aux seuls « citoyens français et aux originaires des colonies françaises ou des pays du protectorat » par une loi budgétaire de 1924 pour procéder à des économies budgétaires dans le contexte d'une crise financière.

L'existence des emplois fermés résulte donc d'une accumulation successive de textes adoptés, pour des raisons plus ou moins légitimes, à des périodes très diverses de l'histoire de France. Elles se sont empilées au fil des ans sans qu'une remise à plat permette de dégager le principe qui les justifie.

143 Importance quantitative des emplois fermés ■ Selon une évaluation dressée par plusieurs rapports récents, plus de six millions d'emplois, soit près du tiers des emplois disponibles en France, sont réservés aux nationaux ou, éventuellement, aux ressortissants de l'Union européenne et de l'Espace économique européen.

Ces emplois se répartissent de la façon suivante :

| | Estimation |
|---|------------------|
| Fonctions publiques (emplois statutaires) | 5 200 000 |
| Entreprises publiques à statut | 400 000 |
| Salariés du secteur privé (dont sécurité sociale) | 200 000 |
| Professions libérales | 300 000 |
| Autres professions indépendantes | 200 000 |
| Total | 6 300 000 |
| Source : <i>Les dossiers de CERC — Associations, n° 3, mars 1999, note de synthèse.</i> | |

Les trois fonctions publiques (étatique, hospitalière et territoriale) représentent le plus gros contingent de ces emplois avec environ 5,2 millions. Seuls les emplois publics de non-titulaires dans l'administration (contractuels, auxiliaires, etc.), de médecins contractuels des hôpitaux, les emplois précaires aidés et les emplois d'enseignants titulaires dans l'enseignement supérieur et la recherche sont accessibles aux étrangers depuis le milieu des années soixante-dix.

Depuis 1991, la plupart des emplois publics ont également été ouverts aux ressortissants de l'Union européenne et de l'Espace

économique européen, puisqu'on estime à moins de 800 000 les emplois strictement réservés aux seuls Français. Ces emplois « de l'administration publique », selon le sens donné par la CJCE, sont pour l'essentiel les postes de la fonction publique dite régaliennne (armée, police, justice, impôt) ou impliquant des activités comme l'élaboration ou le contrôle des actes juridiques.

En outre, selon une évaluation réalisée pour le ministère de l'emploi une cinquantaine de professions du secteur privé font l'objet de restrictions explicites liées à la nationalité (ce qui représente 615 000 emplois) ou à la détention de diplômes français (ce qui représente 625 000 emplois). Certaines professions sont également soumises à des restrictions moins directes, soumettant leur exercice par des étrangers à des quotas (sportifs, marins) ou personnel d'industrie travaillant pour la défense nationale), ou à un contrôle particulier de l'administration (journalistes étrangers par exemple). Enfin, l'accès à certains emplois est soumis à des conditions de reconnaissance de diplôme qui se cumulent ou non avec la condition de nationalité : il s'agit des professions de santé, des professions juridiques, des professions techniques, des patrons-coiffeurs, jardinières d'enfants, agents immobiliers, etc.

144 Remise en cause des emplois fermés ■ Depuis le début des années quatre-vingt-dix, plusieurs rapports publics ont remis en cause l'existence d'un secteur fermé aux étrangers aussi étendu (*Rapport AN n° 1348, 11 mai 1990 sur l'intégration des immigrés, Rapport du Conseil national des populations immigrées au gouvernement sur l'« Égalité des droits », présenté par D. Lochak*).

Plus récemment, dans le cadre de la politique de lutte contre les discriminations, le ministre de l'emploi et de la solidarité annonça, dans une communication en conseil des ministres du 21 octobre 1998, qu'il « sera procédé à une analyse exhaustive des différentes professions dont l'exercice est interdit, en droit, aux étrangers. [...] À l'issue de cette analyse, le gouvernement envisagera la suppression des discriminations qui n'ont plus aucune signification ». À sa demande, cet inventaire exhaustif des emplois fermés aux étrangers — limité au seul secteur privé — a été réalisé par le cabinet Bernard Brunhes Consultants, qui conclut au caractère non justifiable de la condition de nationalité pour la plupart d'entre eux. Il apparaît également que les représentants des professions concernées n'ont, à de très rares exceptions près, émis aucune objection à la suppression de ces restrictions (*Rapport pour la DPM, ministère de l'emploi et de la solidarité, Les emplois de secteur privé fermés aux étrangers, nov. 1999, 2 vol. V. également le rapport « Belorgey » sur les discriminations de mars 1999 qui conclut dans le même sens*).

Élargissant le champ d'investigation à l'ensemble des emplois, le CERC-association réalisa une mise en perspective historique de ces « discriminations légales » dans l'accès à l'emploi et à l'état des lieux des dispositions réglementaires et législatives soumettant les emplois à une condition de nationalité. Il évalua, pour la première fois, leur importance quantitative et leurs effets sur le développement des discriminations. Ce rapport préconisait de supprimer les discriminations légales non justifiées et d'aligner la situation des étrangers non communautaires sur celle des ressortissants communautaires, que ce soit dans le secteur public ou privé (*Immigration, emploi et chômage. Un état des lieux empirique et théorique, Dossiers de CERC-association n° 3, mars 1999, Chap. IV*).

Dans sa note n° 1 sur les emplois fermés, le GELD aboutit aux mêmes conclusions. Ce rapport insiste par ailleurs sur les effets de contagion de ces dispositions sur les pratiques de discrimination raciale d'autres secteurs : « L'existence massive d'emplois fermés aux étrangers pèse plus qu'on ne l'a estimé jusqu'à aujourd'hui sur les processus d'intégration et interroge directement l'efficacité des initiatives de lutte contre les discriminations », remarque-t-il. Ainsi « l'ouverture des emplois fermés aux étrangers contribuerait à clarifier la limite entre le légal et l'illégal et donc à réaffirmer l'illégalité de toute discrimination fondée sur l'origine. Elle participerait du nécessaire engagement des pouvoirs publics pour contrarier les processus d'institutionnalisation des logiques discriminatoires » (*GELD, note n° 1, Une forme méconnue de discrimination, les emplois fermés aux étrangers : secteur privé, entreprises*

publiques, fonctions publiques, mars 2000).

Dans cette mouvance, une trentaine d'organisations (associations, syndicats et partis politiques) adressèrent en avril 2001 au Premier ministre une lettre ouverte lui demandant de supprimer la condition de nationalité dans l'accès aux droits et emplois des secteurs privé et public, invoquant la possibilité de recours juridiques pour certains d'entre eux. En ce sens, plusieurs députés ont déposé une proposition de loi le 30 mai 2000 visant à permettre l'accès des ressortissants étrangers non communautaires à la fonction publique non régaliennne (*Proposition de loi AN, n° 2431*).

145 Emplois et secteurs récemment ouverts ■ Au coup par coup, un certain nombre de professions ou secteurs se sont ouverts aux étrangers dans les dernières décennies. Il s'agit, pour l'essentiel, des experts auprès des tribunaux (♦ *L. n° 71-1130, 31 déc. 1971*), des colombophiles (♦ *D. n° 95-1305, 18 déc. 1995*), des masseurs-kinésithérapeutes (♦ *L. n° 85-772, 25 juill. 1985*), des emplois dans le secteur bancaire et financier (par abrogation d'une loi du 13 juin 1941 excluant les non-nationaux du secteur bancaire par diverses réformes dans les années quatre-vingt-dix), des transporteurs routiers de personnes et/ou de marchandises (♦ *D. n° 99-752, 30 août 1999*) ainsi que des directeurs d'entreprises du spectacle (♦ *L. n° 99-198, 18 mars 1999, art. 10*).

Suite à la note n° 1 du GELD et aux actions entreprises par une trentaine d'organisations sur les emplois fermés, le ministre de l'emploi et de la solidarité, a annoncé le 20 avril 2001, lors d'une table ronde sur la lutte contre les discriminations, la création d'un groupe de travail opérationnel pour avancer sur cette question.

Plusieurs secteurs ont d'ores et déjà été ouverts :

— Emplois de la Sécurité sociale : saisie spécifiquement par le Gisti d'une demande d'abrogation de lettres-circulaires n° 79-373 du 19 octobre 1979 et n° 1293 du 16 octobre 1980 relatives à l'embauche de personnel étranger dans les organismes de sécurité sociale qui soumettaient un certain nombre d'emplois de la Sécurité sociale à une condition de nationalité, le ministre reconnut dans une lettre du 30 juillet 2001 que « le maintien de la clause de nationalité française pour les personnels de sécurité sociale n'a plus de raison d'être » et abrogea par une circulaire du 22 octobre 2001 les précédentes consignes ministérielles qui réservaient aux seuls nationaux les emplois impliquant une gestion directe ou effective du service public de la protection sociale (♦ *Circ. DSS/4 B n° 2001-514, 22 oct. 2001 : BOMES n° 44, 29 oct.-4 nov. 2001*). Ainsi, désormais, aucun emploi dans un organisme de sécurité sociale ne nécessite de posséder la nationalité française, y compris les fonctions d'agent de direction, agents comptables, agents de contrôle et ingénieurs. Même si seuls 3 000 emplois sur les 180 000 emplois de la Sécurité sociale étaient formellement concernés, en pratique par effet de contagion peu d'étrangers y accédaient, en dehors d'emplois subalternes (*v. rapport CERC Association, op. cit., p. 100*).

— Emplois du FASILD : les nouvelles dispositions relatives au recrutement des agents statutaires du FASILD, modifiées par décision de son directeur en date du 26 octobre 2001 et approuvées par arrêté interministériel, ne contiennent plus de critère de nationalité française ou ressortissant de l'Union européenne. Ces emplois sont donc désormais ouverts aux étrangers dans les conditions prévues par le statut. Cette décision a pris effet à compter du 1^{er} janvier 2002. En outre, ce nouveau statut prévoit de tenir compte de l'expérience professionnelle acquise à l'étranger dans les mêmes conditions que l'expérience acquise en France (♦ *Rép. min. n° 35084 : JO Sénat Q, 2 mai 2002, p. 1262*).

— Profession de commissionnaire de transport : un décret du 24 octobre 2002 abroge la condition de nationalité prévue par l'article 17 du décret du 5 mars 1990 relatif à l'exercice de cette profession (♦ *D. n° 2002-1312, 24 oct. 2002, art. 1^{er} : JO, 31 oct.*).

— Personnel de la RATP : dans le cadre d'une « politique d'ouverture sur la cité », le statut du personnel de la RATP a été modifié fin 2002 afin de permettre aux étrangers non

communautaires d'être recrutés au sein de l'entreprise publique de transport, avec l'approbation du ministre des transports. Cette condition de nationalité résultait de l'article 9 du statut du personnel de la RATP approuvé par dépêche ministérielle du 8 mars 1950. Dans les années quatre-vingt dix cette disposition avait déjà connu une première modification afin de permettre l'intégration des ressortissants de l'Union européenne. Cette ouverture n'avait d'ailleurs pas provoqué un grand effet d'entraînement puisque près de dix ans après la RATP compte 72 communautaires sur ses 45 000 employés.

Dans le passé, la condition de nationalité a disparu lors de la refonte du statut des mineurs et des entreprises de production d'hydrocarbures (Elf-Aquitaine) et du statut du personnel de la SEITA en 1985.

— Médaille de la famille française : à l'occasion d'une cérémonie de remise de la médaille le 20 mai 2003, le Président de la République s'est ému des conditions d'attribution « d'un autre âge » de cette distinction et a demandé au ministre délégué à la famille d'étudier les propositions qui pourraient être formulées pour les faire évoluer en envisageant notamment l'attribution à toutes les familles étrangères, y compris étrangères ou constituées hors mariage et de l'ouvrir plus largement aux pères (♦ *Rép. min. n° 22949 : JOAN Q, 1^{er} sept. 2003, p. 6814*) (v. n° 79).

146 La persistance d'emplois et droit fermés aux étrangers des pays tiers ■

1° Secteur de l'industrie et des transports

Le groupe de travail constitué par les ministères de l'équipement et de l'industrie sur la question des restrictions d'accès des étrangers dans ce secteur (EDF-GDF, RATP, SNCF, Air France, France-Télécom, Aéroports de Paris), qui représente à lui seul environ 400 000 emplois fermés, n'a pas donné d'autres résultats, principalement à cause des réticences des syndicats.

2° Carte « famille nombreuse » de la SNCF

Réservée par une loi budgétaire du 22 mars 1924 aux « seuls citoyens français et originaires des colonies ou des pays du

protectorat », le Conseil d'État a estimé le Premier ministre incompétent, au regard de l'article 34 de la Constitution, pour « délégaliser », sur le fondement de l'article 37 alinéa 2, cette disposition législative antérieure à 1958.

Le Conseil d'État a estimé que le Premier ministre n'avait pas non plus compétence pour supprimer une disposition législative posant une condition de nationalité contraire à une norme conventionnelle, en l'espèce l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 1^{er} de son premier protocole (♦ *CE, 22 oct. 2003, n° 248237, Groupe d'information et de soutien des immigrés et a.*)

Seuls les ressortissants communautaires se sont vus reconnaître le bénéfice de ces réductions à la suite d'une décision de la Cour de justice (♦ *CJCE, 30 sept. 1975, aff. 32-75, Cristini : Rec. CJCE, I, p. 1085*). Sur le fondement d'un accord de réciprocité les Togolais en sont également bénéficiaires.

3° Dans le secteur de la sécurité

La loi sur la sécurité intérieure confirme, en son article 102, la condition de nationalité française, d'un État membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen pour exercer, à titre individuel, l'activité d'agent de recherches privées ou pour diriger ou gérer une personne morale exerçant cette activité (♦ *L. n° 83-629, 12 juill. 1983, art. 22, 1^o*). À titre symbolique, on notera que cette loi procède à l'abrogation de la « loi » n° 891 du 28 septembre 1942 dont procédait jusqu'ici la condition de nationalité (♦ *L. n° 2003-239, 18 mars 2003 : JO, 19 mars*).

4° Élection et éligibilité aux chambres des métiers

En modifiant le décret du 27 mai 1999, le gouvernement supprime le droit de vote pour les élections aux chambres de métiers jusque là reconnu aux ressortissants étrangers, et le réserve aux seuls ressortissants français ou membres de l'Union européenne et de l'Espace économique européen (♦ *D. n° 99-433, 27 mai 1999 : JO, 29 mai*).

Bibliographie et Adresses utiles

1° Ouvrages :

147 Bibliographie ■ — D. BORILLO (sous la direction de), Lutter contre les discriminations, *GELD-CERSA (Paris II)-CREDOF (Paris-X), La Découverte, 2003*. — E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (sous la direction), Union européenne et nationalités : le principe de non-discrimination et ses limites, *Bruylant 1999*. — O. BUI-XUAN, Le droit public français entre universalisme et différencialisme, *Thèse CERSA-Paris II, Economica, coll. « Corpus/Essais », 2004*. — E. DECAUX (sous la direction), Le droit face au racisme, *Pedone, 1999*.

2° Rapports :

C. BEBEAR, Des entreprises aux couleurs de la France. Minorités visibles : relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration dans l'entreprise, *Doc. fr., 2004*. — A. BEGAG, La République à ciel ouvert, *Rapport déc. 2004*. — J.-M. BELORGEY, Lutter contre les discriminations, Rapport au ministre de l'emploi et de la solidarité, mars 1999, *MSH 2001*. — BERNARD BRUHNS CONSULTANTS, Les emplois du secteur privé fermés aux étrangers, *Rapport pour le Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, DPM, nov. 1999, 2 vol.* — G. CALVES, Renouvellement démographique de la fonction publique de l'État : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration? *Rapport DGA, Doc. fr., 2005*. — E. CARDE, D. FASSIN, N. FERRE, S. MUSSO-DIMITRJEVIC, Un traitement inégal. Les discriminations dans l'accès aux soins, *Rapport d'études n° 5, Bobigny, CRESF, 2002*. — CERC ASSOCIATION, Immigration, emploi et chômage. Un état des lieux empirique et théorique, *Les dossiers de CERC-Assoc, n° 3 avr. 1999*. —

CONSEIL D'ÉTAT, Sur le principe d'égalité, Rapport public 1996, *Doc. fr. 1997*. — CONSEIL NATIONAL DES POPULATIONS IMMIGRÉES, Groupe « Égalité des droits », rapport par D. Lochak, 1991. — COMMISSION NATIONALE CITOYENS-JUSTICE-POLICE, Les étrangers victimes de violence policière, *Rapport d'activité, déc. 2004*. — COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDH), La lutte contre le racisme et la xénophobie, Rapport annuel d'activité, *Doc. fr.* — COUR DE CASSATION, L'égalité, Rapport annuel d'activité 2003, *Doc. fr., 2004*. — DARES, La lutte contre les discriminations : initiatives publiques et pratiques d'entreprises, *Colloque, déc. 2004* (<http://www.ptolemee.com/dares/>). — R. FAUROUX, La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi, *Rapport, Doc. fr., juill. 2005*. — FORS RECHERCHE SOCIALE, Lutter contre les discriminations ethniques et raciales : un projet pour la société française? *Recherche sociale, n° 171, juill.-sept. 2004*. — GROUPE D'ETUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS (GELD), Une forme méconnue de discrimination : les emplois fermés aux étrangers, *Note n° 1, mars 2000*; Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve, *Note n° 2, oct. 2000*. — HAUT CONSEIL A L'INTEGRATION, Lutter contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité, *Doc. fr., 1998*. — M.- TH. LANQUETIN, La double discrimination a raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique, *FASILD, Migrations études, n° 126, sept. 2004*. — MINISTERE DE LA JUSTICE, Les dispositions pénales en matière de lutte contre le racisme, l'antisémitisme et les discriminations, *avr. 2004*. — D. ROHI, Discriminations légales et précarité : Algériens et Espagnols de France, *Mission de recherche « Droit et Justice », n° 3, 2003*. — J.-C. RUFIN, Chantier sur la lutte contre le racisme et l'antisémitisme, *Rapport, Doc. fr., oct. 2004*. — B. STASI,

Vers la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *Rapport au Premier ministre, Doc. fr., 2004.* — D. VERSINI, Rapport sur la diversité dans la fonction publique, *Rapport, Doc. fr., 2004.*

3^o Articles :

P. AUBERT, N. BOUBAKER, La politique de lutte contre les discriminations raciales dans le domaine de l'emploi, *Notes et documents de la DPM, n° 50, mai 2004.* — J.-M. BELORGEY, De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations. Essai de clarification des concepts et éléments de droit comparé, *Dr. soc., juill.-août 2002, n° 7/8, pp. 683-689.* — G. COHEN-JONATHAN, Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale, *RTDH, n° 46 mars 2001, pp. 665-688.* — M. DANTI-JUAN, Discriminations in *Répertoire de droit pénal Dalloz, 1996.* — F. DESPORTES, Discriminations in *J.-Cl. pén. Code, art. 225-1 à 225-4, éd. du Juris-classeur, 2000.* — I. DAUGAREILH, La lutte contre les discriminations raciales : nouveau combat... nouvelles perspectives ? *RD sanit. soc. 1999, p. 697.* — D. FASSIN, L'invention française de la discrimination, *RF sc. pol., n° 4, août 2002, p. 403.* — P. GARONNE, La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale, *RTDE, 1994, pp. 425-449.* — R. GRAEFFLY, Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations, *AJDA n° 17/2005, p. 934.* — M. KELLER, La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *D. 2002 chron., p. 1355.* — C. KORMAN, L'ange, la bête et les hommes, la situation française en matière de législation antiraciste, *Gaz. Pal., 1998, chron., p. 1480.* — M.-TH. LANQUETIN, La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire, *Dr. soc. 1995, p. 435.* — S. LATRAVERSE, Tradition française et politique européenne de lutte contre les discriminations. A la lumière de trois directives européennes récentes, *Informations sociales, n° 125, juill. 2005, p. 94.* — J.-P. LHERNOULD, Nationalité et discrimination en matière salariale, *chron. sur Cass. soc. 10 déc. 2002, RJS 3/03, p. 207.* Interdiction d'emploi des étrangers : la préférence nationale confirmée. *Cass. Crim. 4 juin 2003, Elian Castaing, Dr. soc., n° 12, déc. 2003, p. 1094.* — D. LOCHAK, Réflexions sur la notion de discrimination, *Dr. soc., 1987, p. 778.* Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? *Dr. soc. 1990, p. 76.* — H. MOUTOUH, Le bon grain et l'ivraie. Brève histoire de la préférence nationale en droit français, *D. 1999, chron. p. 419.* —

CH. PETTITI ET S. SCALBERT, La loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *Gaz. Pal., 6 mars 2005, p. 2.* — C. PICHERAL, Discrimination raciale et convention européenne des droits de l'homme (l'apport de la jurisprudence), *RTDH n° 46, mars 2001, p. 517.* — D. ROSENBERG, La lutte contre le racisme et la xénophobie dans l'Union européenne, *RTD europ. 1999, p. 201.* — O. SCHRAMECK, Droit public et lutte contre le racisme, *LPA 1996, n° 126, p. 4 et s.* — S. SLAMA, La discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif, *AJFP, n° 4/2003, p. 4.* — M. VIPREY, Les mécanismes de discrimination à l'égard des jeunes dont l'origine étrangère est réelle ou supposée, *Rev. IRES, 2002/2, p. 61.*

148 Adresses utiles ■ ARIS (service d'information antiracisme auprès du CERD) 14, avenue Tremblay 1209 Genève, Suisse Tél. (+41 22) 740 35 30 Fax. (+41 22) 740 35 65 (aris@antiracism-info.org) ; <http://www.antiracism-info.org/indexf.html>)

Comité des droits de l'homme des Nations unies : c/o Office of the High Commissioner/Centre for Human Rights, United Nations Office at Geneva, 8-14, avenue de la Paix, 1211 Genève 10, Suisse

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR), c/o Office of the High Commissioner/Centre for Human Rights, United Nations Office at Geneva, 8-14, avenue de la Paix, 1211 Genève 10, Suisse

Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (EUMC) : Rahlgasse 3, 1060 Vienne, Autriche, téléphone : 0043-1-580.30-0 — télécopie : 0043-1-580.30.99 (office@eumc.at) ; <http://eumc.eu.int>)

Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) : 11, rue Saint-Georges, 75019 Paris ; téléphone : 01 55 31 61 00 — télécopie : 01 55 31 61 49 (contact@halde.fr) ; <http://www.halde.fr>)

Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations (GELD), 9-11, rue Georges-Pitard, 75015 Paris (geld@free.fr) ; <http://www.le114.com>)

Liste et coordonnées des CODAC disponibles à l'adresse suivante : <http://www.le114.com/annuaires/index.php>

ANNEXE 1 Inventaire des droits et emplois fermés aux étrangers

I. – Emplois fermés

1^o Secteur public

| | Textes applicables | Conditions exigées |
|--|---|--|
| Fonction publique statutaire (État, hôpitaux, collectivités territoriales). | ◆ <i>L. n° 83-634, 13 juill. 1983 (art. 5 ; art. 5 bis)</i> ◆ <i>C. éducation, art. L. 952-6</i> | Nationalité française. Ouverture aux ressortissants UE et EEE des corps et emplois non régaliens définis par décrets. Ouverture à tous les étrangers des emplois non statutaires (sous certaines conditions) et des corps d'enseignants chercheurs de l'enseignement supérieur et de la recherche. |
| Assemblées parlementaires. | ◆ <i>Ord. n° 58-1100, 17 nov. 1958 (art. 8)</i> | Nationalité française. |
| Adjoint de sécurité (emplois-jeunes dans la police nationale). | ◆ <i>D. n° 2000-800, 24 août 2000 (art. 4)</i> | Nationalité française. |
| Assistants de justice. | ◆ <i>D. 7 juin 1996, art. 2 (judiciaire)</i> ◆ <i>C. just. adm., art. R. 227-2 (administratif)</i> | Nationalité française ou de l'Union européenne. |

| | | |
|---|--|--|
| Établissements publics de l'État. | ◆ <i>L. n° 83-634, 13 juill. 1983</i> (art. 5) | Nationalité française ou UE (selon chaque statut particulier). |
| Agence nationale pour l'emploi. | ◆ <i>D. n° 90-543, 29 juin 1990</i> (art. 21) | Nationalité française ou UE. |
| Offices d'intervention dans le domaine agricole et établissements publics relevant du ministère de l'agriculture. | ◆ <i>D. n° 83-1267, 30 déc. 1983</i> (art. 3) | Les personnels statutaires de ces organismes doivent être de nationalité française. |
| Office national des forêts. | ◆ <i>C. for., art. L. 122-3</i> | Nationalité française ou UE (selon les statuts particuliers). |
| France-Télécom, La Poste. | ◆ <i>L. n° 83-634, 13 juill. 1983</i> (art. 5 : applicable par renvoi de l'art. 29 <i>L. n° 90-568, 2 juill. 1990</i>) | Nationalité française ou UE/Espace économique européen. Les emplois de non statutaires sont ouverts à tous les étrangers. |
| EDF-GDF. | ◆ <i>D. n° 46-1541, 22 juin 1946</i> (art. 4) | Nationalité française ou UE. |
| RATP. | Dépêche ministérielle, 8 mars 1950, approuvant le statut du personnel de la RATP (art. 9) | Nationalité française ou UE. |
| SNCF. | Décision interministérielle, 1 ^{er} sept. 1954, approuvant le statut des relations collectives à la SNCF (chap. 5, art. 2.1.a) | Nationalité française ou UE. Des étrangers sont employés hors statut en qualité de stagiaires ou de contractuels (dénommés les « PS-25 »), parfois sur le fondement de conventions bilatérales avec les sociétés de chemins de fer de pays étrangers. |
| Air France. | Arr. 30 sept. 1994, approuvant le statut du personnel de la Compagnie nationale Air France (art. 9) | Nationalité française ou UE. |

2° Concessions

| | Textes applicables | Conditions exigées |
|---|--|--|
| Concessionnaire d'énergie hydraulique. | ◆ <i>L. 16 oct. 1919</i> (art. 26) | Nationalité française ou UE, sauf dérogation accordée par décret en Conseil des ministres. |
| Concessionnaire de service public (concessions publiques, concessions d'exploitation de services publics ou permissions d'exploitation diverses de quelque nature que ce soit). | ◆ <i>D. n° 70-410, 15 avr. 1970</i> (art. 1 ^{er} et art. 2) ◆ <i>L. n° 96-142, 21 févr. 1996</i> (art. 12) | Nationalité française ou UE. |

et ministériels)

3° Professions judiciaires et juridiques (dont officiers publics

| | Textes applicables | Conditions exigées |
|-----------------------------------|---|---|
| Administrateurs judiciaires. | ◆ <i>C. com., art. L. 811-5</i> | Nationalité française. |
| Avocats. | ◆ <i>L. n° 71-1130, 31 déc. 1971</i> (art. 11) | Nationalité française, UE ou EEE. Réfugié ou apatride reconnu par l'OFPRA. Convention de réciprocité pour les ressortissants de pays tiers. |
| Avocats au Conseil d'État et à la | ◆ <i>D. n° 91-1125, 28 oct. 1991</i> | Nationalité française ou UE. |

| | | |
|----------------------------------|--|------------------------------|
| Cour de cassation. | (art. 1 ^{er}) | |
| Avoués auprès des cours d'appel. | ◆ D. n° 45-118, 19 déc. 1945 (art. 4-1) | Nationalité française ou UE. |
| Commissaires-priseurs. | ◆ D. n° 73-541, 19 juin 1973 (art. 2) | Nationalité française ou UE. |
| Conseillers du travail. | ◆ D. n° 46-2656, 9 nov. 1946 (art. 4) | Nationalité française. |
| Huissiers. | ◆ D. n° 75-770, 14 août 1975 (art. 1) | Nationalité française. |
| Mandataires judiciaires. | ◆ C. com., art. L. 812-3 | Nationalité française. |
| Notaires. | ◆ D. n° 73-609, 5 juill. 1973 (art. 3) | Nationalité française. |

4° Professions de santé

| | Textes applicables | Conditions exigées |
|--|-----------------------------------|---|
| Médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes, directeurs et directeurs adjoints de laboratoire. | ◆ C. santé publ., art. L. 4111-1 | Nationalité française, andorrane, UE, EEE, du Maroc ou de la Tunisie, sous réserve des règles fixées par le code ou de règles découlant d'engagements internationaux. |
| Pharmaciens. | ◆ C. santé publ., art. L. 4221-1. | Nationalité française, andorrane, UE, EEE. Convention de réciprocité pour les ressortissants de pays tiers. |
| Vétérinaires. | ◆ C. rur., art. L. 241-1 | Nationalité française, UE ou EEE. |

5° Professions comptables, financières et d'intermédiaires

| | Textes applicables | Conditions exigées |
|---|--|---|
| Agents généraux et courtiers d'assurance. | ◆ C. assur., art. R. 511-4 | Nationalité française, UE ou EEE. Condition de réciprocité ou bénéfice d'une convention pour les ressortissants de pays tiers. |
| Commissaires aux comptes de sociétés. | ◆ D. n° 69-810, 12 août 1969 (art. 3 à 5) | Nationalité française ou UE. Réciprocité pour les ressortissants de pays tiers. |
| Commissionnaires en douane agréés. | ◆ Arr. 22 déc. 1998 (art. 5) | Nationalité française, UE ou EEE. Condition de réciprocité pour les ressortissants de pays tiers. |
| Commissionnaires usagers des marchés d'intérêt national. | ◆ D. n° 68-659, 10 juill. 1968 (art. 23) | Nationalité française ou UE. Convention bilatérale pour les ressortissants de pays tiers. |
| Courtiers de marchandises assermentés. | ◆ D. n° 64-399, 29 avr. 1964 (art. 2) | Nationalité française ou UE. |
| Courtiers maritimes (courtiers interprètes et conducteurs de navire). | ◆ C. com., art. L. 131-1 et s. (qualité d'officier ministériel) ◆ L. n° 2001-43, 16 janv. 2001 (art. 7) | Nationalité française. |

| | | |
|--|---|---|
| Démarcheurs financiers (anciens agents de change). | ◆ <i>C. mon. fin., art. L. 341-4</i> | Nationalité française ou UE. Convention internationale pour les ressortissants de pays tiers. |
| Experts-comptables. | ◆ <i>Ord. n° 45-2138, 19 sept. 1945 (art. 3 et art. 27)</i> | Nationalité française ou UE. Autorisation discrétionnaire pour les ressortissants de pays tiers sous condition de réciprocité. |

6° Transports, tourisme et loisirs

| | Textes applicables | Conditions exigées |
|--|---|---|
| Capitaines et leurs suppléants, membres de l'équipage de navires français. | ◆ <i>C. trav. mar., art. 3</i> | Capitaines et leurs suppléants : nationalité française. Autres membres de l'équipage : nationalité UE ou EEE. |
| Directeurs ou membres du comité de direction et du personnel dans un casino. | ◆ <i>L. 15 juin 1907, art. 3</i> | Nationalité française, UE ou EEE. |
| Guides interprètes de tourisme et conférenciers nationaux. | ◆ <i>D. n° 94-490, 15 juin 1994, art. 93</i> | Nationalité française ou UE. Condition de réciprocité pour les ressortissants de pays tiers. |
| Personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile. | ◆ <i>C. aviation, art. L. 421-4 à art. L. 421-8</i> | Nationalité française ou UE (sous réserve de réciprocité). Autorisation temporaire sous condition pour les ressortissants de pays tiers. |

7° Métiers de l'urbanisme

| | Textes applicables | Conditions exigées |
|--------------------|---|---|
| Architectes. | ◆ <i>L. n° 77-2, 3 janv. 1977 (art. 10)</i> | Nationalité française ou UE. Conventions de réciprocité, engagements internationaux ou autorisations discrétionnaires pour les ressortissants de pays tiers. |
| Géomètres-experts. | ◆ <i>L. n° 46-942, 7 mai 1946, (art. 3)</i> | Nationalité française, UE ou EEE. |

8° Enseignement privé

| | Textes applicables | Conditions exigées |
|---|--------------------------------------|---|
| Directeurs et enseignants des établissements d'enseignement primaire et secondaire. | ◆ <i>C. éducation, art. L. 914-4</i> | Nationalité française, UE ou EEE. Autorisation du recteur pour les ressortissants de pays tiers. |
| Directeurs et professeurs d'une école d'enseignement technique, industriel et commercial. | ◆ <i>C. éducation, art. L. 914-5</i> | Nationalité française, UE ou EEE. Autorisation du recteur pour les ressortissants de pays tiers. |

9° Activités commerciales spécialisées

| | Textes applicables | Conditions exigées |
|--|--------------------|--------------------|
|--|--------------------|--------------------|

| | | |
|---|--|-----------------------------------|
| Débitants de boisson. | (C. déb. boiss., art. L. 31 | Nationalité française, UE ou EEE. |
| Débitants de tabac. | Aucun texte légal ou réglementaire ne pose une condition de nationalité. Pourtant en raison de sa qualité de préposé de l'administration, l'administration fiscale l'exige (<i>Instr. K-4-9, 2 mai 1991</i>). | Nationalité française ou UE. |
| Dirigeants d'une régie, entreprise, association ou établissement des pompes funèbres. | ◆ <i>CGCT, art. L. 2223-24</i> | Nationalité française, UE ou EEE. |

10° Sécurité, surveillance, recherche, armes et munitions

| | Textes applicables | Conditions exigées |
|---|---|--|
| Dirigeants ou collaborateurs d'une agence privée de recherches. | ◆ <i>L. n° 891, 28 sept. 1942</i> (art. 1 ^{er}) | Nationalité française, UE ou EEE. |
| Dirigeants ou gérants d'une entreprise de surveillance, de gardiennage ou de transports de fonds. | ◆ <i>L. n° 83-629, 12 juill. 1983</i> (art. 5) | Nationalité française, UE ou EEE. |
| Fonction de délégués mineurs. | ◆ <i>C. trav., art. L. 712-11</i> | Nationalité française. |
| Agents de l'Office national de la chasse. | ◆ <i>D. n° 98-1262, 29 déc. 1998</i> (art. 11) | Nationalité française pour les emplois comportant des missions de police. |
| Lieutenants de louveterie. | ◆ <i>C. rur., art. R. 227-3</i> | Nationalité française. |
| Administrateurs des entreprises de poudres et de substances explosives. | ◆ <i>D. n° 70-575, 3 juill. 1970</i> (art. 1 ^{er}) | Nationalité française ou UE. |
| Détenteurs d'une autorisation de fabrication d'armes et de munitions. | ◆ <i>D. n° 95-589, 6 mai 1995</i> (art. 9) | Nationalité française, UE ou EEE, sauf autorisation dérogatoire du ministre de la défense. |

11° Métiers de la communication

| | Textes applicables | Conditions exigées |
|--|---|------------------------|
| Directeurs d'une société coopérative de messagerie de presse. | ◆ <i>L. n° 47-585, 2 avril 1947</i> (art. 11) | Nationalité française. |
| Membres du comité de direction d'entreprises éditant des publications périodiques destinées à la jeunesse. | ◆ <i>L. n° 49-956, 16 juill. 1949</i> (art. 4) | Nationalité française. |

12° Professions du secteur agricole

| | Textes applicables | Conditions exigées |
|--|--|--|
| Collecteurs agréés de céréales. | ◆ <i>C. rur., art. L. 621-17</i> | Nationalité française ou UE. |
| Ouverture d'un centre d'insémination artificielle. | ◆ <i>Arr. 17 avr. 1969, art. 1^{er} (mod. par arr. 12 nov. 1969)</i> | Nationalité française ou UE. Ressortissants de pays tiers bénéficiant d'un accord de réciprocité. |

| | Textes applicables | Conditions exigées |
|--|-----------------------------------|--|
| Carte « famille nombreuse » de la SNCF. | ◆ <i>L. 22 mars 1924, art. 44</i> | Nationalité française, UE ou EEE ; des territoires placés sous administration française au 22 mars 1924 ; accord de réciprocité. |

2° Jouissance de certains droits professionnels

| | Textes applicables | Conditions exigées |
|---|----------------------------------|--|
| Aides à l'amélioration matérielle d'une exploitation agricole. | ◆ <i>C. rur., art. D. 344-2</i> | Nationalité française ou UE, sous réserve des conventions internationales. |
| Aides à l'installation comme chefs d'exploitation agricole des travailleurs agricoles bénéficiaires de la promotion sociale. | ◆ <i>C. rur., art. R. 343-21</i> | Nationalité française. |
| Aides à l'installation des jeunes agriculteurs. | ◆ <i>C. rur., art. R. 343-4</i> | Nationalité française ou UE. |

3° Distinctions honorifiques

| | Textes applicables | Conditions exigées |
|--|--|---|
| Médaille de la famille française. | ◆ <i>D. n° 82-938, 28 oct. 1982</i> <i>(art. 1^{er})</i> | Réservée aux seules mères et pères de familles de nationalité française dont tous les enfants sont français. |
| Élections à l'Académie française. | Une règle coutumière veut que seuls les ressortissants français peuvent être élus à l'Académie française. Cette condition ne figure pourtant dans aucun texte. | Nationalité française à l'exception de l'écrivain américain Julien Green en raison « son temps de service volontaire dans les ambulances de l'armée française pendant la guerre de 1914-1918 ». |