COMPTE RENDU DU SEMINAIRE SUR
« Les différentes approches pour lutter contre les discriminations : l'expérience française et l'expérience américaine »
Du 29 janvier 2008 au Cabinet HUGHES-HUBBARD & REED

L'an 2008 et le 29 janvier à 18h30, l'Association des Avocats pour un Barreau Pluriel (A.A.B.P.) en partenariat avec l'Ecole de Formation des Barreaux de la Cour d'Appel de Paris (EFB), a organisé une conférence sur le thème : « Les différentes approches pour lutter contre les discriminations : l'expérience française et l'expérience américaine ».

Le débat est ouvert à 18h40. Il est présidé par M. Carlo BRUSA, Vice Président de l'A.A.B.P., Avocat à la Cour.

Sont intervenus :

- M. Vincent NIORE, MCO, Avocat : Présentation de la HALDE ;
- M. Philippe RAVISY, Avocat associé : Examen critique des recommandations de la HALDE
- M. Jean Claude BEAUJOUR, Avocat associé : Point de vue d'un avocat français sur l'expérience américaine des discriminations ;
- M. Christopher MESNOOH, Avocat associé : Point de vue d'un avocat américain sur l'expérience française et américaine des discriminations ;
- M. Bernard CAHEN, Président de l'UIA, Avocat associé : Discrimination et liberté d'opinion !
- M. Rabah HACHED, Président AABP, Avocat : Discrimination et entreprise : l'expérience des grands groupes français.

Prenant la parole en premier, **M. Philippe RAVISY,** spécialiste en droit social, axant son intervention sur l'examen critique des recommandations de la Halde, souligne que son propos se limitera aux avis de la Halde dont il a pu avoir connaissance à travers son expérience de praticien du droit du travail.

L'instauration de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE) au sein de la République française a été saluée comme constituant une innovation et un progrès importants dans la lutte contre les discriminations. Il doit cependant être observé que cette Haute Autorité n'a été mise en place que le 30 décembre 2004 et ne l'a pas été spontanément.

En effet, contrairement à ce qui a été affirmé, on ne doit pas cette mise en place à la volonté du pouvoir politique mais à une exigence communautaire exprimée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 décembre 2002 qui a modifié la directive 76/207/CEE du Conseil auquel elle a ajouté un article 8bis aux termes duquel :

« *1- Les Etats membres désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir, d'analyser, de surveiller, de soutenir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur le sexe et prennent les dispositions nécessaires. Ces organismes peuvent faire partie d'organes chargés de défendre à l'échelon national les droits de l'Homme ou de protéger les droits des personnes…. ».*

La directive prévoyait que les Etats membres devaient mettre en vigueur les dispositions législatives, règlementaires et administratives nécessaires au plus tard le 5 octobre 2005.

Il a donc fallu plus de deux ans avant que la France ne mette en place la directive de 2002.

Selon Philippe RAVISY, c'est donc peu de dire qu'elle ne s'est pas précipitée pour le faire. Lorsque cela a finalement été le cas, la présentation médiatique qui a été faite de cette autorité et les moyens dont elle a été dotée, on été tels, qu'ils ont provoqué un légitime espoir d'amélioration pour les acteurs de la lutte contre les discriminations. Cette période d'espoir est aujourd'hui suivie d'une période d'interrogation voir de déception, car un certain nombre des avis prononcés par la Haute Autorité consacre des solutions que l'on peut qualifier d'étonnamment conservatrices.

En effet, si l'intervention de la HALDE a permis une nette amélioration de la mise en état des dossiers et un meilleur respect des règles probatoires spécifiques aux discriminations, elle a selon toute vraisemblance rapidement été victime de son succès en enregistrant notamment 4058 réclamations en 2066, soit 2,8 fois de plus qu'en 2005.

Selon Philippe RAVISY il paraît donc légitime de se poser la question de savoir si c'est à cause de ce succès que la Halde s'est montrée par la suite de plus en plus exigeante quant à la reconnaissance de l'existence d'une discrimination même dans les cas où il apparaissait pourtant objectivement qu'une discrimination pouvait effectivement être à l'origine de la réclamation. Dans certaines affaires, la Halde en est arrivée à s'affranchir des règles de preuves spécifiques qu'elle est chargée de faire respecter. On est donc passé d'une situation d'espoir à une situation de déception.

M. Vincent NIORE, MCO, a axé son intervention sur l'organisation de la Halde et son rôle dans le procès judiciaire. La doctrine tend à qualifier la Halde de trop haute autorité car elle tend à transférer vers elle des procédures normalement pénales.

En pratique, la Halde peut être considérée comme un « monstre » juridique crée en 2004. Elle aide toute personne à identifier les pratiques discriminatoires, et à les combattre. Elle conseille pour les démarches juridiques, et contribue à établir la preuve de la discrimination. Elle peut se saisir elle-même de toute pratique discriminatoire dont elle a connaissance. Elle dispose de pouvoirs d'investigation pour instruire les dossiers. Elle peut exiger des documents et des preuves que la victime n'a pas pu obtenir, aller vérifier sur place et entendre des témoins.

La HALDE émet des avis et des recommandations, auprès du gouvernement, du Parlement et des autorités publiques pour lutter contre les discriminations, afin d'améliorer les textes de loi, de faire progresser l'état du droit français dans ce domaine.

La Halde est composée de 11 membres et a la possibilité d'être entendu dans toutes les affaires afin de donner son point de vue. Ce pouvoir est donc très large.

Les avocats des employeurs essaient souvent de faire rejeter l'intervention de la Halde car celle-ci n'est pas contradictoire, en violation de l'article 6 CEDH.

La Halde recrute des avocats avec l'accord du CNB en faisant un appel d'offre. La Halde intervient aussi bien dans les procès civils, pénaux, sociaux, et même administratifs.

La Halde a un statut hybride ce qui pose le problème de son statut en matière pénale. En effet, la Halde n'est ni partie civile, ni aux bancs du ministère public etc. alors qu'elle peut déclencher l'action publique par voie de citation.

La Halde peut faire assermenter ses agents par le parquet. L'argent assermenté témoin direct peut être entendu comme tel. L'agent qui représente la Halde à l'audience est un avocat.

Selon Vincent NIORE, en pratique, la Halde aide en matière pénale à dédramatiser le procès et à faciliter une transaction avec les victimes. Art. 225-2, 325 et 432-7 du cpen. Par ailleurs, les textes sur la discrimination imposent un mécanisme de preuve juridique très utile au demandeur à qui il appartient de rapporter la preuve de son préjudice. Avec la Halde, il appartient simplement au plaignant d'énoncer les faits et non de les prouver. La Halde appréciera d'abord si les faits énoncés sont fautifs ou non et va ensuite faire jouer son pouvoir d'investigation. En matière social, l'employeur par exemple ne harcèle pas la victime au vu et au su de tous. Le droit européen ne connaît pas le harcèlement mais la discrimination.
Malgré les lacunes décriées çà et là, le meilleur moyen aujourd'hui en cas de discrimination est de saisir la Halde.

M. Jean Claude BEAUJOUR, Avocat associé, axant son intervention sur le point de vue d'un avocat français sur l'expérience américaine des discriminations, souligne qu'on a l'impression qu'en Amérique on a déjà accompli une certaine avancée en matière de discrimination. Le paradoxe vient d'une approche différente de la politique de discrimination.
En Amérique l'approche a été celle de la politique de ségrégation raciale, à la différence de la France.

En Amérique, la lutte contre la discrimination a été un combat d'abord juridique. Le droit a été conçu comme un élément régulateur et d'arbitre. A l'opposé, la France a considéré que la lutte contre la discrimination était d'abord politique, l'Etat jouant un rôle d'arbitre. C'est ainsi que les deux Etats, bien qu'ayant une histoire de discrimination comparable à de nombreux égards, ont structuré et organisé leur société de façon différente.

Les Usa de part leur arsenal juridique, ont voté de nombreuses lois visant à lutter contre la discrimination : notamment le Civil Act de 1875 et sur cette base les tribunaux ont produit un nombre importants de jurisprudence. Les américains ont en effet considéré que Washington était incapable de réguler la discrimination dans les Etats du sud, cette question n'étant pas considérée comme un problème fédéral. D'où la difficulté de cloisonner la société américaine.

A compter de 1945, les pouvoirs publics devaient critiquer un système raciste nazi. Les américains ne pouvaient pas se battre contre la ségrégation raciale du régime nazi et conserver la ségrégation raciale comme un problème non constitutionnel et non fédéral.
C'est ainsi que les 9 juges de la cour suprême ont déclaré anticonstitutionnel le régime de ségrégation racial alors en cours dans certains Etats notamment du Sud.

Dès 1964 une loi est votée pour protéger les noirs américains sur le plan national. On est donc passé enfin d'une bataille purement juridique à une bataille à la fois étatique et juridique. En 1965, une loi décide de réduire l'écart racial pour un besoin de paix social. Egalité de chance = égalité de résultat : c'est l'affirmative action.

Selon Jean Claude BEAUJOUR, en France, il n'existe pas de mécanisme juridique puissant permettant de lutter contre les discriminations à la différence des Usa qui disposent d'un

arsenal juridique important. Malgré tout, dans les deux pays, il reste un projet de société permettant de créer un peuple unique.

M. Christopher MESNOOH, Avocat associé, axant son intervention sur l'expérience américaine et française des discriminations, souligne d'emblée que le problème de discrimination n'est pas identique en France et aux Usa.

La discrimination n'est pas seulement raciale et le fait d'avoir deux candidats démocrates issus des minorités (une femme et un noir), est le résultat de deux siècles de lutte judiciaire. Il ya eu deux amendements :

- la 1ère période qui date des années 40/50 a visé la reconstruction américaine, notamment la construction des droits civiques des afro américains.

La Cour Suprême américaine à compter de 1954 a joué un rôle important en matière de lutte contre les discriminations avec son lot d'arrêts. Il ya également eu différents mouvements étudiants dans les grandes universités qui protestaient contre les injustices de la société américaine.

- la 2è vague date de 1968 qui a posé de façon aigüe la problématique afro américaine. La jurisprudence de la Cour Suprême a continué à jouer un rôle accru dans la lutte contre les discriminations et la télé a joué un rôle de normalisation de la perception de vie des familles afro américaines.

S'agissant de la problématique des communautés, le 11 septembre 2001 a mis en relief les difficultés rencontrées par les communautés arabes et musulmanes aux Usa. Si la France et les Usa rencontrent les même problèmes sur ce point, ils y apportent des réponses différentes.
Aux Usa, il existe une méthode des quotas, de mixages scolaires (on envoie des étudiants noirs dans des écoles des quartiers blancs et vis versa. Sur ce point résultat mitigé).

La différence essentielle entre la France et les Usa sur la lutte contre les discriminations peut se résumer en 3 points essentiels :
*une importance plus accrue du juridique et du judiciaire aux Usa pour lutter contre les discriminations ;
* une culture politique centralisée en France et décentralisée aux Usa pour lutter contre les discriminations ;
* Aux Usa les noirs ne sont pas vus comme les fils ou petits fils d'immigrés comme en France.

Selon Christopher MESNOOH, on parle de discriminations au pluriel. La façon de traiter de la problématique raciale aux usa fournit un progrès remarquable bien qu'incomplet. Il reste des ghettos dans les grandes villes et les sanctions judiciaires sont souvent plus élevées pour les noirs en matière criminelle. S'agissant de la parité homme / femme, elle est remarquable dans le secteur privé, même si dans les grands cabinets d'avocats, peu de femmes sont associés. S'agissant du problème religieux, seules les communautés musulmanes souffrent d'un contexte international pas très favorable.

M. Bernard CAHEN, Président de l'UIA, axant son intervention sur la discrimination et la liberté d'expression, pose d'emblée la question de savoir comment le juge peut décider ce qui va favoriser les progrès en matière de liberté d'expression et de protection des libertés.

Comment en effet protéger ces deux droits parfois antagonistes, notamment avec l'avènement d'internet où prolifèrent parfois des abus. C'est ainsi notamment que s'est crée un site sur les amis de Sarkozy qui tend à démontrer qu'il fait partie du judaïsme et par son élection, la France devient une domination du peuple juif.

Selon lui, il existe plusieurs manières de lutter contre le racisme et l'antisémitisme. En France on a choisi la voie pénale pour lutter contre les discriminations à la différence des Usa. La Halde est une tentative de recherche de solution pragmatique au problème de discrimination sans forcément un jugement de valeur.

La France a tendance à essayer de tout légiférer ce qui peut être lourd et pas efficace. La France choisit donc de lutter contre les discriminations en créant des lois. Aux Usa la voie choisie est celle de la liberté d'expression. Mais le citoyen décide de ne pas y avoir recours car il faut protéger les minorités. Les Usa choisissent de lutter contre les discriminations par la voie judiciaire avec la Cour suprême et ses nombreux arrêts. Les Usa choisissent la voie civile avec des condamnations civiles sévères : le résultat semble plus dissuasif qu'en France, car les dommages intérêts accordés aux victimes des discriminations sont beaucoup plus élevés. Les juges américains semblent très sévères envers les auteurs de discriminations.

Selon Bernard CAHEN, les dommages intérêts alloués par les juges pénaux français ne sont pas du tout dissuasifs. Deux textes semblent également se chevaucher :

- art 10 CEDH : protection de la liberté d'expression ;
- art 17 CEDH : pas de liberté pour les ennemis de la liberté.

Autrement dit, il ne faut pas tomber dans l'abus de droit de la liberté d'expression, notamment face à certains sujets sensibles. Il faut faire attention pour ne pas tomber dans le piège de la vérité unique historique. L'avocat doit être critique face à toutes ces vérités historiques pour pouvoir remplir son rôle de défense » des victimes de discrimination.

M. Rabah HACHED, président de l'AABP, axe son intervention sur la lutte contre les discriminations dans le monde de l'entreprise. La question de la lutte contre les discriminations au sein de l'entreprise est traitée par les articles L. 121-6 du Code du Travail (projet), L122-45 du code du travail et 222-1 du code pénal. Rabah HACHED propose à ce sujet, trois axes de réflexion : l'évaluation de la situation, la discrimination positive et le Cv anonyme.

S'agissant de l'évaluation de la discrimination en entreprise, il n'existe pas à l'heure actuelle de référentiel national de typologies «ethno-raciales». Il n'existe donc pas d'indicateurs «ethno-raciaux» diffusés par les statistiques publiques qui pourraient servir aux employeurs de base de comparaison fiable (indicateurs nationaux ou par bassin d'emploi). « L'employeur public ou privé doit renoncer à enregistrer dans ses fichiers de ressources humaines des données faisant apparaître les origines raciales ou ethniques des personnes compte tenu de la sensibilité de ces données et de l'absence de référentiel « ethno-racial » reconnu en France ».
L'utilisation de statistiques ethniques est actuellement interdite, notamment en raison du caractère non scientifique des critères susceptibles d'être utilisés. L'article 8 de la loi "informatique et libertés" de 1978 interdit le traitement de données "sensibles" comme l'origine ethnique, la religion, les opinions politiques. Cependant le Cnil peut accorder quelques dérogations dans des cas spécifiques. La Halde quant à elle dit « Non à des comptages ethniques ».

S'agissant de la discrimination positive au sein de l'entreprise, celle-ci correspond à l'ensemble de mesures destinées à rattraper certaines inégalités en favorisant un groupe par rapport aux autres. Né aux Usa dans les années 60 et 70 pour favoriser l'intégration des minorités noires et hispaniques, elle donne la priorité à certains groupes grâce à un système de quotas ou de places réservées. Pour certains, une politique de discrimination positive est justifiée car l'égalité des droits est très théorique et ne correspond pas à la réalité. D'autres en revanche estiment qu'il faut surtout éduquer les citoyens au problème car les mesures de discrimination sont inefficaces et stigmatisantes.

S'agissant du CV anonyme, il a été présenté comme un moyen de lutter contre les discriminations à l'embauche. Certains lui attribuent une mission de revitalisation du pacte républicain à l'égard des minorités visibles. En France, le Sénat a voté le 9 mars 2006 un amendement rendant obligatoire l'utilisation des CV anonymes pour les entreprises de plus de 50 salariés. Les sanctions encourues en cas de non respect de l'anonymat des CV seront connues lorsque le Conseil d'État rendra un décret.

Si certaines entreprises sont pour la politique de cv anonyme, telle AXA, certains chercheurs d'emploi arguant d'avoir enfin pu par ce moyen décrocher des entretiens d'embauche, d'autres en revanche y sont hostiles, car inapplicables dans les petites entreprises et/ou inefficaces dès l'entretien d'embauche. Louis SCHWEITZER, président de la Halde considère ainsi dans le quotidien l'Express du 16/03/2006 « comme injurieux de devoir cacher son identité pour décrocher un entretien». La mise en place d'un cv anonyme inquiète également le Medef.

Selon Rabah Hached, à situation grave, réponse choc. Sans enfreindre la loi, il serait utile d'avoir une évaluation fiable et officielle de la situation des discriminations au sein de l'entreprise. Sans la discrimination positive, il serait probablement difficile voir impossible de voir des français issus des minorités occupés certains emplois, et notamment de voir un journaliste issu des minorités visibles au journal de 20h de TF1. Le Cv anonyme apportera forcément une avancée considérable dans la mesure où il permettra au candidat issu des minorités, de pouvoir décrocher un entretien d'embauche et d'obtenir ainsi une chance de mettre en avant ses compétences. En France c'est tellement sclérosé et réseauté qu'il est souvent difficile malgré ses compétences d'intégrer certains corps de métiers. La discrimination positive connaît un succès en Amérique, il serait opportun comme l'a toujours souhaité le président de la République, de la mettre en œuvre et de comparer l'évolution de la situation dans plusieurs années.

M. Carlo BRUSA, président de séance et vice président de l'AABP, souligne que les Usa ont aboli l'esclavage bien après la France, mais paradoxalement ont opéré beaucoup plus de progrès dans la lutte contre les discriminations. Il souligne que Barack OBAMA, candidat démocrate à la présidence américaine est de part ses origines métis, mais paradoxalement considéré comme un noir, donc issu des minorités. Selon lui, la France reste le pays des droits de l'homme même si des progrès notables doivent encore être accomplis quant au droit des minorités.

Après cet exposé, auquel 84 confrères ont participé, s'en est suivi plusieurs questions/réponses très animées.

M. Carlo BRUSA remercie ensuite les différents intervenants et invite l'assistance à se joindre au cocktail de clôture de séance.

Personne ne prenant plus la parole, la séance est levée à 21h30.

Pour Barreau Pluriel
Maître Rabah HACHED
Président