

La discrimination raciale à l'embauche devant le juge pénal *,

A propos de la décision *Moulin Rouge* (1)

par Michel MINÉ, Professeur-associé en droit privé
(Université de Cergy-Pontoise)

PLAN

I. L'identification des personnes discriminées

- A. Un critère d'identification
- B. Une méthode de mesure
- C. L'ethnisation de l'organisation du travail

II. La mise en œuvre de la sanction

- A. L'incrimination pénale
- B. La responsabilité pénale
- B. La réparation civile

Le droit prohibe la discrimination raciale dans l'emploi, grâce à ses instruments élaborés aux niveaux international, européen (communautaire et non-communautaire) et interne. Après les crimes contre l'humanité perpétrés pendant la Seconde guerre mondiale, des textes fondateurs furent adoptés qui visaient à instaurer l'égalité en droit (l'égalité abstraite). Actuellement, une nouvelle impulsion de l'action juridique contre la discrimination raciale dans l'emploi intervient grâce au droit communautaire, notamment avec la directive communautaire 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (3), qui vise à instaurer l'égalité en droit et en fait (l'égalité concrète), en application du Traité d'Amsterdam (4). Ce texte a fait l'objet d'une transposition, encore partielle (5), dans le droit interne, en particulier avec la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 (6) et de manière plus ciblée avec la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 (7).

Agir contre la discrimination raciale à l'embauche et dans l'emploi implique d'identifier les personnes discriminées (8). La mobilisation du droit en matière de discrimination raciale butte encore sur cette difficulté. La décision du juge pénal dans "l'affaire *Moulin Rouge*" constitue une contribution novatrice et significative, pour la réflexion juridique et pour l'action judiciaire, en ce qui concerne la mesure de la discrimination raciale à l'embauche dans une entreprise (I) et la mise en œuvre de la sanction pénale (II). Cette décision emblématique peut utilement être étudiée à la lumière du nouveau droit communautaire.

I. L'identification des personnes discriminées

L'identification des personnes discriminées suppose le choix d'un ou plusieurs critères (A). Ce critère apparaît puis est utilisé dans le cadre d'une méthode

de mesure de la discrimination raciale à l'embauche (B). L'organisation du travail peut ensuite être analysée au regard de ce critère retenu (C).

* Le présent texte développe un point d'une communication présentée à l'ERA (l'Académie de droit européen, de Trèves) lors d'un séminaire de magistrats des Etats de l'Union européenne et des Etats candidats, portant sur « Lutte contre la discrimination : les nouvelles directives de 2000 sur l'égalité de traitement », 31 mars et 1^{er} avril 2003.

(1) TGI Paris, 31^e Ch. correc., 22 nov. 2002, Annexe 1 p. 284 ci-après.

(2) V. De Rudder, « Ethnisation », in « Vocabulaire historique et critique des relations inter-ethniques », Pluriel-Recherches, L'Harmattan, Cahier n° 3, 1995.

(3) Directive « discrimination raciale », JOCE 19 juil. 2000, Annexe 2 p. 276 ci-après.

(4) L'article 13 dispose : « Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Décision du Conseil du 27 nov. 2000 établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination [2001-2006; JOCE 2.12.2000, L 303/23].

(5) La France doit terminer de transposer ce texte en droit interne avant le 19 juillet 2003 [art. 16], notamment en ce qui concerne la création

d'un organisme apportant aux personnes victimes de discrimination une « aide indépendante pour engager une procédure » (art. 13). Cette directive est la seule, parmi les directives portant sur la discrimination, à prévoir de manière impérative la création d'une telle instance.

(6) Sur le droit applicable en matière de discrimination raciale dans l'emploi, voir notamment : A. Gardin et A.-L. Zabel, « Les discriminations raciales au travail », *RJS*, 2/03 ; M. Miné, « La discrimination dans l'emploi », *Sem. soc. Lamy*, n° 1055 du 17 déc. 2001 ; I. Daugareilh, « La lutte contre les discriminations raciales : nouveau combat... nouvelles perspectives? », *RD san. et soc.* 1999-697 ; les numéros spéciaux de *Droit Ouvrier* de juin 2002 (*Harcèlements et discriminations au travail* qui comprend un commentaire spécifique de la loi du 16 novembre 2001), mars 2001 (*Le principe de non-discrimination en droit social*) et mars 2000 (*Le harcèlement dans les relations professionnelles*). Au niveau international : « L'heure de l'égalité au travail », Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, BIT, 2003, Genève, spéc. p. 30-32 et 106-107.

(7) Art. 158, « Lutte contre les discriminations dans la location des logements ».

(8) M. Miné, « Approche juridique de la discrimination raciale au travail », *Travail et Emploi*, n° 80, sept. 1999, spéc. p. 99 et s. « L'identification du groupe discriminé ».

A. Un critère d'identification

La discrimination raciale à l'embauche se constate dans deux types de situations, au regard des personnes concernées, qui appellent des approches juridiques particulières.

Pour les personnes de nationalité étrangère, en France de longue date ou arrivées lors de flux migratoires plus récents, le critère juridique à utiliser ici est celui de la nationalité. Ce critère ne pose pas de problème particulier en cas de refus d'accès à des entreprises privées. En ce qui concerne la plupart des emplois publics et parapublics (ainsi que des professions libérales et commerçantes), l'interdiction d'accès à ces emplois pour les étrangers non-communautaires est largement illicite et la levée de cette interdiction s'avère nécessaire (9).

Pour les personnes de nationalité française, mais « d'origine étrangère », le critère de nationalité est inopérant. Ces personnes, victimes de discrimination raciale à l'embauche, sont, en particulier, les jeunes « issus de l'immigration ». Ils sont souvent exclus de l'emploi salarié ou des emplois qualifiés, davantage en tout état de cause que d'autres jeunes, de parents français, et ce même lorsqu'ils ont réussi leur cursus scolaire voire universitaire (10).

Cette discrimination a fait l'objet d'une reconnaissance récente par les pouvoirs publics (11). Le critère de nationalité étant inadapté pour saisir ces situations discriminatoires, un autre critère est donc à adopter pour les jeunes dits, faute de formule plus satisfaisante, de la « deuxième génération » ou « issus de l'immigration », souvent enfants d'ouvriers immigrés originaires d'Afrique.

En matière d'emploi, quelle que soit la mesure en cause (embauche, affectation, promotion, etc.), le droit

peut permettre de mettre en lumière les discriminations raciales en recourant, dans chaque cas, à un critère d'identification des personnes discriminées, qu'elles soient exclues de l'entreprise ou victimes de ségrégation au sein de l'entreprise. La méthode de mesure révèle le critère performant dans chaque cas d'espèce.

B. Une méthode de mesure

Une méthode s'avère nécessaire pour mesurer la discrimination raciale à l'embauche opérée par l'entreprise.

Il ne s'agit pas de ficher les personnes selon un critère racial, ce qui serait illégal au regard du droit interne (12) et du droit communautaire (13). Il ne s'agit pas ici d'une construction *a priori*. Il s'agit de définir un critère *ad hoc* permettant d'identifier les personnes discriminées dans chaque situation concrète. L'origine apparaît alors le critère le plus performant. Il convient de regarder quelles sont les personnes qui ont été candidates, celles qui ont été retenues et celles qui n'ont pas été sélectionnées : c'est une construction *a posteriori* des catégories discriminées.

L'examen de la politique d'embauche discriminatoire d'une entreprise peut ainsi permettre d'identifier le critère illicite mis en œuvre, à partir des paramètres de sélection (nationalité des parents, patronyme, apparence physique, etc.). Le paramètre illicite utilisé ici par l'entreprise pour sélectionner les candidats, en matière d'embauche et d'affectation, est la couleur de la peau. De nombreux textes interdisent la discrimination en fonction de la couleur (14) et la jurisprudence interne a, de longue date, sanctionné le recours illicite à ce critère (15). Le passé colonial de la France continue de peser lourdement : ceux qui sont les plus victimes de discriminations sont ceux qui ont été colonisés par le pays concerné (16). Les origines des personnes discriminées ici, sur la base d'un critère ethnique de

(9) Note n° 1 du GELD, « Une forme méconnue de discrimination : les emplois fermés aux étrangers », mars 2000. Directive « discrimination raciale », Considérant 13, art. 3.1.a) et art. 14 a). H. Moutouh, « Le bon grain et l'ivraie. Brève histoire de la préférence nationale en droit français », D. 1999, n° 39, chron., p. 419.

(10) M. Viprey, « L'insertion des jeunes d'origine étrangère », CES, mai 2002, spéc. Chap. III ; O. Noël, « Discriminations à l'emploi des jeunes issus de l'immigration : repérages des problématiques », Fasilid, 9 déc. 2002 ; P. Cormont et C. Coquelle, « Discrimination raciale à l'embauche. Etat des lieux », Echanges santé-social, num. spéc. « La lutte contre les discriminations », La documentation française, mars 2001, p. 67.

(11) « Lutte contre les discriminations raciales sur le marché du travail », Ministère de l'emploi et de la solidarité, Circ. DGEFP n° 98-36 du 21 oct. 1998, Dr. Ouv., déc. 1998, p. 543, « Dans le contexte général de lutte contre l'exclusion, et dans le cadre de la politique d'intégration des populations issues de l'immigration menée par le gouvernement, la lutte contre les discriminations raciales est une priorité du gouvernement. (...) ». « Lutter contre les discriminations », rapport de J.-M. Belorgey à la ministre de l'Emploi, La documentation française, mars 1999. Communiqué du Ministre des affaires sociales, du travail et de la Solidarité, du 20 mars 2003.

(12) Constitution du 4 oct. 1958, art. 2. Loi « Informatique et libertés » n° 78-17 du 6 janv. 1978, art. 31, al. 1.

(13) Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, art. 8.

(14) Il s'agit notamment des textes suivants : - Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, du 21 déc. 1965 (décret n° 71-901 du 2 nov. 1971, JO du 7 mars 1966 ; art. 1^{er}) ; - Pacte international relatif aux droits civiques et politiques (art. 2 et 26) et Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 2) du 16 déc. 1966 (décret n° 81-76 du 29 janvier 1981) ; - Convention OIT n° 111, de 1958, relative à la discrimination en matière d'emploi et de profession (décret du 17 août 1982, JO 22 août) ; - Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de 1950, art. 14 (loi du 31 déc. 1973 et décret du 3 mai 1974), révisée notamment par le Protocole n° 11 entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998 et par le Protocole n° 12 du 4 nov. 2000.

(15) En matière de refus d'embauche : Cass. crim. 14 nov. 1989, bull. crim. n° 416 ; CA Paris, 21 janvier 1988, Licra et a., Dr. Ouv. 1988-308, confirmé par Cass. crim. 14 nov. 1989, bull. crim. n° 416. En matière de licenciement : TGI Paris (17^e ch. correc.), 28 mai 1998, Gaz. Pal. 1999.1. chron. crim. p.6. En matière de refus d'un bien ou d'un service : CA Douai, 4^e ch. correc., 25 juin 1974, D. 1975, p. 492 (location d'une chambre d'hôtel), le moyen de preuve évoque déjà le test de situation ; CA Paris, 12 nov. 1974, D. 1975, p. 471 (location d'un appartement).

(16) J. Costa-Lascoux, communication du 16 déc. 2002, Fasilid, Paris, programme communautaire Equal.

couleur de peau, sont d'anciennes colonies (DOM et pays africains) (17). Les personnes sont donc discriminées ici sur la base de la couleur de leur peau, quelle que soit leur nationalité.

Par conséquent, pour effectuer ce travail de mesure, il peut être procédé à la comparaison, à niveau de qualification comparable, entre les profils des candidats, des recrutés et non-recrutés (18). Une telle démarche peut impliquer de faire appel à des données quantitatives, dès lors qu'elles sont fiables et représentatives (19). Certains procédés relèvent de cette démarche, d'identification *a posteriori* des catégories de personnes discriminées, comme le test de situation, le « testing », qui peut constituer un moyen de preuve au pénal (20).

Cette mesure de la discrimination raciale peut également être effectuée en cours d'emploi, notamment en matière de déroulement de carrière (21).

La discrimination raciale est perceptible dans l'analyse de l'organisation du travail de l'entreprise.

C. L'ethnisation de l'organisation du travail (22)

L'organisation du travail reflète et révèle la politique de recrutement de l'entreprise. Ainsi, parfois, l'organisation du travail se construit sur une base ethnique, dépendant largement de l'origine des personnes. La discrimination raciale à l'embauche est la traduction dans la politique de l'emploi, d'une entreprise ou d'une branche professionnelle, de cette ethnisation du travail.

Dans certains cas, l'organisation du travail refuse toute différence, par une négation de l'identité de la personne du travailleur. Des pratiques illégales s'inscrivent dans cette démarche, comme l'obligation illicite imposée à des salariés de « franciser » leur prénom (23).

Mais dans d'autres cas, l'organisation du travail peut être construite sur la base des différences ethniques. Là encore de manière illégale, l'affectation à un poste peut résulter de manière plus déterminante d'un critère racial que de l'évaluation objective des compétences et du niveau reconnu de qualification. Ainsi, le fait d'être d'origine africaine conduit des gardiens de sécurité à être affectés dans des quartiers réputés difficiles ou lors de certaines manifestations sportives mais exclut des vendeurs du contact direct avec la clientèle de certains magasins.

Il en est ainsi dans le cas présent (23 bis), l'entreprise embauche peu de personnes « de couleur » et uniquement pour travailler en cuisine. Ces personnes sont exclues du contact avec la clientèle du seul fait de leur origine et de leur apparence physique qui en découle.

En l'espèce, en ce qui concerne « la répartition ethnique du personnel », sur 82 salariés occupés en salle, 80 sont Européens et aucun n'est de couleur noire, mais sur 6 salariés occupés en cuisine, 3 sont de couleur noire et aucun n'est Européen. L'inégalité de traitement est établie par l'analyse objective de la situation, grâce notamment au travail, de bénédictin, de collecte de l'information réalisé par l'inspectrice du travail (24).

Au niveau global de la Nation, cette ethnisation de l'organisation du travail n'est pas sans conséquence sur l'organisation de l'ensemble de la société. En effet, une telle organisation du travail, renforcée par la discrimination en matière d'accès au logement (25), aux loisirs et de manière générale en matière de consommation (26), favorise le phénomène de repli identitaire dans des ghettos. L'exclusion nourrit le développement du « communautarisme » sur une base ethnique.

La mesure de la discrimination raciale ayant été réalisée, la sanction pénale va pouvoir intervenir.

(17) L'esclavage n'a été définitivement aboli en France qu'en 1848 : Constitution de la 1^{re} République du 4 nov. 1848, « L'esclavage ne peut exister sur aucune terre française » (art. 6). Avec la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 (JO 23 mai, p. 8175), la République française reconnaît que l'esclavage constitue un crime contre l'humanité (art. 1^{er}).

(18) La jurisprudence criminelle admet désormais la preuve comparative en matière de discrimination : Cass. crim. 14 juin 2000, UD Cfdt Rhône c/ P. Fort, Dr. soc. 2000-1035, note J. Mouly, RPDS 2001 p. 249 (discrimination syndicale).

(19) Directive « discrimination raciale », considérant 15 (ci-après p. 277), qui admet le recours à des « données statistiques » ; antérieurement en matière de discrimination entre les femmes et les hommes dans l'emploi : CJCE 27 oct. 1993 Pamela Enderby, aff. C-127/92, rec. p. 5566 ; Y. Leroy, « Les éléments d'appréciation de la discrimination indirecte en matière d'égalité entre hommes et femmes », Dr. Ouv. 2001-229. La directive « discrimination raciale », en matière de discrimination indirecte, sur le terrain civil, se réfère à une disposition, un critère ou une pratique « susceptible » d'entraîner un désavantage particulier (art. 2.2. b) ; cf. jurisprudence de la CJCE sur la liberté de circulation des travailleurs, notamment CJCE 23 mai 1996, O'Flynn, aff. C-237/94, rec. p. 2617 ; le recours à des données quantitatives est possible mais il n'est pas obligatoire.

(20) Cass. crim. 11 juin 2002, bull. crim. 2002 n° 131, p. 482, D., 2002, n° 34, IR, p. 2657 ; Cass. crim. 12 sept. 2000, n° G 99-87.251 D. Cette technique mériterait d'être plus élaborée pour un recours en matière de discrimination à l'embauche. H. Leclerc, « Les

limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels en France », Rev. sc. crim., janv.-mars 1992, spéc. p. 15-18. L. Collet-Askri, « *Testing or not testing ?* La Chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal... », D., 2003, n° 20, p. 1309.

(21) La jurisprudence est encore réduite : CA Paris, 29 janv. 2002, Dr. Ouv. 2002-311 ; CA Paris, 11^e ch. ap. correc. B, 20 mars 1997, n° 4835/96, inédit.

(22) V. De Rudder, « Ethnisation », in « Vocabulaire historique et critique des relations inter-ethniques », Pluriel-Recherches, L'Harmattan, Cahier n° 3, 1995.

(23) N. Negrouche, « Discrimination raciale à la française », *Le Monde diplomatique*, mars 2000.

(23 bis) Annexe 1 préc.

(24) L'Inspection du travail a, enfin, depuis la loi du 16 nov. 2001 préc., accès à tout document existant dans l'entreprise dans le cadre de ses enquêtes portant sur une discrimination, art. L. 611-9 du Code du travail.

(25) Note n° 3 du GELD, « Les discriminations raciales et ethniques dans l'accès au logement social », mai 2003.

(26) L'entreprise pratique parfois la discrimination à l'embauche et dans le même temps la discrimination dans l'accès à un bien ou à un service. Il en est ainsi dans l'affaire TGI Montbéliard, Ch. correc., 7 fév. 2003, Annexe 3 p. 287. Directive « discrimination raciale », qui vise les discriminations au-delà de l'emploi, cons. 12, art. 3 e) f) g) h).

II. La mise en œuvre de la sanction

Le comportement illicite de discrimination raciale à l'embauche étant prévu pénalement, la sanction répressive peut intervenir (A). La responsabilité pénale de cette infraction relève en particulier de la personne morale (B). La sanction pénale s'accompagne de la réparation civile du préjudice causé (C).

A. L'incrimination pénale

a) En ce qui concerne l'élément légal de l'infraction, après la modification législative opérée par la loi du 16 novembre 2001 précitée, le Code du travail et le Code pénal visent désormais de manière harmonisée la discrimination raciale (27). Le droit pénal permet de sanctionner la discrimination raciale directe (28) lors du recrutement (29).

En revanche, le droit pénal ne vise pas la discrimination dans l'affectation, la ségrégation. Par conséquent, celle-ci ne peut pas être sanctionnée en soi sur le terrain répressif (30). L'affectation sur critère d'origine racial, illicite, ne peut donc être sanctionnée que sur le terrain civil et indirectement sur le terrain pénal en répression d'une discrimination à l'embauche (31).

Dans d'autres cas de figure, la discrimination à l'embauche résulte du cumul et de la combinaison de plusieurs critères. Il peut s'agir par exemple de l'origine et de la situation de famille. Ainsi, l'embauche sur critère familial, illégal, exclut dans les entreprises occupant uniquement du personnel français les jeunes français « d'origine étrangère », dès lors victimes d'une discrimination raciale indirecte (32).

b) En ce qui concerne l'élément matériel de l'infraction, en réponse au constat du refus d'embauche, replacé dans le cadre de l'inégalité de

traitement en matière d'affectation (« la répartition ethnique du personnel ») :

– d'une part, l'employeur ne peut produire aucun élément d'évaluation, matériellement vérifiable, des compétences des deux candidats pour justifier le refus d'embauche,

– d'autre part, la tentative d'explication par l'usage souhaité de langues étrangères par les postulants à un emploi de commis ne résiste pas à l'analyse.

L'élément matériel est ainsi établi (cf. jugement p. 284, 7° *Sur les motifs de l'éviction des deux candidats*).

c) En ce qui concerne l'élément moral de l'infraction (33), l'absence d'explication pertinente au refus de recrutement fait présumer l'intention discriminatoire. Cette présomption est aggravée par le constat objectif d'une différence de traitement dans l'affectation. En réponse, l'auteur des faits (l'employeur-président de l'association et le délégataire) ne peut justifier ce refus de recrutement (34).

Par conséquent, le motif réel de refus de recrutement est la couleur de peau des candidats. La prise en considération de ce trait d'apparence physique est nécessairement intentionnelle. Le comportement des personnes physiques, qui participent au processus de recrutement, obéit, en connaissance de cause (35), comme le confirme plusieurs déclarations, à la volonté de porter atteinte à l'égalité de traitement (36). Ainsi, la preuve de l'intention se déduit de la nature même du comportement matériel (37).

La preuve de la discrimination est ainsi rapportée (38). La construction de cette preuve s'appuie

(27) NCP, Titre II Des atteintes à la personne humaine, Chap. V Des atteintes à la dignité de la personne, Section première Des discriminations, art. 225-1 : « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine..., de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race... ». Cette formulation est reprise dans les dispositions de l'art. L. 122-45 du Code du travail.

(28) Directive « discrimination raciale », art. 2.2.a), les deux candidats, en raison de leur origine, sont traités de manière moins favorable que d'autres personnes recrutées (comparaison in concreto). En ce qui concerne les sanctions pénales pour violation du droit communautaire, la CJCE considère que les Etats membres les choisissent librement mais qu'elles doivent avoir un caractère effectif, proportionné et dissuasif (CJCE 2 oct. 1991, Vandevenne, C-7/90, point 13).

(29) Art. 225-2-3° NCP : « discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : (...) A refuser d'embaucher (...) ». Ancien art. 416-3° modifié issu de la loi n° 72-546 du 1er juil. 1972 relative à la lutte contre le racisme (art. 7); *Différences*, juin-juillet 2002, n° spécial édité à l'occasion du trentième anniversaire de la loi du 1er juil. 1972. Directive « discrimination raciale », art. 3.1. a).

(30) M.M., « La discrimination dans l'emploi », préc., spéc. p. 21 « Défaut d'harmonisation des textes sur le plan pénal ».

(31) TGI Lyon, 5e Ch. correc., 2 avril 2001, Ikea, Annexe 4 p. 292.

(32) Cass. soc. 1er juin 1999, Banque populaire savoisiennne de crédit c/ Mme Meynet, Dr. Ouv. 1999 p. 289 n. P. Darves-Bornoz, JCP E n° 48 - 2 déc. 1999, obs. M.M.; la « préférence familiale » met alors en œuvre la « préférence nationale » illégale.

(33) Art. 121-3 NCP : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre (...) ».

(34) « C'est l'objectivité et le caractère pertinent des justifications présentées par l'employeur qui conditionnent l'issue du litige », A. Cœuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec, 2e éd. 2000, p. 334, § 791. La preuve du caractère légitime de l'inégalité de traitement « peut être considéré comme un fait justificatif spécial, à la charge du prévenu », J. Mouly, obs. sous Cass. soc. 4 juil. 2000, SA Verdomme c/ Gisbert, Dr. soc. 2000, p. 921.

(35) La seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale implique de la part de son auteur l'intention coupable (jurisprudence constante depuis Cass. crim. 25 mai 1994, bull. crim. 203).

(36) A. Cœuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, préc., p. 332 § 788. En matière de délit d'entrave, la jurisprudence considère que seul un dol général est nécessaire (volonté consciente d'enfreindre la loi pénale, le caractère volontaire de l'acte suffit à caractériser l'intention, p. 280 § 654). A. Cœuret, « Entrave et discrimination », Dr. Ouv. 1987-447, spéc. p. 461. La situation apparaît désormais comparable en matière de discrimination.

(37) F. Desportes et F. Le Guehec, « Le nouveau droit pénal », T. 1, 2e éd., 1996, Economica, spéc. p. 360-361, § 473.

(38) Note n° 2 du GELD, « Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve », oct. 2000.

notamment sur les résultats de l'enquête de l'Inspection du travail et sur le témoignage d'un agent du service public de l'emploi (39).

B. La responsabilité pénale

La discrimination raciale à l'embauche à l'encontre des personnes de couleur noire, pour les emplois en salle, a ici un caractère systématique, sur une longue période. Cette discrimination raciale semble d'ailleurs s'accompagner d'une discrimination sexuelle (le personnel comprend seulement 5 femmes sur 88 salariés, aucune n'étant affectée en salle). L'organisation du travail est ainsi parfois basée, de manière illégale, sur des données à la fois ethnique et sexuelle (40).

Cette infraction n'est pas commise par un individu agissant de sa propre initiative pour son propre compte. En effet, la discrimination raciale à l'embauche relève ici d'une politique d'entreprise. Cette infraction est imputable à la personne morale. La responsabilité pénale de la personne morale (RPPM), qui n'est pas générale mais spéciale, peut ici être retenue (41). Le choix de politique pénale, du Parquet, de poursuivre puis, du Tribunal, de sanctionner la personne morale est pleinement justifié. La politique de discrimination raciale à l'embauche est décidée et mise en œuvre, notamment par son dirigeant, au profit de la personne morale.

Les deux conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale de la personne morale sont ici réunies (42). D'une part, l'infraction est commise par un représentant de la personne morale (l'employeur ou son délégataire). Le processus de sélection discriminatoire

à l'embauche résulte d'un choix de la direction de l'entreprise. D'autre part, cette infraction est commise pour le compte de la personne morale. L'association employeur attend un bénéfice commercial d'image auprès de la clientèle en la mettant en contact avec des salariés de « couleur blanche » (43).

La responsabilité pénale de la personne morale se cumule avec la responsabilité d'une personne physique (44). La personne physique est ici condamnée en qualité de complice de la personne morale (45). Le défaut de poursuite à l'encontre de l'employeur (le dirigeant ou son délégataire) comme coauteur de l'infraction pourrait en revanche être discuté (46).

Le travail judiciaire permet ici la déconstruction et la mise en cause du processus discriminatoire de recrutement et d'affectation. Il ne s'agit pas ici seulement de sanctionner un employeur qui a commis une infraction de discrimination raciale à l'embauche lors d'une affaire individuelle perçue de manière isolée, comme c'est trop souvent le cas dans la plupart des (rares) condamnations prononcées pour ce type de délit (47). A partir du refus d'embauche de deux personnes, le juge va analyser en amont la politique d'entreprise en matière de recrutement et également d'affectation des salariés. Le juge établit un diagnostic large de la réalité (la répartition ethnique du personnel) et ensuite établit la cause de cette réalité (la politique discriminatoire de recrutement). L'infraction poursuivie est ainsi replacée dans son cadre d'ensemble.

Ainsi, les « discriminations systémiques » ne sont pas le résultat d'un système (le processus de recrutement de l'entreprise) sans acteur. Elles peuvent être révélées et sanctionnées, en évitant la dilution des responsabilités,

(39) Voir précédemment : CA Grenoble, 1^{re} Ch. correc., 18 avril 2001, Annexe 5 p. 295. La démarche des agents du service public de l'emploi s'inscrit dans le cadre des orientations ministérielles. La circulaire du ministère du travail, préc., précise que : « Dans les cas de comportements discriminatoire manifeste, et pour lesquels son action de médiation n'aura pas abouti, l'ANPE devra informer le Parquet ». « Les deuxièmes entretiens de l'emploi », ANPE, mars 2001, Actes, « Le recrutement dans le nouveau contexte économique et technologique », spéc. p. 159 « Discriminations et recrutement : entre cadre législatif et usage », F. Beaujolin, « Comment interroger les pratiques discriminatoires », sur la façon dont les discriminations pèsent sur les agents de l'ANPE. Cass. crim. 30 janv. 1990, D. 1990, somm. p. 86 ; TGI Toulon, Ch. correc., 11 avril 2003, Annexe 6 p. 295.

(40) Directive « Discrimination raciale », cons. 14. M.-T. Lanquetin, « La double discrimination à raison du sexe et de l'origine ethnique », Rapport FasilD/Dares/Droits des femmes, déc. 2002. A. Ardura et V. Simon, « Combattre les discriminations en Europe : expériences de luttres contre les discriminations à l'égard des femmes immigrées » (Programme de recherche Codelfi, Commission européenne DG V), Rapport final janv. 2001, Iséres. F. Gaspard, « Lutter conjointement contre le racisme et le sexisme », discours prononcé lors de la 45^e session de la Commission sur le statut des femmes (Nations unies), ProChoix, n° 18, été 2001, p. 9.

(41) Art. 121-2 NCP al. 1 : « Les personnes morales... sont responsables pénalement... dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, (...) ». Art. 225-4 NCP : « Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement... des infractions définies à l'article 225-2 (...) ». (cf. discriminations). Pour une mise en œuvre de la RPPM en matière de discrimination syndicale : CA Amiens, 6^e Ch. correc., 10 avril 2003, SA Casino cafétéria SAS, arrêt n° 613. A, inédit ; TGI Bastia, 3 juin 1997, Rev. sc. crim. 1998.99, obs. Y. Maysaud (infirmé par CA Bastia, Ch. ap.

correc., 21 janv. 1998, inédit, rejet du pourvoi par Cass. crim. 13 avril 1999, inédit). A. Cœuret et E. Fortis, préc., spéc. p. 155 et s. P. Guerdet, « La poursuite et la répression pénales des discriminations en droit du travail », Dr. soc. 1995.447, spéc. p. 450. F. Desportes et F. Le Gunhec, préc., spéc. p. 431.

(42) Art. 121-2 NCP al. 1 : « Les personnes morales... sont responsables pénalement... dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants (...) ».

(43) Cette exigence de couleur blanche de la peau ne saurait constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante, Directive « discrimination raciale » art. 4. Une attente discriminatoire de la clientèle, réelle ou supposée, ne peut constituer une justification. Au regard du droit communautaire, des dérogations limitées peuvent être accordées (notamment pour des emplois de comédiens, comme en matière de discrimination sexuelle ; ainsi l'interprétation du rôle d'Othello, de Shakespeare, pourrait être confiée de préférence à une personne de couleur noire...). Une exigence professionnelle essentielle et déterminante pourrait constituer un fait justificatif.

(44) Art. 121-2 NCP al. 3 : « La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits (...) ».

(45) NCP, art. 121-6 : « Sera puni comme auteur le complice de l'infraction (...) », art. 121-7 : « Est complice... d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation (...) ».

(46) La RPPM implique le constat préalable d'une faute intentionnelle de la personne physique-représentant de la personne morale, A. Cœuret et E. Fortis, préc., spéc. § 376.

(47) En France, environ une vingtaine de condamnations pénales par an sont prononcées. Note n° 2 du GELD, préc., annexe 2.

en appréhendant les responsabilités de la personne morale et de personnes physiques (48).

Il s'agit là d'une démarche stimulante. L'apport de ce jugement est sur ce point également à souligner.

C. La réparation civile

Les parties civiles, un candidat à l'emploi et également l'association (49), obtiennent le versement de dommages-intérêts.

Il convient de rappeler que dans toutes les procédures, pénales, civiles et administratives, le droit interne doit être interprété, à la lumière du droit communautaire. Cette obligation s'impose « à toutes les autorités des Etats membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles » (50).

En matière de discrimination raciale, le droit communautaire prévoit que les sanctions, applicables aux violations des dispositions internes adoptées en application de la directive, doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives » (51). Cette exigence concerne en particulier le niveau de la réparation civile accordée aux personnes ayant été discriminées. En cas d'impossibilité de remise en l'état, la réparation sera indemnitaire. Il en est ainsi en matière de refus d'embauche, pour les personnes qui ne sont pas encore salariées de l'entreprise (52). Lorsque la réparation pécuniaire est retenue, elle doit être adéquate, en ce sens qu'elle doit permettre de compenser intégralement les préjudices subis (53). Les juridictions devront donc, à l'avenir, tenir compte de cet impératif quant au montant des réparations civiles octroyées aux parties civiles.

La mesure et la sanction judiciaire de la discrimination raciale à l'embauche est une question essentielle pour les années à venir dans le monde du travail et dans la Cité. Il en est ainsi en France et également dans l'ensemble de l'Union européenne (54).

Il en est ainsi notamment quand cette discrimination est pratiquée à l'encontre de jeunes français « issus de l'immigration », en particulier lorsqu'ils sont diplômés. Ces jeunes, citoyens de la République, doivent accéder à l'entreprise, à égalité de traitement avec les autres jeunes de parents français (55).

La discrimination raciale à l'embauche entraîne l'exclusion et porte gravement atteinte à la cohésion sociale (56). Sa sanction judiciaire est de nature à restaurer, notamment chez les jeunes directement concernés, la confiance dans l'Etat de droit et en particulier dans la Justice. Le procès pénal permet de réprimer les comportements délictueux qui mettent en cause l'ordre public, d'affirmer la valeur sociale d'égalité et de valider la parole des victimes. Ainsi, il remet en cause l'intolérable tolérance dont bénéficie la discrimination raciale.

Le droit peut devenir une « menace crédible » (57) pour faire reculer sensiblement les discriminations en vue de les éradiquer. Au-delà de la lutte contre la discrimination raciste (intentionnelle, réprimée pénalement), le droit peut être mobilisé contre la discrimination raciale (systémique, résultant d'un processus de domination sociale, réparée civilement). La méthode de mesure de la discrimination raciale, mise en œuvre ici par le juge pénal, pourra utilement être mobilisée, par le juge civil, pour saisir les discriminations raciales indirectes.

Mai 2003
Michel Miné

(48) « Approche juridique de la discrimination raciale au travail », préc., p. 99.

(49) Directive « discrimination raciale », art. 7.2. Les associations et les organisations syndicales de salariés peuvent agir en justice en matière de discrimination raciale, selon différentes modalités et sur différents terrains [Associations : art. 2-1. NCPP, art. 122-45-1 al. 2 du Code du travail ; Organisations syndicales : art. L. 411-11 et L. 122-45-1 al.1 du Code du travail]. S. Pisk et N. Ventura, « Victime ou témoin de racisme : comment agir ? », Ed. du Rouergue - MRAP, 2002. La directive « discrimination raciale » demande aux Etats de prendre « les mesures appropriées afin de favoriser le dialogue entre les partenaires sociaux » et d'encourager « les partenaires sociaux... à conclure... », des accords » (art. 11).

(50) CJCE 13 nov. 1990, Marleasing SA, aff. C-106/89, point 8.

(51) Directive « discrimination raciale », art. 15. CJCE 21 sept. 1989, Commission c/ Rép. Hellénique, aff. 68/88, points 24 à 26.

(52) L'employeur dispose du libre choix de ses collaborateurs (DC 20 juil. 1988, D. 1989, p. 269, note F. Luchaire), sous réserve de ne pas discriminer. L'article L. 122-45 du CT ne prévoit la nullité de l'acte qu'à l'égard du salarié, mais pas à l'égard d'un candidat à un emploi. La situation est différente pour les salariés en période d'essai.

(53) CJCE 2 août 1993, Helen Marshall, aff. C-271/91 Rec. 1993 p. I-04367, point 26 ; concl. Av. gal. W. Van Gerven, 26 janv. 1993. Les composantes essentielles du dommage, causé par la discrimination, sont au titre des dommages patrimoniaux, la perte d'actifs matériels, le manque à gagner, et, le cas échéant, le dommage résultant du retard dans l'exécution de l'obligation

concernée, et au titre des dommages extrapatrimoniaux, le dommage moral et, éventuellement, le dommage corporel lié à la dégradation de la santé (cf. CA Paris, 29 janv. 2002, préc. ; CPH Moulins, départ., Michel Buisson c/ Carcoop, Dr. Ouv. juin 2002, p. 326).

(54) La directive « discrimination raciale », spécifique à un type de discrimination, est la première directive adoptée, parmi les nouvelles directives portant sur les discriminations, et également celle dont le délai de transposition est le plus court. Ces choix manifestent l'urgence de la situation en la matière pour les institutions communautaires. Les Etats membres ont l'obligation d'atteindre le résultat prévu par la directive et le devoir de prendre toutes mesures propres à assurer l'exécution de cette obligation (CJCE 10 avril 1984, S. Von Colson et E. Kamann, point 26, aff. C-14/83, Rec. p. 1891), afin de garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire (art. 10 du Traité). Le droit communautaire impose aux Etats membres de réparer les dommages qu'ils ont causé aux particuliers en raison de l'absence de transposition d'une directive (CJCE 14 juil. 1994, Paola Faccini Dori, aff. C-91/92, point 27, Dr. Ouv. 1995.37 n. M. Bonnechère).

(55) « Un français sur cinq a un parent ou un grand-parent étranger », INSEE, P. Bernard, « Immigration : le défi mondial », Gallimard, 2002.

(56) Directive « discrimination raciale », cons. 9. L'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession est l'un des quatre évangiles de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail (2.d), du 18 juin 1998.

(57) E. Serverin, « Sociologie du droit », La Découverte, 2000.