

RENCONTRE DU 20 MAI 2008

LA Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité HALDE

Jean-Michel OLIVIER, Président de l'AFERP

Le Président, Jean-Michel Olivier remercie M. Luc Ferrand, qui est magistrat, en détachement pour exercer les fonctions de Directeur des affaires juridiques de la HALDE, de bien vouloir animer ce dernier petit déjeuner de l'AFERP avant notre Assemblée Générale qui aura lieu le mercredi 11 juin prochain. C'est donc notre dernière manifestation de l'année « universitaire », mais une manifestation extrêmement importante.

La HALDE est très présente sur les ondes, entre autres le dimanche matin, sur Europe n°1, elle est une sorte de nouveau « bon Docteur Schweitzer » qui n'est pas le docteur des corps, mais celui des cœurs, si l'on peut dire. La HALDE est aussi présente dans la presse : on n'ouvre pas un journal sans que ses activités soient évoquées. Ainsi, dans le « Monde » du 16 mai, on apprend qu'une salariée assigne Eurocoptère devant les prud'hommes. Eurocoptère venait d'avoir le « label parité » pour non discrimination et cette ancienne cadre, ayant manifestement subi des harcèlements plus moraux que sexuels d'après ce que j'ai compris, la HALDE s'est associée pour cela à son action dans une délibération datée du 14 avril 2008. Donc la HALDE est bien là, quelque fois même un peu trop là où on ne l'attend pas. Les juristes ont pu remarquer, dans la « revue droit social » de septembre octobre 2007, qu'un de mes collègues, professeur à Paris II et pénaliste, a écrit un article qui s'intitule : « La Halde, une haute autorité de trop, propos hétérodoxe sur un transfert de répressions ». On a parfois l'impression, bien que je me réjouis de l'existence de la Halde, qu'en tant qu'Autorité administrative indépendante, elle se montre, comme les autres, très indépendante afin de prendre son autonomie et son envol, notamment par rapport aux magistrats. Mais comme vous avez la double casquette, vous êtes certainement plus à même d'en parler que moi, qui ne suis ni magistrat, ni directeur des affaires juridiques de la Halde.

Je vous passe donc la parole M. Ferrand, en disant, comme un ancien homme politique, mais qui n'est plus de notre monde et d'ailleurs je m'étais déjà fait reprendre à l'époque par un professeur, un jour que j'avais terminé une petite synthèse en le disant que la Halde, cela doit être finalement « globalement positif ». Je vous laisse le soin d'arbitrer la question.

Luc FERRAND, Directeur des affaires juridiques de la HALDE

Merci beaucoup Monsieur le Président. Je tiens d'abord à vous rassurer sur l'état de santé mentale du magistrat qui va parler devant vous ce matin. Il n'est pas frappé de schizophrénie, car il a le sentiment, au terme de trois années de fonction en qualité de directeur juridique de la Haute autorité, de n'avoir jamais franchit la ligne qui sépare le droit de l'équité et d'avoir à chaque fois qu'il a rapporté devant le collège de la Haute autorité une décision, fût-elle en équité, c'était dans le plus strict respect de la règle de droit.

Ce dont nous allons parler aujourd'hui, en quelques mots introductifs, c'est de règles de droit méconnues et de ce qu'implique la méconnaissance de ces règles de droit. C'est souvent une immense surprise qui frappe ceux qui découvrent une décision de la Haute autorité. Ce qui les

frappe aussi beaucoup, c'est la procédure qu'elle développe, qui est totalement exorbitante du droit commun, mais ceci n'a rien à voir avec le droit du fond qu'elle est censée contribuer à faire respecter ; c'est bien davantage la manifestation de la difficulté à la placer dans l'ordre juridique interne, quelque part entre les juridictions et les pouvoirs d'investigations des corps de contrôles à qui pourraient revenir tout naturellement les missions qu'elle exerce.

Je me plais d'ailleurs à la définir comme un monstre juridique et cela m'a été abondamment reproché par certains membres du barreau ; c'est un monstre juridique en ce qu'elle cumule différentes prérogatives sur lesquelles nous pourrions revenir ensemble, si vous le souhaitez.

Bien que cela ne soit ni ma culture, ni ma tradition, je vais rompre avec le plan traditionnel en deux parties et quatre sous-parties, parce qu'il ne me paraît pas strictement approprié à l'exercice de description d'une créature qui à défaut d'être totalement un monstre juridique ou une chimère, comme et j'aurai l'occasion d'y revenir, cela a pu être plaidé par la chambre sociale de la cour de cassation, est, à tout le moins, un ensemble protéiforme qui a du mal à rentrer dans les carcans habituels qui sont les nôtres ; donc, je vais me laisser emporter par la digression à l'anglo-saxonne et à l'orée de la 17^{ème} ou de la 18^{ème} sous-partie, vous ne saurez plus où vous en êtes et moi non plus, ce sera donc le temps des questions.

D'abord, qu'est-ce que cette Haute Autorité ? C'est une autorité administrative indépendante ; c'était, lors de sa création en décembre 2004, le dernier avatar d'une longue lignée de produits juridiques qualifiés de « sui generis » par la doctrine et qualifiés, de manière plus hasardeuse, par la jurisprudence.

Ce n'est plus le cas aujourd'hui, puisqu'elle a eu la chance d'être rejointe, tout récemment, par le contrôleur général des prisons qui, lui, n'a pas encore la bonne fortune de bien vouloir exister et est destiné, dans le cadre de la procédure de révision constitutionnelle, à rejoindre très probablement le nouveau défenseur des droits qui sera, lui, l'ultime produit de cette lignée regroupant très probablement, selon mes informations, sous une seule et même casquette, à l'image de ce qui existe de l'autre côté des Pyrénées, le Médiateur de la République, la Commission nationale de Déontologie de la Sécurité, le Contrôleur général des prisons, et peut-être la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations, qui se verrait réduite au rang de satellite d'un super médiateur, mais ceci est encore d'une actualité juridique en devenir...

Donc, en 2004, la dernière autorité administrative indépendante créée devait trouver sa place parmi les modèles existants, que vous savez relativement différents, avec cette idée principale de constituer l'image d'une certaine diversité renvoyant à la composition du corps social, afin de lui donner une légitimité d'intervention en matière de discrimination.

Nous avons donc hérité d'une composition collégiale qui s'inspire peu ou prou de la composition de ce qui fut en son temps la commission nationale compétente en matière d'audiovisuel, qui faisait suite elle-même à la Haute autorité de l'Audiovisuel et qui préfigurait l'actuel Conseil supérieur de l'Audiovisuel (je ne me souviens plus de son intitulé exact). Ce qui m'inquiète dans cette démarche, c'est que cette Commission à l'époque succédait à une première Haute autorité ; serait-ce que les Hautes autorités ne sont pas destinées à avoir longue vie ? Cela rejoint le propos que je tenais immédiatement plus haut.

Cette institution collégiale, sensée représenter la diversité et calquée sur cette Commission défunte, cela donne comme résultat un collège de 11 membres nommés par toutes les autorités publiques, constitutionnelles ou non, que le législateur, dans sa grande sagesse, a pu recenser. Parmi eux et au premier rang, le Chef de l'Etat bien sûr, puis le Président du Sénat, celui de l'Assemblée Nationale (j'essaie de respecter l'ordre protocolaire mais je pourrais me tromper), le Premier ministre, le Président du Conseil Economique et Social, le Vice-président du Conseil d'Etat, le premier Président de la Cour de Cassation. J'espère n'avoir oublié personne, cela ressemble un peu trop à la distribution d'un film qui serait projeté actuellement dans des locaux plus ensoleillée que les nôtres, en temps ordinaire.

Le Collège comprend, finalement, seulement deux juristes : le représentant du vice-président du conseil d'état, et le représentant du premier président de la cour de cassation ; petite subtilité pour l'ordre judiciaire, la définition des conditions de nomination est telle que le premier président peut s'affranchir de choisir un magistrat de la cour ; il peut choisir en fait qui il veut et, lors du premier renouvellement du collège, l'actuel premier président de la cour de cassation, M. LAMANDA, a fait le choix du Président du tribunal de grande instance de Versailles et non pas d'un membre de sa Cour ; cela mérite d'être souligné parce que du coup le rapport de force entre le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation au sein du collège, peut s'en trouver rompu, je dirais de quelle manière, et cela peut inquiéter les juristes.

Bien que notre République, comme vous le savez, soit strictement égalitaire, laïque et respectueuse des principes d'indépendance, pour autant, le collège de la Haute Autorité est déjà marqué, à l'occasion de son premier renouvellement, par une attitude intéressante qui serait celle des fonctions héréditaires ou en tout cas des fonctions transmissibles. En effet, au départ, dans le premier collège, il y avait un représentant de la libre pensée, une représentation des femmes avec la présidente de l'Association « ni putes ni soumises » qui a été ensuite promise à un destin fameux, puisqu'elle est devenue « Secrétaire d'Etat ».

Et bien, lors du renouvellement du Collège, nous avons vu avec bonheur nous rejoindre un nouveau représentant de la libre pensée (cette fois-ci nous avons changé de sexe, nous sommes passés de l'ancien président du Grand Orient à l'ancienne présidente de la grande loge française) et la présidente de « ni putes ni soumises » a été remplacée par la vice-présidente de « ni putes ni soumises » qui, dans la foulée, est devenue Présidente de cette association. Mais cela n'est peut-être pas pour surprendre les lecteurs du « figaro » qui avaient vu qualifier le Président de la Haute autorité, M. Louis Schweitzer, par un journaliste de ce journal de « duc et pair de la république » (sic).

J'en termine avec ces petites digressions cruelles pour vous donner un peu une idée de la composition habituelle du collège de la Haute Autorité. Donc, on y trouve, pêle-mêle, des représentants de l'entreprise avec la Directrice des ressources humaines d'un grand groupe de restauration industrielle, Mme SCHOUARD, également un représentant du courant syndical, en la personne de Nicole NOTAT, même si elle devenue depuis chef d'entreprise, deux vice-présidents, dont je n'ai pas parlé jusqu'à maintenant, parce qu'ils ont trop brillé par leur discrétion, et un vice-président que l'on entend beaucoup sur les ondes, en la personne de l'ancienne ministre en charge du handicap qui assure, pour sa part, au sein de la Haute Autorité, une action extrêmement déterminée en faveur du déploiement du dispositif d'accompagnement de la loi de 2005 sur les personnes handicapées.

Vous savez que cette loi a considérablement bouleversé l'ordre juridique de protection en faveur des personnes handicapées qui désormais se voient reconnaître toute une série de droits qui vont trouver à s'exercer très concrètement dans les dix ans de l'entrée en vigueur de la loi, ce qui fait que la date d'entrée en vigueur de chacun des décrets a une importance particulière parce qu'il marque le début du compte à rebours, jusqu'à l'échéance du délai de dix ans. Au terme du délai de dix ans, il faut être en ordre. Des exemples extrêmement simples et concrets, tirés de la vie quotidienne, peuvent vous éclairer sur la force de cette loi.

D'ici 2017 en fait, compte tenu du retard pris dans l'application des décrets pris par le Gouvernement, tous les lieux accessibles au public devront être entièrement accessibles aux personnes handicapées, ce qui signifie que le moindre commerce, la moindre administration de l'Etat ou des collectivités publiques ou territoriales devront être entièrement accessibles à toutes personnes handicapées.

Donc une personne handicapée devra, non seulement pouvoir y entrer, mais circuler totalement quelque soit l'ampleur de son handicap et donc imaginez tout simplement un restaurateur parisien dont les lieux d'aisances se trouvent très généralement au sous-sol, il devra entreprendre de vastes travaux et le fait que ce lieu ne soit pas accessible sera sanctionnable par la loi et notamment par le droit de la discrimination.

J'en terminerai, avec cette parenthèse, pour vous dire que Mme Boisseau, ancien ministre en charge du handicap, représente, au sein du collège de la Haute Autorité, l'intérêt vigilant du déploiement d'un dispositif extrêmement original au regard de ce droit national de mise en œuvre très effective des normes nouvelles. L'autre vice-président, Claude-Valentin Marie, est connu pour avoir été le Président du Groupe d'Etudes de Lutte contre la discrimination qui préfigurerait en quelque sorte la Haute Autorité de la lutte contre les discriminations.

Ce groupe d'études avait notamment mis en place, et c'est une singularité de la Halde de l'avoir repris, un numéro d'appel d'urgence pour les personnes qui s'estimaient, à l'époque, victimes de discriminations raciales ; c'était le seul critère de compétence du numéro d'urgence, le 114, et je vous dirai un mot tout à l'heure de l'extension des prérogatives de la Halde au regard du concept de discrimination qui ne comporte pas que des questions de racisme, bien évidemment.

On trouve également, au sein du collège de la Halde, cette représentation du courant de la libre pensée dont je vous parlais, la représentation du courant des femmes issues de l'immigration plus une autre représentation des courants issus de l'entreprise ou des chefs d'entreprises, mais, cette fois-ci, plutôt sous la casquette de l'appareillable en entreprises et puis, je vous l'ai déjà dit, les représentants de l'ordre juridique.

C'est un collège extrêmement diversifié dans sa composition qui, sur le plan de la gouvernance de la Halde, puisque c'est un des éléments que vous avez retenu, n'est pas véritablement une institution collégiale au sens où le magistrat aimerait l'entendre. Il est évident que la très grande différence de parcours professionnel, de culture professionnelle, donne à ce collège une très grande hétérogénéité et que l'on ne peut pas, et le juriste que je suis peut le regretter, assister à des débats juridiques aussi touffus que ceux que pourraient être les débats de délibéré d'une assemblée juridique de haut niveau, telle qu'on pourrait l'imaginer si c'était une sous-section du Conseil d'Etat ou une Chambre de la Cour de Cassation. En revanche, la richesse du débat est ailleurs, elle l'est particulièrement sur

l'appréciation des faits puisque la Haute Autorité est saisie en fait et en droit, et elle l'est aussi, de manière très aiguë, sur les conséquences de la décision. Nous y reviendrons tout à l'heure.

Les pouvoirs de la Haute Autorité donnent la possibilité d'adopter des mesures extrêmement variées et l'idée du collègue, dans sa diversité, c'est toujours de rechercher la mesure la plus adaptée à la situation concrète de la personne qui attend d'elle une réponse. Le collègue s'appuie sur deux services : le service de la promotion de l'égalité, qui est en charge des questions de prévention, pour faire simple, et la direction juridique, qui est à la fois chargée de conduire les enquêtes, de présenter les dossiers instruits et à régler au Collège (c'est votre serviteur qui les rapporte) et de l'exécution des décisions, du suivi de l'exécution de ces décisions.

Quand on énumère ces différentes phases d'une procédure conduite devant la Halde, on comprend bien qu'il s'agit d'un monstre juridique parce qu'aucune institution ne réunit sous l'autorité d'un seul chef de service, autant de compétences contradictoires au sens de la Convention Européenne des droits de l'homme.

Pour les juristes, s'est immédiatement posée la question de la conformité des pouvoirs et des prérogatives de la Haute autorité, notamment de ses prérogatives d'enquêtes, avec l'article 600 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Cela a donné lieu à des débats théoriques relativement circonscrits ; mais un certain nombre d'avocats se sont emparés de la question en se posant une sous-question par rapport à la question principale : la Haute autorité devrait-elle respecter ou non le principe de contradiction ? Tout cela est désormais tranché, de même que la portée juridique des décisions prises par la Haute Autorité. Cela mérite que l'on s'y arrête un instant, en rappelant tout d'abord quels sont les pouvoirs d'enquêtes de la Haute autorité pour bien comprendre quelle doit être la valeur du respect ou du non respect du principe de contradiction et cela permet également de dégager quelle est la valeur juridique des décisions qu'elle prend.

Je dis classiquement que les pouvoirs d'enquête de la Haute Autorité sont des pouvoirs calqués sur ceux des services de police enquêtant en matière préliminaire. Il s'agit donc de pouvoirs d'investigation, compris à la fois sur pièces et sur place pour reprendre le mot habituellement utilisé pour qualifier les missions des juges des comptes.

Donc, enquêtes sur pièces, la Haute Autorité a la possibilité, dès lors qu'elle est régulièrement saisie par une personne qui s'estime victime de discriminations, d'interroger les personnes qui sont mises en cause par le saisissant (que dans le jargon de la maison l'on appelle le « réclamant » puisque la loi qualifie l'acte de saisine de réclamation). Donc, pour les besoins de l'exercice, je vous demande de retenir le terme de « réclamant ». Les personnes mises en cause par ce réclamant sont celles qualifiées au cours de la procédure tout simplement de mise en cause ; ce ne sont pas des concepts bien complexes.

Donc, on peut demander aux mis en cause de communiquer tout document ayant une relation quelconque avec la réclamation elle-même. Pour prendre un exemple concret, dans l'hypothèse où la Haute autorité serait saisie par le salarié d'Eurocopter, je prends cet exemple parce qu'il est toujours frais dans ma mémoire, qui s'estimerait victime de discrimination dans le déroulement de sa carrière, et qui considérerait que son licenciement est le fruit de cette discrimination.

La Haute Autorité va demander notamment à avoir accès à son dossier personnel pour regarder comment la carrière de l'intéressé s'est déroulée, et, s'il doit y avoir des points de comparaison notamment en matière de rémunération, la Haute autorité pourrait accéder à tous les documents concernant la gestion du personnel, par exemple les registres du personnel, mais également tous les états de payes et ainsi tous les livres sociaux de l'entreprise.

Si la Haute Autorité devait comparer le cursus de cette salariée au regard des discriminations fondées sur le sexe, par exemple, elle pourrait s'emparer du bilan social de l'entreprise pour apprécier la description faite par l'entreprise elle-même de la comparaison des carrières « hommes-femmes » au sein des établissements. Ce ne sont là que quelques éléments d'appréciation.

La Haute Autorité peut également, comme la police en matière préliminaire, procéder à des auditions et elle peut également procéder à des visites domiciliaires. Pour autant ses deux derniers pouvoirs sont encadrés, plus sévèrement que ne sont encadrés les pouvoirs de police judiciaire.

En matière d'audition, toute personne qui est entendue peut-être assistée d'un conseil, et ce conseil peut bien sûr être un avocat, ce n'est pas le cas évidemment lors des enquêtes préliminaires conduites par la police judiciaire et, s'agissant de visites domiciliaires, la Haute Autorité a une obligation de prévenance. Ce n'est bien sûr pas le cas dans l'affaire ci dessus, mais évidemment, les conditions de la perquisition, hors du cadre de flagrance, sont soumises à des conditions strictes.

Alors, est-ce que ces prérogatives sont efficaces ? Je dirais que oui, dans toutes les affaires ; est-ce que cela réside dans la peur d'une autorité nouvelle ou est-ce que cela réside dans la bonne volonté des personnes mises en cause ? En tout cas, dans la quasi totalité des affaires conduites, il n'y a pas eu d'obstructions au pouvoir de la Haute Autorité.

La loi a prévu que la Haute Autorité puisse surmonter cette obstruction éventuelle d'une part, en usant de mises en demeure, mais en règle générale cela suffit, et, subsidiairement, en saisissant le juge des référés pour sauter l'obstacle de l'obstruction réitérée malgré la mise en demeure.

A ce jour la Haute Autorité n'a jamais eu à recourir au service, si je peux m'exprimer ainsi, du juge des référés, qu'il soit civil ou administratif. Donc la phase d'enquête est une phase généralement fructueuse ; elle se conclut par la délivrance d'un acte, que l'on appelle, la « notification des charges » qui ne figure nul part, ni dans la loi, ni dans le décret, qui est une création prétorienne, si je peux ainsi m'exprimer, de la Haute Autorité.

Le collègue, après un peu plus de 18 mois d'exercice, donc autour de 2007-2008, avait souhaité que la direction juridique utilise un acte qui était un acte strictement interne de récapitulation en fait, un peu comme les conclusions récapitulatives en procédure civile ou un peu comme l'ordonnance de règlement prise par le substitut en matière pénale, avant bouclage du dossier par le magistrat instructeur ; donc cet acte interne, qui servait à éclairer le Président de la Haute Autorité sur les possibilités d'audiencement d'un dossier pour être rapporté devant le Collège, est désormais exploité en direction des parties pour créer une phase contradictoire dans une procédure que le législateur avait voulu, vous l'avez compris, strictement

inquisitoriale, puisque dans la police, l'enquête préliminaire, c'est une phase strictement inquisitoriale.

Donc, ouverture d'une phase contradictoire qui présente un intérêt très évident parce que, dans un certain nombre de procédures, le mécanisme de preuves civiles, je dis bien, de preuves civiles, va être administré ainsi que la procédure d'aménagement de la charge de la preuve.

Pour que l'aménagement de la charge de la preuve, qui est une création de droit communautaire, puisse pertinemment fonctionner et juridiquement être valable, il faut, qu'au cours d'une enquête de discrimination, qu'il s'agisse d'une enquête conduite par les parties elles-mêmes dans le cadre d'un procès civil, ou de celle conduite par la Haute autorité dans le cadre de ses prérogatives, qu'un certain nombre d'indices précis et concordants soient réunis, sans que pour autant une preuve formelle, permettant de poursuivre l'action au pénal, soit réunie.

Si ces indices sont suffisamment précis et concordants, ils doivent être communiqués, soit par la partie demanderesse, soit par la Haute Autorité, aux défendeurs ou à la personne mise en cause ; celle-ci a l'obligation de répondre selon le principe du droit communautaire et si la réponse qui est produite n'est pas justifiée, au sens du droit communautaire, par un motif légitime et par la démonstration que la mesure qui avait été prise et qui est critiquée comme potentiellement discriminatoire, est proportionnée et appropriée, donc si cette réponse n'est pas correctement articulée sur ces trois concepts de légitimité – proportionnalité -mesures appropriées, la preuve contraire n'étant pas rapportée, la charge de la preuve est à ce moment là inversée ; c'est la fin logique du mécanisme d'aménagement de la preuve et, dans cette hypothèse ultime, les indices suffisent à démontrer la discrimination.

Donc, l'avantage de cette phase de « notification de charges », dans le jargon de la Haute autorité, c'est qu'elle met en demeure le « mis en cause » de répondre, aux indices réunis lors de l'enquête, en essayant de justifier la décision qu'il avait prise (et qui est remise en cause par l'enquête) sur les trois critères que je viens d'évoquer ; son silence ou une réponse inappropriée suffisent à emporter potentiellement la conviction du collège et ultérieurement peut-être la conviction d'un juge.

Une fois que l'on a décrit cette procédure dans tous ses tenants et ses aboutissants, comme je viens de le faire, on ne s'est toujours pas intéressé à l'objet sur lequel se penche la Haute autorité. Il s'agit, vous l'avez rassemblé dans une formule parfaitement exacte dans votre invitation, de toutes les discriminations prévues par la loi et les engagements internationaux de la France. C'est un champ extrêmement vaste que le temps qui m'est donné aujourd'hui ne me suffira pas à épuiser ; donc, je serai obligé de procéder par définition d'ensembles et de sous-ensembles.

Les puristes et praticiens du code du travail ne m'en voudront pas ; je n'ai pas encore parfaitement assimilé la nouvelle nomenclature du code du travail ; je sais pourtant que nous avons tous eu le temps de le faire et je suis comme le capitaine d'un paquebot France pris dans la tempête : je me réfugie toujours précipitamment dans ma cabine ; je soulève mon sous-main, je consulte fébrilement mes notes et je découvre que bâbord est à gauche et que tribord est à droite et le bateau rentre toujours au port.

Vous savez que le « France » est fini, qu'on est en train de le détruire, qu'il n'a jamais coulé, contrairement à d'autres fleurons de la marine. Je ne prétends pas être le capitaine d'un aussi beau bateau, un autre s'en occuperait mieux que moi, mais pour ce qui est de mes responsabilités propres, je me suis fait une petite table que je n'ai pas pris la précaution d'emporter avec moi et donc, je vous invite, pour ceux que cela intéresse, à vérifier la table de concordance, de retour dans vos fonctions respectives, entre l'ancien code du travail et le nouveau pour vérifier que le texte « sources principales » en droit de la discrimination, c'est évidemment, en matière d'emploi, l'ancien article L 122-45 du Code du Travail ; j'ai eu tellement de mal à retenir celui-ci que je vous demande un peu d'attention du côté du code pénal, parce que la singularité du droit français est d'avoir fait coexister une répression civile et une répression pénale.

Nous avons trois articles clefs qui, eux, ont été intégrés directement dans la nouvelle nomenclature du nouveau code pénal, donc, pour moi, cela a été plus simple, parce que je fais partie des gens qui ne connaissent que la rédaction de l'article 122-45 et n'ont jamais pu retenir l'article de remplacement ; vous voyez comme je suis déjà moi-même un fossile ! C'est terrible ! Donc, dans le Code pénal, il s'agit des articles 225 -1 ; 225 -2 et 225-3. Je cite d'abord ces articles parce qu'il y a une très forte concordance apparente entre ces deux grands textes de sources « code du travail et code pénal ».

Le code du travail comme le code pénal ont repris pour l'essentiel les définitions des directives communautaires qui intéressent le droit français de la discrimination. Il s'agit des directives en matière d'emploi, bien sûr pour l'essentiel, en matière d'accès aux biens et aux services, dont la transposition est actuellement en cours d'achèvement.

Cela nous donne les deux grands secteurs de discrimination (je vais en dire encore un mot tout à l'heure). Les articles clefs reprennent surtout la liste des critères de discrimination, c'est-à-dire, les motifs, pour parler un peu juridiquement. Ces motifs sont énumérés dans le 1^{er} alinéa de l'article L 122-45 de l'ancienne rédaction du Code du Travail et sont repris en définition à l'article 225-2 du Code Pénal ; les champs et domaines de discrimination figurent eux à l'article 225-1 et dans la suite de l'article L 122-45 car le code pénal est plus large : il retient non seulement l'emploi mais les activités économiques et ce que l'on appelle les biens et services en droit communautaire (pour l'essentiel l'activité contractuelle de la vie quotidienne), ce qui veut dire que le simple fait d'entrer dans un commerce en vue de rechercher la fourniture d'un bien ou d'un service suffit à vous placer sous la protection du code pénal en matière de droit à la non-discrimination.

Les choses sont beaucoup moins évidentes en matière civile où il faut se référer à une mosaïque de textes, notamment des lois civiles ont été étendues avec les amendements Mermaz au domaine du logement pour le droit de la non discrimination. S'agissant des fonctionnaires de l'Etat et des autres Collectivités, on trouvera dans leurs statuts une série de dispositions qui décalquent en quelque sorte presque parfaitement le code du travail, mais il y a quelques scories, volontaires ou involontaires, selon le niveau de protection que l'on a voulu donner à certains agents publics, notamment au regard de leur statut.

Je ne vous en donnerai qu'un exemple : les magistrats n'ont pas de passerelle entre leur ordonnance de 1945 qui vaut statut et le statut général de la fonction publique ; donc, en théorie, un magistrat n'est pas protégé en matière de droit de la discrimination.

La jurisprudence administrative pourrait être plus audacieuse parce que très souvent, c'est une variable très importante pour les juristes, le Conseil d'Etat ayant estimé qu'il pouvait aller chercher directement dans le code du travail, c'est une technique bien connue, la règle de protection et l'étendre juridictionnellement aux agents publics quelque soit leur statut.

Cela s'est produit notamment pour certains membres de corps médicaux ou d'agents des collectivités territoriales, ainsi que pour certains militaires dont les régimes de protections ne coïncidaient pas strictement avec les régimes communs de droit public. Potentiellement donc le Conseil d'Etat pourrait aller chercher, pour les magistrats, une règle du droit du travail ou une règle générale s'appliquant à l'ensemble du domaine public de droit commun, je vous le dit sans vouloir leur être désagréable, et faire un sort commun aux magistrats et aux fonctionnaires du statut général.

Cette mosaïque est pour l'instant peu lisible, il faut bien le reconnaître. En termes de normes, on renvoie à une série de textes assez limités ce qui aboutit dans le domaine du handicap à une matière des plus fourmillantes, vous l'avez déduit de mon propos introductif.

En effet, suite à la loi de 2005, pas moins d'une centaine de décrets ont été entrepris. Mais il y a aussi une autre source abondante, vous vous en doutez, c'est évidemment la jurisprudence. Il y a de grands lieux de foisonnement de cette jurisprudence, ce sont les Cours européennes qui rendent, depuis 1981 surtout, des décisions qui font véritablement de la victime potentielle ou avérée de discrimination ce qu'un éditeur sur la place de Paris a osé qualifier (et je reprends le mot parce que je le trouve extrêmement bien senti), « un homme nouveau ».

La victime de discrimination émerge dans toutes ses variables de vie privée et publique comme un homme nouveau en droit et c'est véritablement un appel au juriste à ré-appréhender entièrement la définition qu'il avait du principe d'égalité pour concevoir comment, désormais, le sujet de droit français va évoluer, sous la pression du droit de la non discrimination, qui touche finalement toutes les sphères de la vie civile, au sens classique de l'état des personnes, de l'état civil au sens large, avec les différents actes de volonté reconnus par l'Etat, notamment l'engagement matrimonial.

La législation française sur le pacs, telle qu'elle est désormais interprétée par les Cours européennes, est source de droits beaucoup plus nombreux que ceux qui ont été édictés simplement dans la loi lorsqu'on la croise avec le prisme des directives européennes ; ensuite, dans la vie quotidienne, le moindre engagement contractuel ou la moindre esquisse de volonté d'engagement contractuel peut suffire à le placer là aussi sous la protection du droit à la non discrimination.

Cela vaut bien sûr pour ce qui fait l'essence de la vie économique de l'individu, le contrat de travail, l'engagement ; que ce soit au sein de la fonction publique ou au sein d'entreprises, l'activité économique fait de tout un chacun un sujet de protection et un objet de réflexion.

J'ai déjà dit qu'il y avait deux grands prismes à croiser pour avoir un petit éclairage sur ce que c'est que le droit sur la discrimination, c'est à la fois la combinaison d'un champ, c'est-à-dire un domaine, un lieu d'expression de la discrimination (il n'y a pas d'excellents termes juridiques, peut-être que « domaine » serait le plus précis) et le critère de discrimination. Sans la réunion de ce domaine et de ce critère, il n'y a pas de solutions juridiques possibles.

Pour donner quelques exemples, on peut être discriminé dans l'emploi en raison de son sexe, ou dans l'accès aux biens et aux services en raison de son apparence, ce qui nous entraîne dans des abîmes de perplexité...

Le travail de la Haute Autorité est peut-être un travail de « mosaïste » mais, si on prend un peu de recul, c'est comme une peinture impressionniste : plus on s'éloigne de la mosaïque, plus l'ensemble apparaît peu à peu plus clairement. Il est difficile de prendre beaucoup de recul, seulement après trois ans, mais je m'y suis employé, à différentes reprises, et je vais essayer, en peu de temps, de vous dresser un portrait qui ne serait pas trop flou, parce que nous ne serions pas trop près de l'objet.

Je dirais d'abord que la Haute Autorité a été très largement déterminée dans ses travaux par ce que l'on a bien voulu lui donner. Dans les prérogatives de la Haute autorité, il y a ce que l'on appelle l'auto-saisine, mais je crois pouvoir dire qu'elle n'a pas abusé de cette faculté qui a été déléguée par le Collège au Président lequel s'est montré prudent et n'a pas, contrairement à ce que certains ont pu dire ou écrire, en ne s'emparant pas de tout ce qu'il estimerait être des sujets qui donneraient de la résonance à l'action de la Haute Autorité ou qui interférerait très directement avec le champ du droit ou avec le champ du politique.

Je crois que, malgré toutes les critiques que j'ai pu entendre, la Haute autorité s'est montrée prudente et raisonnable en ne cherchant pas à s'ériger en un cinquième pouvoir qui viendrait perturber le jeu des trois pouvoirs constitutionnels. Si certains considèrent que le pouvoir judiciaire n'est pas un Pouvoir, mais une simple autorité qui serait confrontée à une trop Haute autorité, je crois pouvoir rétablir cela dans ma conclusion tout à l'heure. Donc, peu d'auto-saisine, mais parfois sur des sujets difficiles et qui ont été ressentis comme douloureux. Il y a eu une auto-saisine marquante de la Haute autorité sur la loi dite « Heurtefeux » où toute la question de l'intervention de la Haute Autorité s'est posée surtout en termes « du moment » de l'intervention.

La Haute Autorité, quand elle n'est pas saisie par une personne physique ou morale, peut s'auto-saisir quand elle l'entend et peut rendre également sa décision comme elle l'entend, sans être soumise à l'appréciation d'un quelconque délai raisonnable.

Ce qui a fait la singularité et la dessus je ne vous cacherai pas (il n'y a pas dans ma bouche de langue de bois), c'est que la Haute Autorité s'est prononcée, après la décision du Conseil constitutionnel censurant pour partie d'ailleurs la loi dite « Heurtefeux ». Pourquoi être intervenu après le Conseil constitutionnel ? Sans doute par prudence, pour ne pas courir le risque d'être potentiellement désavouée par le Conseil constitutionnel, mais, plus subtilement (et là je reconnais l'intelligence de la Haute Autorité) pour être un serviteur du droit et pas un maillon.

Le contrôle du Conseil constitutionnel ne porte jamais sur la conventionalité de la loi. Or, vous avez compris que tout le travail de la Haute autorité vise à éclairer le droit interne par rapport aux engagements internationaux de la France que ce soient les normes issues de l'Union européenne ou les conventions signées dans le cadre de l'ONU ou d'autres engagements internationaux ailleurs.

Je pense à une affaire en germe devant la haute autorité, l'affaire « Mainvielle », qui va passionner les juristes spécialistes de droit international privé pour déterminer si la

convention bilatérale qui unit la France et les Pays-Bas en matière de nationalité après mariage contracté, est ou non source de discrimination ? et aussi pour savoir si le mariage contracté à l'étranger, s'il n'a pas de valeur juridique en France, dès lors qu'il n'est pas reconnu par la loi française, est pour autant dépourvu complètement ou non d'effets juridiques ? Voilà ce à quoi réfléchit aujourd'hui la Haute autorité pour vous en donner une petite image. Il s'agit d'une auto-saisine pratiquée avec modération.

La saisine elle-même peut émaner d'un particulier qui, pour être recevable devant la Haute autorité, doit remplir les trois critères que l'on remplit habituellement devant le juge judiciaire, de la même manière que devant tous les juges : critères de capacité juridique bien entendu, de qualité à agir et d'intérêt à agir.

Je dois vous dire que la Haute Autorité exerce un contrôle extrêmement strict sur ces trois critères parce que si ces trois conditions ne sont pas réunies et si ce n'était pas apprécié strictement, la Haute autorité serait débordée d'une foule de réclamations, beaucoup de réclamations étant sans rapport exact avec l'objet précis dont elle doit s'occuper.

Aujourd'hui c'est assez terrifiant : 80% des réclamations sont hors champs, comme on dit joliment, c'est-à-dire, ne relèvent pas de la compétence « *ratione materiae* » de la haute autorité. 80% donc de rejet après un examen sommaire, la Haute autorité s'étant dotée d'une structure souple mais efficace de contrôle des réclamations sur le modèle de la procédure de réadmission qui existe devant les Cours suprêmes françaises.

Sur les 20% restant, on peut tirer une statistique intéressante des matières dont a été saisie la Haute Autorité. Je dirais, qu'en moyenne tendancielle sur trois ans, 30% des réclamations portent sur le domaine de l'emploi, ce domaine étant entendu dans toutes ces acceptions ; il se redivise lui-même par moitié entre l'emploi public, pour tous les agents du secteur public quelque soit leur statut, dès lors qu'ils sont protégés par un contrat de droit public et, pour le reste, l'autre moitié, il s'agit de l'emploi privé et donc de contentieux relevant du Conseil des prud'hommes.

Les autres variables sont nettement moins significatives. En terme de volume, avec la foule des champs que j'ai évoqué tout à l'heure, quand on a presque un tiers sur un objet particulier, on a nécessairement un effet d'éclatement sur le reste. Je dirais que les grandes masses sont : - le logement : de l'ordre de 10 à 15%, cela change d'une année sur l'autre mais on reste toujours dans ces proportions ; il se divise par moitié, entre le logement public (en fait, l'accès aux HLM, parce que toute la législation sur les attributions définit des critères et pour partie ces critères recourent les critères de discrimination, notamment le handicap, la situation de fin de vie, etc.) et l'accès au logement privé qui lui-même se découpe en sous-ensembles ; cela va de l'accès à la location (le plus difficile en matière de discrimination n'étant pas de conserver son logement mais d'en trouver un, alors qu'en matière de HLM le déroulement du bail a aussi un grand intérêt. Qui plus est, cela peut paraître surprenant, mais l'important, c'est l'accès à la propriété immobilière.

On trouve, finalement, à peu près les mêmes comportements discriminatoires dans la tentative de location que dans celle d'achat. Je vais vous donner des exemples, parce que ça n'est peut-être pas suffisamment concret : la Haute autorité a rendu un certain nombre de délibérations que je trouve extrêmement intéressantes, qui sont aisément accessibles sur son site.

Désormais elle a un site très simple et très lisible et un moteur de recherche efficace ce qui n'était pas le cas avant, donc on ne vantait pas les mérites du site, mais aujourd'hui, le site est très accessible et il y a un espace dédié aux juristes dans lequel on peut naviguer, sans rencontrer trop d'écueils, notamment par mots clefs de champs et de critères, et, ainsi, on peut faire des recherches sans trop de difficultés.

S'agissant de la discrimination sur l'âge en matière d'accès au logement, je donnerai l'exemple d'une résidence dite « résidence-services », résidence du troisième âge, dont on a refusé à une candidate l'achat, au motif qu'elle avait plus de 80 ans.

C'est évidemment strictement prohibé en droit et la disposition résultait du règlement intérieur de la copropriété. On a vu, à l'inverse, des copropriétés refuser la vente à des étudiants, étudiants un peu fortunés, qui souhaitaient acheter : très belle résidence, située près du campus d'une grande école. Des étudiants souhaitaient être tout près de leur lieu de scolarité et d'autre part faire un investissement mais, manque de chance pour eux, ce n'étaient pas leurs parents qui se présentaient, mais eux directement; la copropriété avait émis son veto par anticipation et donc dans le règlement intérieur figurait l'interdiction absolue de vendre aux étudiants de cette grande école, qui n'est pourtant pas réputée pour son dilettantisme, et ses mauvaises mœurs.

Donc, ce sont des choses auxquelles, c'est vrai, on ne pense pas couramment ; on a plutôt une photo de la discrimination centrée sur les questions de racisme ; ce n'est pas faux, du côté des critères. Cependant la loi, et spécialement l'article 225-2, en énumère 18 aujourd'hui ; c'est d'une richesse infinie et certains critères sont protéiformes par nature. Ces 18 critères sont là aussi très différemment représentés dans les réclamations dont a été saisie la Haute autorité ; je dirais, pour l'essentiel, qu'un tiers des discriminations sont fondées sur l'origine (je préfère le terme « origine » au terme de « race », mais on retrouve dans les différents textes dont je vous ai parlé, tantôt le mot « origine », tantôt le mot « appartenance à une nation, à une ethnie, à une race etc. » ; c'est vrai que le mot race, c'est malheureux, il a été traduit directement de l'anglais et on a toute sorte d'interprétations; on pourrait trouver de meilleure équivalence en français. Nos homologues belges y ajoutent des guillemets ; les guillemets, comme disait un de mes professeurs, on ne les entend pas à l'oral).

Derrière l'origine, au sens large, qui regroupe donc les quatre variables dont je viens de vous parler, on va trouver l'état de santé et le handicap, qu'à la Haute Autorité nous avons soigneusement pris soin de grouper, parce que la frontière juridique entre les discriminations relatives à l'état de santé et celles relatives au handicap est à peu près impossible à tracer et il est évident que les maladies dégénératives débouchent inéluctablement à un moment quelconque sur une situation de handicap au sens de la loi ; les successeurs des COTOREP ont, eux, des critères très précis pour définir ce qui est une situation de handicap, la Haute autorité n'est pas un expert médical et donc n'a pas à qualifier nécessairement le handicap ; il suffit qu'elle dise « en raison de son état de santé » et cela englobe la totalité.

Ce domaine est de l'ordre de 15% suivi, très loin derrière, par l'appartenance syndicale, autour de 5%, alors que, vous le savez, le combat syndical a été un fer de lance de l'affermissement du droit de la discrimination dans ce pays.

A peu près au même niveau, la discrimination sur le sexe, alors que, là aussi, on sait bien que l'emploi est le premier champ ; donc, si le sexe arrive si loin, c'est très paradoxal, puisqu'en

matière d'emploi, et spécialement d'emploi privé, on sait bien qu'en matière de rémunération les femmes sont moins bien rémunérées que les hommes. La barre est repassée de 17% en 2007 à 23% en 2008, en terme de différentiel ; non seulement la situation est récurrente, mais surtout elle s'aggrave, ce qui n'est pas bon signe, sans doute, en matière de lutte contre la discrimination.

Les problèmes ne sont pas les mêmes dans la fonction publique, j'allais dire dieu merci, mais on va retrouver des variables de déroulement de carrière et, là, les freins à la progression des femmes vers des postes de responsabilité sont quasiment identiques dans les secteurs privés et publics. Il est intéressant de voir que la motivation des notateurs tourne souvent autour du critère de la situation de famille, la femme étant considérée comme incapable d'accéder à des fonctions de responsabilité parce que ses charges personnelles sont trop lourdes et les notateurs l'écrivent...

Dans le secteur privé, il y a un handicap supplémentaire (si j'ose m'exprimer ainsi, mesdames pardonnez moi cette formulation malheureuse) qui émerge très fortement, malgré le petit nombre de saisines, c'est la situation maternelle, au sens premier du terme, l'annonce d'une grossesse, ou le retour de congé de maternité ; ce sont des points particulièrement difficiles en matière de gestion de carrière qui donnent fréquemment lieu à des discriminations. Il y a des licenciements masqués par des motifs tirés « d'insuffisance professionnelle » ou de « perte de confiance, au moment de l'annonce de la grossesse, de même qu'il y a des reclassements discriminatoires au retour du congé de maternité, et plus souvent d'ailleurs au retour du congé parental. Donc voilà l'état des lieux.

Au terme de ces trois ans d'activité, la HALDE a eu à préciser et à défricher un certain nombre de concepts parfois, par nature, protéiformes ; à quoi renvoie aujourd'hui, en droit français, par exemple, les notions de « mœurs », d'« apparence physique » ? Il n'y a pas là dessus de jurisprudence.

Quand la loi pénale a été votée, la notion de mœurs ne s'entendait pas comme une notion d'orientation sexuelle, mais, malheureusement pour le code pénal, entre temps, les transpositions successives des directives ont fait qu'à été ajouté, à la notion de mœurs, dans la liste des critères de discriminations en droit du travail comme en droit pénal, la notion d'orientation sexuelle

Que veut dire aujourd'hui la notion de mœurs, si on ne la renvoie pas directement à la notion d'orientation sexuelle ? C'est une question que le collège de la Haute autorité a eu à résoudre ? C'est là que sans doute, on peut parler de trop Haute autorité puisque, dans le silence de la jurisprudence des deux ordres, étant confronté à une réclamation où le réclamant qualifie autant bien qu'il le peut sa demande alors qu'il n'est pas juriste, la haute autorité doit répondre.

Elle s'est intéressée à la notion de mœurs et a conduit des travaux de réflexion assez attentifs en extirpant ou en ressuscitant, c'est une vieille technique mais je ne voudrais pas être trop critique, les interprétations les plus classiques de la notion de mœurs, avant l'intervention du droit le plus contemporain. Elle s'est notamment référée à l'interprétation romaine de la notion de mœurs et elle s'est aperçue, à cette occasion, que le législateur antique avait voulu entendre par là les habitudes de la vie courante, de la vie de chaque jour.

Cela a permis à la Haute Autorité de faire entrer dans ce concept la notion que je qualifierais de « mode de vie » ; cela lui a permis notamment de dire qu'on ne pouvait pas refuser l'embauche d'une personne qui fume, au motif qu'elle est fumeur, dès lors que ceci n'interfère en rien avec l'exercice de ses missions professionnelles (on pourrait reprocher à un fumeur son absentéisme, puisque désormais nous ne pouvons plus fumer dans les locaux professionnels, il perdrait trop de temps à discuter avec ses collègues ou avec les passants sur le seuil du lieu de son exercice professionnel, mais on ne peut pas préjuger de cette attitude fautive au moment de l'embauche et donc l'attitude de l'employeur qui refuse l'embauche au motif que les fumeurs renverraient une image de soi dégradée, me paraît assez bien entrée dans cette définition des mœurs); qu'est-ce que les mœurs, sinon l'interprétation que l'on peut donner de l'image que renvoie la personne ? c'est d'ailleurs le même raisonnement qui a été suivi pour le concept d'apparence physique ; il y a une erreur commune, au sens plein et entier en droit, qui voudrait que l'apparence physique pourrait s'interpréter comme la sanction, au détriment de l'employeur, d'un refus d'embauche au motif que l'on aurait les cheveux trop courts, trop longs, trop jaunes, rouges, verts etc.

Je crois que le droit pénal est d'interprétation stricte.

La Haute Autorité a considéré que l'on ne pouvait pas blâmer pour cela un employeur ; donc, il n'y a pas, pour autant, eu de jurisprudence pénale ; peut-être parce que, par sa grande sagesse, le parquet n'a jamais poursuivi la dessus ; mais nous n'avons pas la possibilité de freiner les réclamations ; au contraire, quelques uns d'entre vous s'en sont émus ; nous faisons beaucoup de « tam tam » pour reprendre l'expression d'un membre éminent du Conseil d'Etat pour nous faire connaître ; dès lors, vous l'avez compris, laissons venir à nous beaucoup de demandes extrêmement intéressantes et complexes à résoudre.

En revanche, la Haute Autorité a pu estimer, mais c'est peut-être une voie un peu dangereuse qu'elle a suivie, qu'aujourd'hui le droit français n'entendait pas assez clairement la notion d'apparence physique, et même la notion de sexe, dans la variable d'appréciation « intuitu personae » de la personne à recruter.

Vous savez qu'aujourd'hui le code du travail ne permet la discrimination à l'embauche sur le sexe que pour les acteurs, mannequins et modèles. Or, il peut y avoir, en matière d'apparence physique, comme en matière de sexe, des conditions substantielles de l'emploi qui font que l'on va écarter l'un ou l'autre candidat. Je prendrais un exemple, qui j'espère ne vous choquera pas, dans une catégorie sélectionnée à Cannes, mais peu diffusée dans les salles de cinéma compte tenu des régimes de prohibition qui s'exerce en France depuis 1975.

Dans ce monde très interlope du cinéma dont il ne fait pas bon parler ici, une candidate a un emploi de « lolita », blonde, d'origine africaine, femme mure, voire simple pour ne pas être trop désobligeant, a saisi la Haute Autorité parce qu'elle n'avait pas été recrutée.

Donc, la Haute Autorité a dit que, dans son cas, si on appliquait strictement le droit du travail, elle était victime d'une discrimination, mais ce sont de bien grands mots pour ce type d'art ; il serait, pour autant, aberrant de contrarier la liberté créatrice du réalisateur et la Haute Autorité n'avait pas à le faire. Le législateur devrait donc réfléchir à assouplir un peu les critères du code du travail, en ne se contentant pas de réserver la question du sexe, mais en envisageant qu'on peut aussi vouloir choisir un acteur, un mannequin ou un modèle, par exemple, sur l'image de lui qu'il renvoie.

Autant on ne pourrait pas refuser d'embaucher un salarié au seul motif qu'il est fumeur, autant on ne pourrait pas nécessairement devoir recruter un homme pour interpréter le rôle de Vénus, par exemple, même si, à la Comédie française, on a franchi bien d'autres écueils aujourd'hui.

« Conditions substantielles » : le Gouvernement s'est emparé de cette notion, dans le cadre de l'actuel travail de transposition des directives ; il y a une espèce de loi balai qui vient de tenter d'éviter à la France les sanctions communautaires, pour manquement et défaut de transposition ; il n'est pas certain, au demeurant, qu'elle y arrive, en essayant de combler ce défaut.

Tout va dépendre de la rédaction exacte ; la commission paritaire du parlement s'en est saisie il y a quelques jours ; ensuite, cela dépendra évidemment de ce que les juridictions du travail, notamment, vont faire de cette notion de « conditions substantielles de l'emploi », mais il est hautement probable que, demain, les juridictions du travail seront confrontées à un nouveau concept, tiré de la directive emploi européenne qui n'avait pas été valablement transposée jusqu'à présent mais qui est, maintenant, trop bien transposée.

Donc, on pourrait échapper au droit de la discrimination dès lors que l'on démontrerait que la condition substantielle du poste proposé fait que l'on ne pourrait pas, en raison d'un critère de discrimination qui viendrait nier cette condition substantielle, recruter la personne, sans que, pour autant, il s'agisse d'une discrimination.

Au terme de cet aperçu, il est possible de conclure sur ce qu'est la discrimination. Ce serait, à la fois un traitement différencié entre deux personnes, placées dans des conditions de valeur équivalente, non justifiable. Pour l'illustrer par des exemples, supposons deux candidats, de mêmes valeur à un emploi : l'un se verrait refuser l'embauche, non pas pour ses compétences puisqu'elles sont les mêmes que celles de son concurrent, sachant qu'il a suivi la même formation dans la même grande école, a la même expérience professionnelle au sein du même grand groupe international et a exercé des missions très comparables. Qu'est-ce qui va faire que ma liberté de choix entre ces deux candidats de rang équivalent est libre, absolument libre, ou au contraire contrainte ?

Le fait que le candidat qui se présente devant moi est protégé ou non par l'un des 18 critères de discrimination que j'ai évoqué tout à l'heure. Comment ne pas tomber sur le coup de la loi anti-discriminatoire en motivant et en justifiant que j'ai fait le meilleur choix possible, au regard du poste et des critères intuitu personae qui ne sont pas ceux ciblés par les 18 critères de discriminations ? Je pourrais peut-être me sortir plus habilement de cette démonstration si une des conditions substantielles de l'emploi fait que je peux écarter la personne.

Je pense que nous sommes arrivés là à une définition à peu près satisfaisante.

Un dernier mot maintenant sur la valeur des décisions de la Haute Autorité : elles ont été appréciées, et par le Conseil d'Etat et par la Cour de Cassation. Par le Conseil d'Etat, dans une série de décisions rendues le 13 juillet 2007 ; c'était important car un groupe de décisions rendues le même jour par la même formation a plus de sens ; donc, le Conseil d'Etat a considéré que la procédure contradictoire n'avait pas à être respectée, que l'absence de contradictoire n'entachait pas les décisions de la Haute autorité d'un défaut quelconque, d'un vice juridique quelconque parce que ces décisions ne posent pas griefs, qu'elles sont donc susceptibles de recours.

D'autre part, la Cour de cassation a statué récemment, par un arrêt du 17 avril 2008, sur la recevabilité des observations de la Haute Autorité devant elle, et à cette occasion, elle a, là aussi, balayé les défauts qui pourraient être tirés d'une clause de sauvegarde de l'article 6-1 de la Convention européenne.

C'était un litige, sur lequel je ne vais pas entrer dans le détail des faits, mais qui opposait un salarié de l'établissement qui gère le Synclotron à son employeur, au motif qu'il s'estimait victime d'une discrimination sur sa nationalité, parce qu'il ne percevait pas de primes d'expatriation, alors qu'il était venu de Suède travailler en France au Synclotron et que seuls les salariés étrangers qui avaient suivi le même mouvement géographique pouvaient bénéficier de cette prime.

La Cour de cassation, il y a quatre ans de cela, pour une affaire comparable, avait rejeté la discrimination. D'autres salariés ont saisi la Haute autorité qui a considéré, pour sa part, qu'il existait bien, là, une discrimination fondée sur la nationalité, et parallèlement les salariés avaient saisi les Conseils des prud'hommes ; la Cour d'appel leur avait donné tort, se fondant sur l'arrêt de la Cour de Cassation, précédemment intervenue. Les salariés engagent donc un pourvoi et se posent la question de l'intervention de la Haute Autorité devant la Cour. La Haute Autorité tient, de son article 13, la possibilité de formuler des observations devant toutes les juridictions, en quelque état que ce soit la procédure ; c'est donc la possibilité, pour elle, d'intervenir directement devant la Cour de Cassation, comme devant le Conseil d'Etat.

Au Conseil d'Etat, cela n'avait jamais posé de problèmes ; à la Cour de Cassation, c'était la première fois que la Haute autorité intervenait directement, donc, elle n'avait pas connu de phases antérieures de contentieux. L'avocat, en défense au pourvoi, a formé un incident, à 36 heures de l'audience, estimant que la Haute autorité n'avait pas suivi une procédure contradictoire et que cela était contraire à l'article 6 ; petite particularité : elle n'a pas voulu soutenir son incident à l'audience mais elle l'a développé dans sa réponse au fond. On pourrait s'interroger d'ailleurs, sur le point de savoir si la Cour était, ou non, valablement saisie de l'incident ; pour autant, la Cour a admis que la Haute Autorité avait été valablement entendue, en ses observations, au cours de cette audience ; elle se borne à le dire et elle ne développe pas le rejet du moyen, qui probablement n'a pas été valablement soutenu.

Donc, pour mieux appréhender cette décision du 17 Avril, je suis obligé de vous renvoyer à une décision de la chambre sociale de la Cour d'appel de Paris, cette fois. Vous voudrez bien excuser le fait que j'en ai complètement oublié la date, pour autant elle est de 2008, et elle sera prochainement l'objet d'un commentaire de l'avocat général qui a conclu « a contrario », dans une revue bien connue dont je peux éventuellement assurer la publicité : commentaire, à paraître très bientôt, qui fera la somme de ces deux décisions de la Cour de Cassation et de la Chambre sociale de la Cour d'appel de Paris.

Ma conclusion :

Dans le panel des prérogatives données à la Haute autorité, vous l'avez dit en quelques mots dans votre invitation, on va du moins coercitif possible au plus coercitif possible. La Haute Autorité peut proposer aux parties une médiation qui est toujours une médiation civile, i.e. qui ne peut jamais empiéter sur les pouvoirs d'une médiation pénale et du parquet ; elle peut aussi formuler des recommandations, qui n'ont pas, vous l'avez compris, la valeur d'injonction puisque, le Conseil d'Etat l'a dit, ces recommandations visent à corriger une pratique considérée comme discriminatoire.

Elle peut enfin également la forme d'incitation à indemniser une victime, à la remettre dans ses droits, par exemple dans son déroulement de carrière. Elle peut enfin prendre des procédures de transactions pénales qui consistent en un mécanisme très directement inspiré du mécanisme de répression des infractions de circulations routières, types radars automatiques : vous êtes flashés, vous recevez directement chez vous le titre exécutoire émis par le trésor ; si vous réglez spontanément, vous êtes entré par votre acceptation en phase de transaction pénale ; la transaction pénale de la Halde, c'est un peu sa fille naturelle ; je ne suis pas si méchant que cela, parce que, juridiquement, c'est un échafaudage d'une complexité rare et dont les fondements me paraissent incertains, mais, pour autant, là aussi, la jurisprudence a été très bienveillante.

Donc, il s'agit d'une procédure qui se conforme exactement à celle que je vous ai décrite. Elle est renforcée par une phase ultérieure de contradictoire puisqu'une fois que le Collège de la Haute autorité s'est prononcé après la notification des charges et la réponse à la mise en cause, si ce collège retient la discrimination, il propose une procédure de transactions, qui doit être acceptée par le mis en cause et par la victime ; elle prend la forme d'une amende forfaitaire modeste, il faut bien le dire, très inférieure à ce que prévoit le code pénal, qui me semble supérieure d'1,25 à 2 ; en revanche, elle est dissuasive parce qu'elle permet la réparation intégrale du préjudice subi par la victime, et c'est en cela qu'elle est incitative pour la victime et dissuasive pour l'auteur.

Dès lors que l'acceptation formelle des deux parties est faite, les conditions de la transaction sont réunies et pour que la transaction elle-même soit parfaite, il faut quelle soit homologuée par le procureur de la République ; ensuite l'exécution est assurée par le Trésor. Donc voilà la réalité, du moins coercitif au plus coercitif, mais, en fait pour moi, en tant que magistrat, ce n'est pas évidemment le plus intéressant ; le plus intéressant, ce sont les observations devant les juridictions.

Donc, je viens de vous dire dans quelles conditions elles pouvaient s'exercer à l'initiative de la Haute Autorité, et en toutes circonstances ; ce point est désormais tranché ; c'est pour moi un message d'espoir, en tant que magistrat, et cela vient corriger les ombres que j'ai pu faire passer entre ces lustres au tout début de mes propos ; il n'y a pas de guerre entre les juridictions et la Haute autorité, au contraire. Il est vrai qu'il y a eu une forte suspicion à la création de la Haute autorité ; moi même, je dois vous dire, qu'en tant que magistrat, j'ai une certaine répugnance classique pour les autorités administratives indépendantes qui viennent picorer sur les matières nobles du contentieux et dont on doit ensuite apprécier ultérieurement la valeur des décisions.

Je pense tout spécialement à celles qui sont redevables par exemple de la Cour d'appel de Paris ; mais, pour ce qui est de la Haute autorité, ça a été toute l'ambition de votre serviteur ; il a fallu faire en sorte que l'on fonctionne très harmonieusement parce que, dans toutes les hypothèses où une plainte aurait été déposée, la Haute autorité ne peut pas enquêter sans l'accord du procureur de la République, première contrainte.

Dans l'hypothèse que je vous ai décrite comme improbable où un mis en cause refuserait de coopérer avec la Halde, il faut se tourner vers le juge des référés, or ce juge est exigeant ; ensuite, lorsque vous allez présenter des observations devant une juridiction, quelle qu'elle soit, et que vous êtes à peu près la seule autorité administrative habilitée à le faire en n'ayant pas le statut de partie à l'audience, vous ne pouvez vous faire reconnaître que par la valeur de vos développements.

Dans le cadre de la première loi de 2004, vous êtes tout au plus un ami « chicanier », puisque c'est à l'initiative de la juridiction que vous venez présenter vos observations ou à la demande de l'une des parties, mais, à partir de 2005, avec la loi sur l'égalité des chances de mars, on viole un peu les juridictions alors qu'elles commençaient à peine à s'accoutumer à l'idée de notre existence, en disant, qu'au titre de l'article 13 de la loi modifiée, « on peut présenter désormais nos observations de notre propre initiative » ; à ce moment là vraiment, on est comme le représentant encyclopédiste qui met le pied dans la porte, et qui dit : « j'ai quelque chose de très intéressant à vous vendre ».

On n'est pas seulement dans la position de celui qui est appelé par les premiers juges d'instruction sur des dossiers qu'ils avaient du mal à conduire ou lorsque les premiers substitués ou substitués généraux se sont tournés vers nous pour éclairer un contentieux emblématique, complexe ; on était évidemment très flattés, mais cela ne nous donnait pas beaucoup de place dans l'institution judiciaire. Le jour où on a décidé de confier au Parlement le soin de nous permettre d'entrer tous les jours et à toute heure, il fallait que l'on soit en position de dire des choses un peu intelligentes.

Je dois vous dire qu'aujourd'hui ce mécanisme fonctionne très bien parce que la coopération avec les Parquets sur les enquêtes a permis de donner à chacun un rôle. Le parquet conduit son enquête pénale et, nous, nous investiguons plutôt sur les aspects connexes, notamment sur les infractions qui pourraient être commises au droit du travail pur, et cela donne un très bon partage des tâches, et cela permet une très bonne collaboration aussi avec l'Inspection du travail ; les juridictions nous ont souvent entendues et ne répugnent plus du tout aujourd'hui à nous consulter d'office, à toutes les étapes et à tous les niveaux.

Il est intéressant de voir qu'aussi bien le magistrat instructeur en cours d'instruction et avant de transmettre le dossier au Parquet, comme le substitut pour le règlement, nous consultent et que, du côté des cours d'appel, aussi bien le Siège que le Parquet général demandent les observations pour la procédure. Donc, il n'est pas encore venu sans doute le temps où la Cour de cassation nous invitera, mais on sait déjà qu'elle en a invité bien d'autres. Je pense qu'il y a encore beaucoup d'espoir à avoir et, pour être un peu présomptueux, je voudrais vous donner quelques résultats en termes de capacité des juridictions à nous entendre.

Devant l'ordre administratif aujourd'hui, à chaque fois que la Halde a présenté des observations, la partie demanderesse a obtenu gain de cause, donc le score de la Haute autorité devant les juridictions administratives est aujourd'hui de 100%.

S'agissant des juridictions judiciaires, le score est plus modeste : au pénal, il est de l'ordre de 2/3 de résultats positifs et, en matière sociale, il dépasse les 80 %. Donc ce sont d'excellents résultats. J'ai, parmi mes collaborateurs, un certain nombre d'anciens membres du barreau qui se sont fait commettre pour les besoins de la cause, et ils me disent tous qu'ils n'ont jamais connu de tels succès dans leur exercice professionnel antérieur, leur moyenne étant généralement de l'ordre de 50%.

C'est pour moi un motif réel de satisfaction, sachant aussi que, dans les recours qui ont été portés directement devant le Conseil d'Etat, ou indirectement par l'exercice des voies de recours contre les décisions où les magistrats avaient peu ou prou adoptés les mêmes motifs que ceux de la Haute autorité, nous n'avons jusqu'à maintenant jamais perdu. L'erreur est humaine, nous en commettrons sans doute, mais aujourd'hui nous sommes assez satisfaits

d'un résultat, qui, vous l'avez compris, a été pris sous l'empire de la prudence et de la rigueur, et ce sera mon dernier mot.

Applaudissements.

Jean-Michel OLIVIER, Président de l'AFERP

Merci beaucoup pour ce remarquable exposé complet et extrêmement intéressant ; je vous ferai remarquer qu'il est fait sans aucune note et qu'il a toujours été suivi parfaitement et clairement par tout l'auditoire. Il a été aussi plein d'humour et d'allusions.

Vous serez bientôt à la cour d'appel de Paris, c'est pour une affaire, sans doute ou de modèles ou de mannequins, etc.... Il y avait un de mes éminents collègues qui s'exclamait « quid des joueurs de foot professionnels » ? On pourrait voir effectivement dans les textes, s'ils ne sont pas complètement désuets. Je crains qu'ils le demeurent, et, rassurez-vous pour la numérotation du code du travail, cela nous prendra bien à tous 4 ou 5 ans pour nous y mettre, d'autant que le législateur ne nous facilite pas la tâche, L 101, qui était devenu l'article L 2211, tout d'un coup, devient l'article L 1 ; il n'y a plus de numérotation à 4 chiffres, il y a L1, L2, L3. Bon, ceci dit, j'ai appris énormément de choses. Je vous remercie en mon nom et au nom des personnes qui sont présentes ici et qui, j'en suis sûr, auront des questions à poser et des observations à formuler.