

# **LA REPRESSION DE LA DISCRIMINATION HOMME – FEMME**

## **Maitre Murielle Cahen**

### **I. UNE REPRESSION THEORIQUEMENT FORTE**

#### **A) La multiplication des textes réprimant la discrimination fondée sur le sexe**

##### 1. L'affirmation du principe de l'égalité en droit international

Nombreux sont les textes internationaux qui répriment la discrimination fondée sur le sexe :

\* CEDH, article 14 et protocole additionnel n°12

\* Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 (Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies)

Cependant, leur force normative est relativement faible (hormis la CEDH qui prévoit un mécanisme de sanction propre).

##### 2. L'influence communautaire dans l'intensification de la lutte contre la discrimination homme - femme

Les textes d'origine communautaire réprimant la discrimination fondée sur le sexe sont particulièrement nombreux (nous n'en citerons que quelques uns) :

\* Traité instituant la communauté européenne : Article 13 (principe de non discrimination) et Article 141 (égalité entre hommes et femmes).

\* Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fournitures de biens et services. La date de transposition de la directive est fixée au 21 décembre 2007.

L'UE a joué un rôle très important dans l'intensification de la lutte contre la discrimination sexuelle, notamment grâce à la jurisprudence de la CJCE.

#### **B) La définition de la discrimination ou les éléments constitutifs de l'infraction**

Notre droit interne comporte également de nombreux de textes affirmant l'égalité entre hommes et femmes ou réprimant cette discrimination, notamment la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 (en son article 1<sup>er</sup> et 6), les articles 225-1 et 225-2 du code pénal, et L.122-45 du code du travail. Pléthore de dispositions spécifiques répriment la discrimination sexuelle. Toutefois, la majorité des victimes agissent sur le fondement du droit de travail ou du droit pénal. Nous limiterons notre analyse à la discrimination en droit pénal.

##### 1. L'élément moral : les motivations distinctives interdites

La discrimination se définit par ce qui la motive :

Article 225-1 al. 1<sup>er</sup> du code pénal : *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur*

*orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.*

En droit français (et contrairement au droit communautaire), la discrimination est un délit intentionnel puisqu'elle implique un état d'esprit ségrégationniste (Paris, 22 octobre 1991). L'intention consiste en un dol spécial, caractérisé par la conscience de se livrer à des comportements discriminatoires (CA Paris, 8 mai 1989). L'intention discriminatoire peut se déduire des faits notamment lorsqu'une différence de traitement est manifeste.

La discrimination fondée sur le sexe consiste en une volonté de commettre une distinction injustifiée envers une personne à raison d'une situation catégorielle (c'est-à-dire en raison de son appartenance à un groupe). Si la loi du 11 juillet 1975 a adopté des mesures visant les discriminations commises à l'égard des femmes, toutes les dispositions relatives la discrimination fondée sur le sexe s'appliquent aussi aux hommes (TC Morlaix, 20 janvier 1984).

La discrimination sexiste peut également être indirecte. Dans ce cas, la distinction entre les personnes se fonde sur un critère apparemment neutre, mais susceptible d'entraîner un effet défavorable pour un groupe de personnes en raison de leur sexe. Pour prouver la motivation discriminatoire de l'auteur des faits, il faut alors démontrer que le critère prétendument neutre ne correspond à aucune exigence justifiée.

## 2. L'élément matériel : les comportements prohibés

Pour que la discrimination soit punissable au titre du code pénal, elle doit être commise à l'occasion d'une des 5 hypothèses prévues à l'article 225-2 CP.

Le délit de discrimination peut être commis par de simples particuliers mais, dans la majorité des cas, les discriminations sont commises par des professionnels : soit par des prestataires, des commerçants, des fournisseurs, soit par des employeurs.

<b>Délits des particuliers</b>		<b>Délits des dépositaires de l'autorité publique</b>
Prestataires, commerçants, fournisseurs, etc	Employeurs	Article L.432-7 - refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi - entrave à l'exercice normal d'une activité économique
- refus de fourniture d'un bien ou un service (art. 225-2, 1°)	- refus d'embauche - sanction ou licenciement (art. 225-2, 3°)	
-entrave à l'exercice normal d'une activité économique (art. 225-2, 2°)	- subordination d'une offre d'emploi, d'une demande de stage ou d'une formation en entreprise (art. 225-2, 4°)	
- subordination de la fourniture d'un bien ou d'un service à une conditions discriminatoire (art. 225-2,	- refus d'accepter une personne à un stage effectué dans le cadre d'un enseignement technique (art.	

On remarque que certains actes discriminatoires commis par des employeurs constituent une infraction pénale. D'autres comportements ou mesures non prévues par le code pénal relèvent de l'art L.122-45 du code du travail (prohibant toute discrimination) et de l'article L.123-1 du code du travail (relatif à la discrimination fondée sur le sexe). Tout acte discriminatoire à l'égard d'un salarié est frappé de nullité. Certains comportements peuvent en outre relever du code pénal.

### 3. Les faits justificatifs

L'article 225-3, 3° du code pénal prévoit les cas où la discrimination sur le sexe n'est pas répréhensible : *lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue, conformément aux dispositions du code du travail ou aux lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique, la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle.*

Or, l'article R.123-1 du code du travail dispose que *les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants :*

*Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ;*

*Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ;*

*Modèles masculins et féminins.*

La liste est plutôt restreinte. Toute autre discrimination fondée sur le sexe est en principe prohibée.

Mais, qu'en est-il de la justification pour "motif légitime" ?

Le motif légitime ne constitue plus un fait justificatif du délit. Hormis les cas prévus par la loi, il n'est plus possible de justifier un comportement discriminant. Cependant, le motif légitime, entendu comme motif non-discriminatoire, peut être invoqué utilement par le prévenu : il doit démontrer l'absence d'élément intentionnel en établissant qu'il a agi pour un motif non discriminatoire, pour des raisons objectives<sup>1</sup>, indépendantes du sexe ou de l'orientation sexuelle de l'intéressé.

Les décisions de la chambre criminelle ne sont pas suffisamment nombreuses pour que la question puisse être définitivement tranchée. Quoi qu'il en soit la reconnaissance du caractère objectif d'une justification ne doit pas conduire à conforter des attitudes discriminatoires. Ainsi, le simple constat objectif que les hommes ont en moyenne une force physique supérieure à celle des femmes ne justifie pas que certains emplois soient a priori réservés aux hommes (Cass. Crim. 25 mai 1983).

Il apparaît à la lecture de la jurisprudence que la frontière entre le comportement non discriminatoire et la discrimination légitime est floue. La Cour d'Appel de Paris a ainsi décidé que ne commet pas le délit de discrimination (raciale) le dirigeant d'une compagnie aérienne proposant des avantages tarifaires aux seuls ressortissants ou ex-ressortissants d'un pays asiatique, dès lors que le principe d'égalité des droits n'interdit pas de consentir à certaines personnes des avantages pour faciliter l'exercice de certains droits, comme celui d'avoir une vie familiale. Cependant, en général, les motifs de discrimination sont indifférents : les juridictions considèrent que la discrimination positive est bel et bien une discrimination au sens de l'article 225-1 du code pénal et donc interdite.

---

<sup>1</sup> En tout cas, ne constitue pas un motif légitime la préférence sexiste de la clientèle (TC Morlaix, 20 janvier 1984).

## **II. UNE REPRESSION QUI DEMEURE DIFFICILE MALGRE UN DYNAMISME RECENT**

### **A) La persistance des difficultés dans la répression de la discrimination**

#### 1. Les difficultés de preuve

Bien qu'un consensus relatif se soit installé dans la société pour désavouer les discriminations notamment fondées sur le sexe, que les textes réprimant ces discriminations se sont multipliés et que les peines prévues ont été aggravées, la répression en la matière demeure très modeste. Il semble qu'un décalage croissant soit apparu entre le discours et la pratique.

Plusieurs explications de cette situation peuvent être avancées. L'exigence d'une intention chez l'auteur des faits explique la difficulté de se voir généraliser l'action répressive. La difficulté de rapporter la preuve des comportements discriminatoires est également mise en avant pour expliquer cette situation.

Il arrive parfois que l'auteur des actes discriminatoires commet l'imprudence ou la bêtise d'exprimer ouvertement ses motivations (par exemple dans une offre, un certificat de travail, une lettre de refus de candidature). En général cependant, la preuve des discriminations est très difficile à rapporter.

En premier lieu, il est difficile d'établir l'existence d'un motif que lorsqu'il n'est pas exprimé. Or le motif discriminatoire est un élément constitutif de l'infraction (c'est l'élément moral). Souvent, la preuve de la discrimination ne peut être rapportée autrement qu'en démontrant que l'auteur des faits n'avait pas d'autre motif objectif d'agir, ce qui est bien évidemment n'est pas aisé.

En outre, en vertu de la présomption d'innocence, la charge de la preuve en droit pénal incombe à l'accusation et le doute profite au prévenu. L'inversion de la charge de la preuve ne vaut qu'en droit du travail et plus généralement qu'en droit civil.

#### 2. Des sanctions faibles et inadaptées

La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende.

Lorsque le refus discriminatoire de fournir un bien ou un service est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 Euros d'amende.

Les personnes physiques encourent en outre des peines complémentaires consistant en l'interdiction de certains droits civiques, la fermeture de l'établissement de l'entreprise appartenant à la personne condamnée, l'exclusion des marchés publics et l'affichage de la décision.

Les personnes morales encourent notamment une peine d'amende correspondant au quintuple de l'amende prévue pour les personnes physiques, l'interdiction d'exercer des activités professionnelles ou sociales, le placement sous surveillance judiciaire, l'exclusion des marchés publics, etc.

Si ces peines paraissaient sévères, elles n'échappent pas pour autant à la pratique française qui consiste un à prévoir des sanctions très lourdes mais à ne jamais les prononcer. La majorité des amendes prononcées à l'égard des personnes physiques se situe entre 2000 et 3000 €. La condamnation à la peine de prison est rare et elle est toujours assortie d'un sursis. Quant aux

peines complémentaires quant à elle ne sont jamais prononcées. La responsabilité des personnes morales pour l'ensemble des infractions prévues au code pénal est encore trop récente pour pouvoir juger de son impact sur la lutte contre la discrimination.

Le code du travail prévoit et réprime par un certain nombre de textes (L.123-1, L.122-45, L.152-1-1, etc) les discriminations à raison du sexe. Malheureusement, leur champ d'application recoupe celui de l'article 225-2 du code pénal, alors que les peines prévues sont moins sévères.

## **B) Malgré des dispositions récentes destinées à favoriser la répression**

### 1. Les modalités de preuve

Afin de relancer la répression de la discrimination, le législateur a entendu faciliter la preuve de l'infraction. Si l'atteinte à la présomption d'innocence par l'inversion de la charge de la preuve a été écartée, le législateur a validé le testing. Certes, la jurisprudence avait déjà accepté ce procédé (Cass, 12 septembre 2000 et 11 juin 2002) mais la loi du 31 mars 2006 a permis d'inscrire cette pratique à l'article 225-3-1 du code pénal.

### 2. L'accompagnement des victimes

Par les associations :

Les associations de lutte contre la discrimination fondée sur le sexe peuvent aider les victimes dans leurs démarches voire se substituer à elles, lorsque celles-ci sont trop fragiles ou ne peuvent agir elles-mêmes. En effet, l'article 2-6 du code de procédure pénale dispose que *toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant par ses statuts de combattre les discriminations fondées sur le sexe ou sur les mœurs, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les discriminations réprimées par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal, lorsqu'elles sont commises en raison du sexe, de la situation de famille ou des mœurs de la victime...*

Par la HALDE :

La Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité est une autorité administrative indépendante qui peut être saisie par toute personne s'estimant victime de discriminations, par un courrier motivé.

La HALDE examine le dossier, qualifie la discrimination et conseille sur le meilleur moyen de faire valoir ses droits. Elle dispose en outre d'un pouvoir d'instruction et d'enquête facilitant la production des preuves devant les juridictions. Elle peut également émettre des avis devant les juridictions.

La HALDE n'a pas de pouvoir de sanction. Cependant, elle peut proposer une conciliation, susceptible d'aboutir à une transaction homologuée par le Procureur de la République. Lorsque l'une des parties refuse la conciliation, la HALDE peut saisir les juridictions en citation directe.

La HALDE, créée par la loi du 30 décembre 2004, a reçu (au 1<sup>er</sup> mars 2006) 1822 dossiers dont 626 (plus d'un tiers) ont été définitivement conclus. La durée de traitement moyenne est de 91 jours. Parmi les réclamations parvenues à la HALDE, seules 6,2% concernent la discrimination fondée sur le sexe et 50% d'entre elles sont le fait d'hommes. Ces chiffres s'expliquent-ils par la banalisation de la discrimination sexuelle, notamment envers les femmes ?