

BULLETIN OFFICIEL DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE
n° 102 (1^{er} avril au 30 juin 2006)

Circulaires de la Direction des affaires criminelles
Signalisation des circulaires du 1^{er} avril au 30 juin 2006

Circulaire relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances relatives à la lutte contre les discriminations et du décret n° 2006-641 du 1^{er} juin 2006 relatif aux transactions proposées par la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité

CRIM 2006-16 E8/26-06-2006

NOR : *JUSD630082C*

Citation directe
Discrimination

Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE)

Destinataires

Procureurs généraux - Représentant National auprès d'EUROJUST - Premiers présidents des cours d'appel

TEXTES SOURCES :

Art. 11-1 à 14 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
Art. 225-2, 225-3-1 et 432-7 du code pénal
Art. D.1-1 du code de procédure pénale
Art. L. 122-45 et L. 123-1 du code du travail.

- 26 juin 2006 -

Le renforcement de la prévention et de la répression des différentes formes de discriminations, qui portent une atteinte particulièrement grave aux valeurs fondamentales de la République, constitue une impérieuse nécessité pour les autorités publiques.

C'est la raison pour laquelle la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances est venue améliorer l'arsenal législatif existant en la matière.

Elle a tout d'abord complété la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, afin de conférer à la haute autorité, à l'égard des auteurs de discriminations, un pouvoir de transaction et, en cas d'échec de cette transaction, de mise en mouvement de l'action publique (1).

Le législateur a par ailleurs consacré dans le code pénal la pratique des tests de discrimination (2).

Des améliorations diverses ont enfin été apportées aux dispositions de la loi du 30 décembre 2004 (3).

1. Pouvoirs de transaction et de poursuites conférés à la HALDE

Trois articles 11-1 à 11-3 ont été à cette fin insérés dans la loi du 30 décembre 2004 par l'article 41 de la loi du 31 mars 2006.

Ces dispositions ont été précisées dans un nouvel article D.1-1 du code de procédure pénale, résultant du décret n° 2006-641 du 1er juin 2006.

L'insertion de ces précisions dans le code de procédure pénale tend à mettre en évidence la complémentarité de l'action de la haute autorité et de celle des autorités judiciaires.

Elle est en outre justifiée par le fait que le pouvoir de mise en mouvement de l'action publique conféré à la haute autorité en cas d'échec de la transaction s'inscrit dans le cadre des dispositions de l'article 1^{er} de ce code, qui prévoit que la mise en œuvre de l'action publique peut être confiée à d'autres autorités que le ministère public.

Il convient de présenter successivement les nouvelles dispositions législatives puis réglementaires, avant de préciser le rôle du procureur de la République dans leur mise en œuvre.

1.1. Présentation des dispositions législatives

Le nouvel article 11-1 de la loi du 30 décembre 2004 prévoit que lorsqu'elle constate des faits constitutifs d'une discrimination sanctionnée par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal et L. 122-45 et L. 123-1 du code du travail, la haute autorité peut, si ces faits n'ont pas déjà donné lieu à la mise en mouvement de l'action publique, proposer à l'auteur des faits une transaction consistant dans le versement d'une amende transactionnelle dont le montant ne peut excéder 3 000 € s'il s'agit d'une personne physique et 15 000 € s'il s'agit d'une personne morale et, s'il y a lieu, dans l'indemnisation de la victime. Le montant de l'amende est fixé en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de la personne.

La transaction proposée par la haute autorité et acceptée par l'auteur des faits ainsi que, s'il y a lieu, par la victime¹ doit être homologuée par le procureur de la République.

La personne à qui est proposée une transaction est informée qu'elle peut se faire assister par un avocat avant de donner son accord à la proposition de la haute autorité.

L'article 11-2 précise que la haute autorité peut également proposer que la transaction consiste dans l'affichage d'un communiqué, la transmission, pour information, d'un communiqué au comité d'entreprise ou au délégué du personnel, la diffusion d'un communiqué, par son insertion au Journal officiel ou dans une ou plusieurs autres publications de presse, ou par la voie de services de communication électronique, ou l'obligation de publier la décision au sein de l'entreprise.

L'article 11-3 indique enfin que les actes tendant à la mise en œuvre ou à l'exécution de la transaction sont interruptifs de la prescription de l'action publique et précise que, sous réserve des droits de la victime, l'exécution de la transaction constitue une cause d'extinction de l'action publique.

Il prévoit en dernier lieu qu'en cas de refus de la proposition de transaction ou d'inexécution d'une transaction acceptée et homologuée par le procureur de la République, la haute autorité, conformément aux dispositions de l'article 1er du code de procédure pénale, peut mettre en mouvement l'action publique par voie de citation directe.

Par coordination, les 3° et 4° de l'article 41 de la loi pour l'égalité des chances ont modifié sur deux points l'article 12 de la loi du 30 décembre 2004 relatif aux relations existantes entre la haute autorité et les autorités judiciaires.

En premier lieu, il est précisé que l'obligation pour la haute autorité de dénoncer les crimes et délits portés à sa connaissance, prévue par le premier alinéa, est édictée sans

¹ A la différence de ce qui est prévu pour la composition pénale, l'acceptation de la victime est ainsi nécessaire *de jure* (et non simplement *de facto*). Il en résulte que la victime, si elle demande des dommages et intérêts, doit accepter le montant de l'indemnisation prévu dans la proposition de transaction, ce montant ayant évidemment été proposé par la Haute autorité au vu des éléments fournis par la victime afin de permettre l'évaluation son préjudice. En revanche, si la victime ne sollicite aucune indemnisation, son accord n'a pas à être recueilli pour permettre la transaction.

préjudice de l'application des nouvelles dispositions lui conférant un pouvoir de transaction. Il en découle que si la haute autorité décide de mettre en œuvre une transaction à la suite de la commission d'un délit de discrimination qui a été porté à sa connaissance, la révélation de ce délit au parquet pourra intervenir à l'occasion de la mise en œuvre de cette procédure.

En second lieu, il est précisé que l'exigence posée par le troisième alinéa de l'article 12 de recueillir l'accord préalable du procureur de la République lorsqu'une enquête est en cours, ou de la juridiction d'instruction ou de jugement si celle-ci est saisie, concerne également l'hypothèse de la mise en œuvre des dispositions sur la transaction.

Dans la mesure où la transaction n'est possible que si l'action publique n'a pas déjà été exercée, cette précision signifie que la haute autorité ne peut, sans l'accord du procureur, mettre en œuvre une transaction sur des faits qui font l'objet d'une enquête de police judiciaire. Cet accord n'est en revanche pas nécessaire si aucune enquête n'est en cours, notamment si la discrimination a été portée par la victime à la seule connaissance de la haute autorité, ou si elle a été directement constatée par ses agents.

1.2. Présentation des dispositions réglementaires

L'article D.1-1, après avoir indiqué que le collège délibère sur la qualification des faits et sur le mandat de transaction confié à son président, précise les différentes étapes de la procédure, en s'inspirant plus particulièrement des dispositions applicables en matière de composition pénale, qui constitue également une forme de transaction.

Le I de l'article précise que la proposition de transaction émanant de la haute autorité est communiquée à l'auteur des faits ou, s'il s'agit d'une personne morale, à son représentant, soit par l'intermédiaire de l'un de ses agents assermentés devant lequel l'intéressé a été préalablement convoqué, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Il énumère ensuite les principales informations devant figurer dans la proposition de transaction.

Il précise que l'accord de la victime à la transaction peut être recueilli par tout moyen.

Il indique notamment que la personne à qui est proposée une transaction doit être informée qu'elle dispose d'un délai de quinze jours avant de faire connaître sa décision, après s'être, le cas échéant, fait assister par un avocat.

Le II précise la suite de la procédure si l'auteur des faits - et le cas échéant la victime - ont accepté la transaction proposée, en prévoyant que les documents sont adressés pour homologation au procureur de la République territorialement compétent, qui doit alors retourner à la haute autorité, dans les meilleurs délais, sa décision indiquant s'il homologue ou non la transaction.

Le III de l'article précise ce qu'il advient lorsque la transaction est homologuée, en renvoyant notamment aux dispositions sur la composition pénale pour le paiement de l'amende transactionnelle.

Le IV de l'article prévoit enfin les conséquences d'un refus de transaction, en indiquant que la haute autorité en informe le procureur de la République, sauf à mettre elle-même en mouvement l'action publique par voie de citation directe.

Il permet à la haute autorité de prolonger si nécessaire les délais d'exécution de ces mesures

Il précise que la victime a la possibilité, au vu de la décision d'homologation, lorsque l'auteur des faits s'est engagé à lui verser des dommages et intérêts, d'en demander le recouvrement suivant la procédure de l'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le nouveau code de procédure civile, ainsi que le prévoient déjà, en cas de médiation pénale ou de composition pénale, les articles 41-1 et 41-2 du code de procédure pénale.

Il indique que si la transaction homologuée est exécutée dans les délais prescrits, la haute autorité en informe le procureur de la République, qui constate l'extinction de l'action publique conformément aux dispositions du troisième alinéa de l'article 6 du code de procédure pénale, et qui en avise l'intéressé et, le cas échéant, la victime.

Il précise enfin, que si des poursuites sont engagées dans le cas où la transaction acceptée et homologuée n'a pas été entièrement exécutée, le dossier de la procédure dans

lequel sont précisées les mesures exécutées en tout ou partie par la personne, est communiqué à la juridiction de jugement, afin qu'elle puisse en tenir compte, en cas de condamnation, dans le prononcé de sa décision : ces précisions sont similaires à celles prévues par l'article 41-2 du code de procédure pénale en matière de composition pénale.

1.3. Rôle du procureur de la République dans la mise en oeuvre des nouvelles dispositions

Il importe évidemment que les magistrats du ministère public participent aussi activement que possible à la mise en œuvre des transactions proposées par la haute autorité, en faisant preuve à cette fin d'une mobilisation vigilante et efficace.

1.3.1. Rôle lors de l'engagement de la procédure de transaction

En pratique, la transaction pourra être envisagée par la haute autorité dans deux hypothèses, impliquant ou non l'intervention du procureur de la République dès l'origine de la procédure.

Si la discrimination a été portée par la victime à la seule connaissance de la haute autorité, ou si elle a été directement constatée par ses agents, l'autorité judiciaire n'étant pas saisie des faits, la procédure de transaction peut être engagée sans qu'il soit besoin d'en référer au procureur de la République, ni donc d'obtenir l'accord de ce dernier.

Dans le cas contraire, s'il apparaît que l'institution judiciaire est saisie des faits, la haute autorité ne peut, conformément aux dispositions précitées de l'article 12 de la loi du 30 décembre 2004, proposer une transaction sans accord préalable, qui devra être demandé au procureur de la République².

Si les faits ont déjà fait l'objet de poursuites devant le juge d'instruction ou le tribunal correctionnel (à l'initiative du ministère public ou de la partie civile), le procureur de la République devra faire connaître à la haute autorité qu'une transaction est impossible, puisque l'action publique a déjà été mise en mouvement.

Dans le cas contraire, si une enquête est en cours, le procureur de la République devra indiquer à la haute autorité s'il donne ou non son accord pour qu'elle engage une procédure de transaction.

En pratique, cet accord ne devra être refusé que dans les seuls cas où le procureur de la République, soit estime que les faits ne constituent pas une infraction, soit à l'intention, en raison de la gravité de ces faits, d'engager des poursuites devant le tribunal correctionnel³. Si ce n'est pas le cas, il devra autoriser la haute autorité à procéder à une transaction, le cas échéant en indiquant le montant minimal de l'amende transactionnelle qu'il estime devoir être proposé.

Un modèle de réponse aux demandes de la haute autorité adressée en application de l'article 12 figure en annexe.

Il appartiendra évidemment aux parquets de répondre dans les délais les plus brefs à ces demandes.

1.3.2. Décision sur l'homologation

Le rôle essentiel du procureur de la République dans la procédure de transaction initiée par la haute autorité consiste à homologuer ou à refuser d'homologuer la transaction acceptée par l'auteur des faits et, le cas échéant, par la victime.

Il est absolument impératif que les procureurs de la République répondent dans les délais les plus brefs aux demandes d'homologation qui leur seront adressées par la haute autorité. Il convient qu'en pratique ce délai ne puisse en aucun cas excéder un mois. Un

² En pratique, la haute autorité pourra être amenée à demander de façon informelle au parquet si celui-ci est ou non saisi des faits, dans les cas où il existerait une incertitude sur ce point.

³ Ou de procéder à une composition pénale, notamment si elle comporte d'autres mesures que l'amende de composition.

modèle de réponse figure en annexe.

Si l'infraction paraît caractérisée et que les sanctions acceptées par l'auteur des faits ne sont pas disproportionnées au regard de la gravité de ces faits et la personnalité de l'intéressé, et que la victime a également accepté la transaction ou n'a pas demandé de dommages et intérêts, le procureur de la République devra homologuer la transaction, par une décision qui n'a pas à être motivée.

Il est en revanche souhaitable que le refus d'homologation, qui ne devrait intervenir que de façon exceptionnelle, fasse en pratique l'objet d'une brève motivation afin d'informer la haute autorité (et par voie de conséquence les intéressés) de la raison de cette décision.

1.3.3. Constatation de l'exécution de la transaction et de l'extinction de l'action publique

Informée par la haute autorité que la transaction homologuée a été exécutée dans les délais prescrits, le procureur de la République devra constater l'extinction de l'action publique et en aviser l'intéressé et, le cas échéant, la victime.

Cette constatation, qui pourra en pratique consister en l'avis adressé aux intéressés, et dont copie devra être en pratique transmis à la haute autorité, devra évidemment intervenir dans les délais les plus courts. Un modèle d'avis figure en annexe de la circulaire.

Il convient de noter que cette transaction, à la différence de la composition pénale, n'a pas à être inscrite au casier judiciaire.

2. Consécration législative des tests de discrimination

L'article 45 de la loi sur l'égalité des chances a inséré dans le code pénal un article 225-3-1 prévoyant que les délits de discrimination sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 de ce même code dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie.

Cette disposition consacre la pratique des tests de discrimination⁴, dont la Cour de cassation avait déjà reconnu la légalité dans un arrêt du 11 juin 2000, arrêt qui s'inscrit dans la ligne d'une jurisprudence constante relative au droit de la preuve (Crim. 18 nov. 1986, 11 février 1992, 15 juin 1993, 6 avril 1994) selon laquelle le juge pénal *ne peut refuser d'examiner des éléments de preuve apportés par des particuliers au motif qu'ils ont été obtenus de façon déloyale*⁵.

Cette disposition ne reprend toutefois pas le raisonnement de la Cour de cassation relative à la liberté de la preuve, qui relève de la procédure pénale, mais elle s'attache aux éléments constitutifs du délit de discrimination, qui relèvent du droit pénal de fond.

Elle indique que si une discrimination est commise à l'égard d'une personne, le fait que la victime ayant sollicité un droit qui lui a été refusé avait comme objectif de démontrer l'existence de la discrimination est sans incidence.

⁴ Il convient de ne pas utiliser le terme de « testing », mais, conformément à la recommandation de la commission générale de terminologie et de néologie, approuvée par l'Académie française, de recourir au terme plus général de « testage » ou à celui, plus précis, de « test de discrimination », défini comme l'opération qui vise à déceler des comportements discriminatoires en effectuant successivement des démarches analogues au nom de personnes différentes par l'origine ou l'appartenance. »

⁵ Dans l'affaire soumise à la Cour, une association avait organisé l'opération suivante : trois groupes, l'un composé par une femme et deux hommes d'origine magrébine et les deux autres par une femme et deux hommes d'origine européenne, s'étaient présentés à l'entrée de deux discothèques. Les personnes d'origine magrébine s'étaient alors vu refuser l'entrée à la différence des autres. A la suite d'une enquête effectuée par la gendarmerie appelée sur place, le procureur de la République avait poursuivi les responsables des deux établissements, mais le tribunal puis la cour d'appel avaient refusé d'examiner ces preuves au motif de leur déloyauté. La Cour de cassation a alors cassé l'arrêt de relaxe, sur le fondement de sa jurisprudence traditionnelle sur la preuve.

En effet, l'intention de la victime d'une infraction ne peut être prise en ligne de compte si l'auteur des faits a bien commis intentionnellement l'infraction qu'on lui reproche.

En conséquence, il ne faut pas considérer que l'article 225-3-1 consacre en droit pénal une forme de test de discrimination de nature « générale et statistique », qui permet par exemple d'adresser une série de demandes fictives, comme des demandes d'emploi ne différant que sur des éléments susceptibles de donner lieu à des discriminations prohibées, tels que l'origine, le sexe ou le handicap, afin de constater, notamment au plan statistique, le rejet de certaines demandes⁶.

Parce qu'il traite des éléments constitutifs du délit, cet article ne permet pas qu'une condamnation soit prononcée à la suite d'une opération au cours de laquelle la ou les personnes qui se sont vues opposer un refus auraient menti sur leur identité ou leur qualité, ou seraient purement fictives (par exemple si est adressé un faux CV, concernant une personne imaginaire et/ou avec un cursus et des diplômes inexacts).

Dans de tels cas en effet, il n'y a pas de délit, puisque le refus a été opposé à une personne qui n'existe pas, ou qui n'est pas vraiment victime⁷.

Le texte n'autorise dès lors pas que, dans une finalité répressive, soient adressées des demandes fictives ou inexacts qui permettraient de condamner des personnes alors que celles-ci n'auraient en réalité discriminé aucune victime individuellement identifiée.

En revanche, il n'interdit pas de recourir à des demandes fictives ou inexacts pour démontrer, par comparaison, le caractère discriminatoire d'un comportement.

Ainsi, si une personne véritable, donnant des renseignements exacts sur son identité et sa qualité, par exemple à l'occasion d'une demande d'embauche ou de location, se voit opposer un refus, alors que, pour démontrer le caractère discriminatoire de ce refus, il avait été adressé dans le même temps une demande similaire – sauf sur l'identité et l'origine de la personne – et qu'à la suite de cette demande un entretien d'embauche a été proposé ou la location a été acceptée, l'infraction sera caractérisée, en dépit du caractère fictif de la seconde demande.

D'une manière générale, les parquets ne devront pas hésiter à engager des poursuites du chef de discrimination dans les cas relevant du nouvel article 225-3-1 du code pénal, dès lors que les constatations relatives à la fois au refus opposé aux vraies victimes et à l'absence de refus concernant le groupe témoin lui paraîtront avérées (que ces constatations résultent d'un constat d'huissier, d'une enquête de police ou de gendarmerie ou de procès-verbaux établis par les agents de la haute autorité, cf. *infra*).

3. Autres améliorations apportées à la loi du 30 décembre 2004

3.1. Constatation par procès-verbaux des discriminations par des agents assermentés de la HALDE

Le 2° de l'article 41 de la loi pour l'égalité des chances a complété l'article 2 de la loi du 30 décembre 2004 afin de préciser que les agents de la haute autorité assermentés et spécialement habilités par le procureur de la République peuvent constater par procès-verbal les délits de discrimination⁸.

⁶ Ainsi que le précise notamment l'avis n° 214 (2005-2006) de la commission des lois du Sénat en date du 22 février 2006.

⁷ Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation en juin 2000, des personnes avait effectivement fait l'objet d'un refus, dont le caractère discriminatoire pouvait être prouvé par comparaison avec la situation faite aux deux autres groupes « test » qui s'étaient présentés devant les discothèques, et qui avaient pu y pénétrer. Elles avaient donc bien été victimes du délit de discrimination.

⁸ Le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité sera prochainement modifié pour préciser les modalités d'habilitation de ces agents par le procureur de la République de leur domicile (différente de l'habilitation émanant du procureur général de Paris pour permettre les vérifications sur place), et la formule

Il est expressément prévu que ces constatations pourront intervenir dans le cas où il est fait application des dispositions de l'article 225-3-1 du code pénal. Les tests de discrimination pourront ainsi être constatés par les agents de la haute autorité.

3.2. Vérifications sur place autorisées par le juge des référés.

Le 5° de l'article 41 de la loi égalité des chances a complété l'article 8 de la loi du 30 décembre 2004 relatif aux vérifications que peut effectuer la haute autorité.

Il précise qu'en cas d'opposition du responsable des lieux, le président de la haute autorité peut saisir le juge des référés d'une demande motivée afin qu'il autorise les vérifications sur place. Les vérifications s'effectuent alors sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Celui-ci peut se rendre dans les locaux durant l'intervention. A tout moment, il peut décider l'arrêt ou la suspension des vérifications.

3.3. Audition de droit de la HALDE par les juridictions

Afin de renforcer les relations entre les juridictions civiles, pénales ou administratives et la haute autorité, l'article 42 de la loi égalité des chances a modifié l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 qui prévoyait que ces juridictions pouvaient, lorsqu'elles sont saisies de faits relatifs à des discriminations, d'office ou à la demande des parties, inviter la haute autorité ou son représentant à présenter des observations, y compris des observations orales devant les juridictions pénales, à la demande de la haute autorité. Il en résultait, au moins en théorie, que les juridictions pouvaient refuser les observations de la haute autorité.

Il est désormais prévu que la haute autorité peut elle-même demander à être entendue par ces juridictions et que, dans ce cas, cette audition est de droit.

Il en sera notamment ainsi devant le tribunal correctionnel lorsque les poursuites auront été engagées par la haute autorité elle-même, à la suite de l'échec d'une transaction. Le représentant de la haute autorité sera alors entendu comme partie poursuivante, après la partie civile s'il y a lieu, et avant le procureur de la République, sans qu'il soit nécessaire qu'il prête serment.

3.4. Recommandations aux fins de sanctions professionnelles

L'article 44 de la loi égalité des chances a complété l'article 14 de la loi du 30 décembre 2004 qui prévoyait que la haute autorité porte à la connaissance des autorités ou personnes publiques investies du pouvoir disciplinaire les faits de nature à entraîner des poursuites disciplinaires.

Il est désormais également prévu que la haute autorité, lorsqu'elle a constaté la commission d'actes discriminatoires mentionnés au deuxième alinéa de l'article 1er dans l'activité professionnelle d'une personne physique ou morale soumise à agrément ou autorisation par une autorité publique, ou à l'encontre de laquelle une telle autorité dispose du pouvoir de prendre des mesures conservatoires ou des sanctions pour non-respect de la législation relative aux discriminations ou au titre de l'ordre et des libertés publics, peut recommander à cette autorité publique de faire usage des pouvoirs de suspension ou de sanction dont elle dispose. La haute autorité est tenue informée des suites apportées à sa recommandation.

La lutte contre les discriminations constitue une des priorités de l'institution judiciaire, et les magistrats du ministère public devront donc faire preuve d'une particulière mobilisation dans l'application des nouvelles dispositions.

A cet égard, vous veillerez spécialement à ce que, pour l'exécution des présentes instructions, les compétences dévolues aux magistrats des parquets généraux référents en

du serment devant être prêté devant le tribunal de grande instance. Les parquets devront alors répondre dans les délais les meilleurs aux demandes d'habilitation qui leur seront adressées par la haute autorité.

matière de lutte contre le racisme et l'antisémitisme soient élargies à la lutte contre les discriminations et aux relations avec la Haute autorité.

D'une manière générale, je vous serais obligé de bien vouloir veiller à la diffusion de la présente circulaire, et de m'aviser, sous le timbre de la Direction des affaires criminelles et des grâces, des difficultés qui seraient susceptibles de résulter de l'application des dispositions qui y sont commentées.

Le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice,

Pascal CLEMENT