



Toutes les discriminations ne sont pas pénalement sanctionnables



Agnès VIOTTOLO
Avocate Associée
www.teitgen-viottolo.com

APPROCHE DES DISCRIMINATIONS PLUS RESTRICTIVE QUE LE JUGE PRUD'HOMAL

Nous avons déjà eu l'occasion d'exposer, dans une précédente chronique, le caractère restrictif de la voie pénale en matière de lutte contre les discriminations ⁽¹⁾.

En effet, alors que le Code du travail prohibe les mesures discriminatoires dans tous les actes de gestion du personnel ⁽²⁾ – le Code pénal ne prévoit l'infraction de discrimination que dans certains cas précis.

- (1) Voir A. Viottolo et S. Hofler, « *Sanction pénale des discriminations* », Les Cahiers du DRH n° 267, sept. 2019.
- (2) L'article L. 1132-1 du Code du travail vise « *notamment* » le recrutement, la formation professionnelle, les mesures en matière de rémunération, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de pro-

D'interprétation stricte, la loi pénale réprime seulement – certaines – discriminations directes. Analyse.

Ainsi, si l'article 225-1 du Code pénal reprend l'intégralité des motifs discriminants visés à l'article

L. 1132-1 du Code du travail, l'article 225-2 ne réprime l'infraction de discrimination que si elle intervient :

- dans le cadre d'un refus d'embauche ;
- d'une sanction ;
- d'un licenciement ;
- d'une demande de stage ou d'une période de formation en entreprise.

S'agissant de la preuve, le Code pénal est là encore plus restrictif. En droit du travail, la victime doit

motion, de mutation, de renouvellement du contrat, de licenciement ou encore les mesures disciplinaires.



seulement démontrer une *apparence* de discrimination, et non une *intention*.

Cet aménagement de la charge de la preuve n'existe pas en droit pénal où l'infraction de discrimination est **toujours** intentionnelle. L'auteur doit avoir agi sciemment, en se fondant en toute connaissance de cause et volontairement sur un motif discriminatoire. Et c'est au plaignant d'établir la preuve de cette intention.

Autre illustration du caractère restrictif de la voie pénale : l'objectif poursuivi est uniquement la répression. Aucune prescription n'est édictée dans un but préventif, alors que dans le Code du travail, la lutte contre les discriminations est aussi orientée vers la prévention. On citera, par exemple, l'organisation de négociations contre les discriminations ⁽³⁾, l'anonymisation facultative des CV ⁽⁴⁾, ou bien encore l'ANI relatif à la diversité dans l'entreprise du 12 octobre 2006.

LES DISCRIMINATIONS INDIRECTES ÉCHAPPENT AU JUGE PÉNAL

Le dernier exemple illustrant ce constat est un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 8 juin 2021 ⁽⁵⁾, qui exclut les discriminations indirectes du champ de la répression pénale.

Rappelons que la discrimination indirecte se caractérise par « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence* », mais susceptible d'entraîner, pour un motif fondé sur l'un des critères énumérés à l'article 225-1 du Code pénal, « *un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres* » ⁽⁶⁾.

En l'espèce, les faits portés à la connaissance de la Cour de cassation concernaient une promotion au grade d'adjudant des sapeurs-pompiers sur l'Île de la Réunion. Le Directeur départemental d'incendie et de secours avait élaboré une note de service édictant, pour obtenir cette promotion, un critère tenant

à la durée des services effectués à La Réunion. Cela revenait, pour la partie civile, à empêcher toute promotion à ceux qui avaient effectué tout ou partie de leur carrière hors de l'île et pouvaient ne pas en être originaires. Le plaignant y voyait ainsi une discrimination indirecte fondée sur l'origine : le critère tenant à la durée d'emploi dans une région donnée, neutre en apparence, était susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour les personnes non originaires de cette région.

La Cour de cassation ne suit pas ce raisonnement. La motivation de l'arrêt se veut très pédagogique. Il est tout d'abord rappelé qu'« *il résulte de l'article 225-2 du Code pénal que seules sont punissables les discriminations fondées sur l'un des critères limitativement énumérés aux articles 225-1 à 225-1-2* », après quoi l'arrêt énonce que « *ces textes, qui doivent être interprétés strictement, ne répriment que la discrimination directe* ». Les juges poursuivent en rappelant la définition de la discrimination indirecte, telle qu'issue de la loi du 27 mai 2008, avant de conclure que « *parmi les critères énumérés aux articles 225-1 à 225-1-2 du Code pénal figure l'origine de l'intéressé, mais non la durée d'emploi dans une région particulière* ». Les faits poursuivis étant seulement caractéristiques d'une discrimination indirecte, ils ne peuvent pas tomber sous le coup de la loi pénale.

On aurait pu penser qu'une discrimination indirecte repose, elle aussi, sur un critère prohibé énuméré aux articles 225-1 à 225-1-2 du Code pénal. La seule différence avec la discrimination directe ne tient-elle pas au fait que le critère réel est dissimulé derrière un autre, neutre en apparence ?

Ce serait oublier que la loi pénale est d'interprétation stricte ⁽⁷⁾. À la différence du juge civil, le juge pénal applique la loi telle qu'elle a été rédigée par le législateur et aux fins poursuivies par celui-ci. S'il peut disposer d'une faculté d'interprétation de la norme, et la jurisprudence pénale illustre constamment ce principe, le juge répressif ne saurait ni contrarier les termes de la loi, ni porter atteinte aux droits de la défense. En conséquence, si la loi est imprécise, le juge pénal devra relaxer le prévenu des fins de la poursuite, l'élément légal faisant défaut.



(3) C. trav., art. L. 2242-7.

(4) C. trav., art. L. 1221-7.

(5) Cass. crim., 8 juin 2021, n° 20-80.056.

(6) Définition apportée par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, art. 1, al. 2.

(7) C. pén., art. 111-4.



La loi du 27 mai 2008 étant une loi de transposition de directives communautaires, elle ne concerne pas la matière pénale. D'ailleurs, les travaux parlementaires soulignent que les directives ne régissent que la matière civile. Ainsi, une discrimination indirecte, si elle est punissable par le juge prud'homal par l'allocation de dommages-intérêts et/ou la nullité de la mesure en résultant, ne sera pas sanctionnable par le juge pénal.

Cette solution s'imposait au regard des principes fondamentaux régissant le droit et la procédure pénale. Il faut cependant souhaiter qu'elle ne conduise pas à donner une prime au discriminateur le plus habile qui saura formuler le critère le plus neutre en apparence afin d'échapper à la répression. Face à de telles manœuvres, le juge pénal pourra, selon nous, rechercher l'intention première du prévenu et, le cas échéant, requalifier les faits en discrimination directe. ◆