

Résumé du rapport national français sur les mesures de lutte contre la discrimination 2005

par Sophie Latraverse

1. Introduction

Traditionnellement centralisée, la France se décentralise de plus en plus. Elle se divise en 22 régions et 95 départements. C'est au ministère des Affaires sociales et du Travail qu'incombe surtout la tâche d'assurer l'exécution des politiques relatives à l'interdiction de la discrimination. Certaines autorités locales, principalement de niveau départemental et administrées par le préfet sous l'autorité du ministère de l'Intérieur, jouent également un rôle important à cet égard. Le dialogue social et la consultation se trouvent au cœur même du processus français d'options politiques. La première législation mettant en oeuvre les directives, la Loi du 16 novembre 2001, intègre la lutte contre la discrimination comme un objectif de la négociation collective, des négociations sectorielles (sous-sections de la main-d'œuvre) et des négociations nationales.

La clé de l'approche juridique du racisme et de la discrimination en France consiste en une interprétation caractéristique du principe de l'égalité dans un cadre universaliste abstrait. Depuis la seconde guerre mondiale, elle a été enchâssée en une série d'instruments juridiques, dont les constitutions de 1946 et de 1958. Le cadre juridique ainsi formé s'est développé selon deux lignes complémentaires: la condamnation de l'inégalité fondée sur "l'origine" et le refus d'utiliser les critères d'"origine" à des fins politiques et administratives. On ne trouve cependant nulle trace de texte constitutionnel interdisant explicitement la discrimination fondée sur l'âge, le handicap, la santé ou l'orientation sexuelle mais la liste des critères discriminatoires que contient la constitution est ouverte, conformément au Conseil constitutionnel.

Dans la législation française, les règles imposées sont censées répondre à l'exigence d'égalité si elles sont les mêmes pour tous. Inutile de dire que le droit français comprend un large éventail de règles qui définissent un traitement différencié pour diverses circonstances. Elles sont censées répondre à l'exigence de la théorie égalitaire si elles sont fondées sur des considérations de politique publique. Les catégories concernées ne sont acceptées que dans la mesure où elles font valoir des critères neutres dénués de teneur identitaire tels que des considérations socio-économiques. Plus particulièrement, aucune circonstance n'est censée justifier un traitement différencié fondé sur des motifs de "race" ou d'"origine".

Les politiques territoriales spécifiques aux banlieues défavorisées recourent à des considérations neutres pour concentrer un certain nombre d'actions ciblant des populations d'origine immigrée. Au fil des ans, le service public a élaboré un certain nombre de programmes de sensibilisation. La plupart des ONG, qu'elles aient pour objet la lutte contre le racisme ou la promotion des droits des personnes handicapées, des homosexuels, des personnes âgées ou malades, sont subventionnées par l'Etat, mènent des activités de diffusion et sont régulièrement consultées dans le processus législatif et d'options politiques.

Récemment, des groupes de pression ont été organisés au sein des partis politiques, publiant des rapports et tenant des débats sur la nécessité primordiale de traiter les

problèmes de discrimination raciale dans l'emploi qui touchent la population d'origine nord-africaine et africaine.

Dans le même temps, un renouvellement de la conception de la politique publique en matière de handicap s'est opéré avec l'adoption de la Loi du 11 février 2001 centrée sur l'intégration dans tous les secteurs de vie et avec tous les décrets destinés à mettre en vigueur ces principes sur le lieu de travail, au niveau de l'accès à l'école, de la rénovation urbaine et du soutien public et qui crée des quotas d'emploi dans les secteurs public et privé.

En 1990, la population rom de France était estimée à 350.000 personnes alors que les estimations de 2004 indiquaient un chiffre de 500.000. 70% de cette population a moins de 25 ans, 40% a moins de 16 ans et 90% sont citoyens français. La sensibilisation publique à la situation vécue par les Roms est très faible. Leur gestion relève traditionnellement de la compétence du ministère de l'Intérieur et du ministère de l'Education.

Comme la plupart des droits sociaux sont gérés sur la base du lien de la personne avec un lieu de résidence, tous les citoyens qui ont un mode de vie nomade (comprenant les Roms et les non-Roms) possèdent un statut administratif spécifique. Les Roms qui ne voyagent pas sont fondus dans la population nomade générale mais constituent 80% de la catégorie administrative. Un tiers de cette population est sédentaire, un tiers voyage une part de l'année et un dernier tiers est nomade. 50% des enfants du voyage fréquentent l'école primaire mais pour 30% à 40% seulement de l'horaire prévu et moins de 10% fréquentent l'école secondaire. 85% des enfants sédentaires fréquentent l'école primaire mais leur fréquentation de l'école secondaire reste très faible.

La population sédentaire vit à la fois en logement public et sur des terrains leur appartenant à titre privé. En 2000, la Loi Besson n° 2000- 614 relative à l'hébergement de la population du voyage imposait à tous les départements l'adoption de projets d'hébergement pour les Gens du voyage. Après de nombreuses extensions, 93 projets départementaux ont été adoptés en 2005 mais seules 8.000 zones caravanières ont été créées alors que les autorités reconnaissent qu'il en faudrait 20.000 (les ONG considèrent qu'il en faudrait 60.000). Le projet veut stabiliser la résidence et favoriser la fréquentation scolaire des enfants alors que tous les maires sont tenus d'enregistrer les enfants à l'école, même pour quelques jours (articles L131-10 et 131-11 du code de l'éducation et article 227-17-2 du code pénal). Cependant, ces projets ont tendance à créer une concentration et l'on trouve dans certaines villes (Dijon- Nancy- Toulouse) des écoles qui comptent une majorité d'enfants roms.

La France a signé toutes les importantes conventions internationales visant la lutte contre la discrimination, telles que: la Convention internationale sur les droits civils et politiques (CIDCP), le Protocole optionnel à la Convention, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ECOSOC), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) (dont le Protocole optionnel à cette Convention) et la Convention relative aux droits de l'enfant. Pour ce qui concerne la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH), la France a ratifié la Convention et tous ses protocoles à l'exception des Protocoles 12 et 13. Les instruments précités font partie intégrante de l'ordre juridique national après avoir été ratifiés au Parlement et peuvent être directement appliqués par les juridictions nationales si la disposition en jeu est suffisamment claire et précise pour en permettre l'application directe.

Entre-temps, la France a systématiquement rejeté les clauses des conventions ou déclarations internationales qui impliquent que les personnes devraient se voir accorder des droits sur la base de leur appartenance à une minorité, constituant donc une catégorie juridique fondée sur l'origine. Le cas récent le plus important concernait la convention-cadre pour la protection des minorités nationales élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe, qui conduit les Etats signataires à reconnaître les minorités nationales. Le Haut tribunal administratif a estimé, dans son avis adressé au gouvernement le 6 juillet 1995, que la Convention était incompatible avec la Constitution¹.

2. Législation principale

Au niveau du droit privé, le régime juridique qui concerne la discrimination se trouve dans les lois et le droit codifié c'est-à-dire dans le code du travail (CT), le code pénal (CP) et le code civil (CC). Le droit administratif, d'autre part, est essentiellement jurisprudentiel et fondé sur la mise en application d'une théorie formelle de l'égalité.

La directive 2000/43 est entièrement transposée par la Loi n° 1006-2001 du 16 novembre 2001 (ci-après nommée Loi du 16 novembre 2001), par la Loi sur la modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janvier 2002 (ci-après nommée Loi du 17 janvier 2002) et par la Loi créant l'organisme spécialisé, la Haute Autorité de lutte contre la discrimination et pour l'égalité, et complétant la transposition de la directive 2000/43, une loi votée le 21 décembre 2004 (ci-après nommée la Loi HALDE). Hormis cette dernière loi, qui offre un régime général d'interdiction de la discrimination fondée sur la race et l'origine, qu'elle soit directe ou indirecte, dans tous les domaines régis par la directive 2000/43, les dispositions générales interdisant la discrimination sont transversales et régissent non seulement les motifs couverts par l'article 13 du Traité d'Amsterdam mais également ceux de l'apparence physique, du patronyme, des coutumes, de la santé, des opinions politiques, des activités syndicales et de l'implication dans des sociétés de secours mutuel, de la situation familiale et des caractéristiques génétiques.

Le harcèlement est régi par une législation séparée qui exige que les actes se répètent et perdurent pour pouvoir être formellement compris dans la définition de la discrimination (article L122-49 et s. du CT).

La Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 réexamine entièrement le plan relatif à l'assistance publique et à la protection juridique des personnes handicapées et complète la transposition de la directive 2000-78 en prévoyant un droit à l'aménagement raisonnable sur le lieu de travail au profit des personnes handicapées reconnues officiellement ainsi qu'un programme d'action positive imposant des quotas d'emploi tant dans le secteur public que dans le secteur privé.

Les exigences de la directive 2000/78 en matière de discrimination liée à l'âge ont été mises en œuvre par le régime juridique général du code du travail et du code pénal, régissant donc les travailleurs salariés et les activités rémunérées. Le 26 juillet 2005, la Loi n° 2005-846 de cette même date a été adoptée afin d'habiliter le gouvernement à adopter des mesures d'urgence pour l'emploi par décret gouvernemental et a été suivie par de nombreux décrets-lois.

Quant au statut de l'armée, la France a profité de l'exception prévue dans l'article 3 (4) de la directive 2000/78, permettant une dérogation concernant les critères fondés sur l'âge et le handicap.

¹ CE, Assemblée générale, 6 juillet 1995, n° 357-466, www.conseil-etat.fr/avisag/357466.pdf



A ce jour, la transposition de la directive 2000/78 n'a été assurée qu'en ce qui concerne les travailleurs couverts par le code du travail (L122-45 et. s. CT) et les fonctionnaires publics (Loi 83-634 du 13 juillet 1983). La législation transposant la directive 2000/78 ne couvre pas les professions et les travailleurs non salariés, lesquels sont censés être couverts par les principes généraux de la responsabilité civile et contractuelle.

Toute la législation transposant les deux directives prévoit une protection contre les discriminations directe et indirecte ainsi que le transfert de la charge de la preuve, sauf pour la Loi 83-634 relative aux fonctionnaires publics, où le juge préside l'instruction avant le tribunal administratif. Les voies de recours pour discrimination devant les juridictions de droit civil créées par droit légal explicite (Loi du 16 novembre 2001, Loi du 17 janvier 2002 et Loi HALDE) bénéficient du transfert de la charge de la preuve (voir section 6.3) mais restent difficile à faire appliquer. La tradition judiciaire veut que l'on aille devant le tribunal civil avec l'élément de la preuve aisément disponible à la partie, ce qui explique pourquoi les parties requérantes vont souvent devant le tribunal pénal pour obtenir l'accès à la preuve.

3. Principes généraux et définitions

Tous les textes de la législation nationale qui interdisent la discrimination énoncent une liste identique de motifs interdits sans les définir. Comme la loi interdit de prendre le concept d'origine ou de race en considération, ils ne sont pas définis et aucune application des exceptions autorisées par le considérant 18 et l'article 4 de la directive 2000/43 sur l'exigence professionnelle n'a été adoptée dans la législation française.

La formulation de l'interdiction d'agir de façon discriminatoire que l'on trouve dans le code pénal, le code du travail et le code civil inclut le concept de caractéristiques présumées fondées sur l'origine, la race et la religion. La référence systématique à l'apparence physique et au patronyme dans la liste des motifs de discrimination interdits constitue aussi une manière de couvrir les caractéristiques présumées. Dans la loi du 11 février 2005 sur le handicap, la définition d'interdiction de toute discrimination fondée sur le handicap est fondée sur la perception qu'a l'employeur de la condition du travailleur. On peut donc considérer qu'elle englobe aussi les caractéristiques présumées.

La discrimination directe est régie par toute la législation incorporant tous les motifs interdits de discrimination. Le code pénal en propose la définition suivante: "Toute distinction à raison de l'origine, de l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée constitue une discrimination". Depuis les lois mettant en oeuvre les directives, les autres textes interdisant la discrimination font explicitement référence à la discrimination directe et indirecte sans en donner de définition.

Dans la loi française, le harcèlement prend la forme à la fois du harcèlement sexuel et du harcèlement moral. Il est sanctionné par le code pénal (articles 222-33 et 222-33-2 CP) et le code du travail (articles L122-46 et L122-49 CT et article 6 de la Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 concernant les fonctionnaires publics). En vertu de la Loi du 17 janvier 2002, le harcèlement moral couvre *"les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits ou à la dignité [d'une personne], d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel"*.

Le comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes n'est pas couvert en tant que tel par le code du travail, le code civil

ou le code pénal. Toutefois, le comportement d'injonction ou d'incitation à l'acte discriminatoire correspond à la notion de complicité dans les articles 121-6 et 121-7 du CP et est régi par les principes généraux de responsabilité du droit civil. Les mêmes principes s'appliquent au service public.

La protection des plaignants et des témoins contre les rétorsions est régie par l'article L122-45 CT mais ne couvre que la mesure disciplinaire ou de licenciement prise par l'employeur (plutôt que toute forme de représailles qu'il pourrait exercer).

La mise en œuvre des exigences relatives à l'aménagement raisonnable en France se limite aux travailleurs handicapés et est prévue par la Loi du 11 février 2005 sur le handicap.

L'article 225-3 CP contient une liste d'exceptions recevables au principe de non-discrimination énoncé dans les articles 225-1 et 225-2 du CP: en ce qui concerne l'état de santé, des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité (paragraphe 1); le refus de location lié à la santé ou à un handicap lorsqu'il résulte d'un certificat d'incapacité délivré par la médecine du travail (paragraphe 2); et la discrimination fondée sur le genre lorsque le genre constitue un facteur déterminant de l'emploi (paragraphe 3). La liste de ces dernières professions est fixée par décret dans l'article R123-1 CT. Il limite les exceptions aux professions suivantes : acteur, mannequin et modèle artistique. En transposant la directive 2000/78 par adoption de la Loi du 16 novembre 2001, le législateur n'a pas prévu d'exception au principe de non-discrimination fondée sur le motif de la croyance ou des opinions et, depuis la promulgation des nouveaux textes, les tribunaux ne se sont pas prononcés encore sur cette question.

Les différences de traitement en fonction de l'âge ne sont pas discriminatoires lorsqu'elles sont raisonnablement et objectivement justifiées par un but légitime, tel que les objectifs fixés en matière de politique de l'emploi, et que les moyens de réaliser ces objectifs sont appropriés et nécessaires, comme la protection des jeunes travailleurs et des travailleurs âgés, des exigences d'âge fondées sur l'expérience ou l'attente d'une durée raisonnable d'emploi avant le départ à la retraite.

4. Champ d'application matériel

La protection générale contre la discrimination couvre toutes les personnes et le principe d'égalité est applicable aux non ressortissants à moins que le législateur ne puisse justifier une différence de traitement fondée sur des conditions d'intérêt public. Toutefois, la loi rend l'accès à certains droits, tels que le droit au travail et à certains avantages sociaux, conditionnel à la personne qui a le statut d'étranger en séjour légal. En outre, la loi crée une certaine discrimination juridique au niveau de l'accès aux professions et fonctions spécifiques (environ 7.000 emplois cités), en le soumettant à des conditions de citoyenneté, qu'elle soit française ou de l'Union européenne.

5. Mise en application de la loi

En France, comme la loi est transversale pour tous les motifs de discrimination, les affaires sont mentionnées comme précédents, qu'elles traitent ou non de sujets liés aux mêmes motifs de discrimination. Il n'existe que très peu de cas propres à chaque motif. Elles bénéficient toutes du transfert de la charge de la preuve mais restent difficiles à faire respecter. Il n'est pas dans la culture juridique des acteurs judiciaires, des juges et avocats,



d'utiliser des moyens procéduraux d'accès à la preuve, le juge en matières civiles étant considéré comme non inquisitoire et ne participant pas au processus conduisant à la présentation de la preuve devant le tribunal.

Les principes généraux en vigueur pour ce qui concerne la preuve dans les affaires pénales permettent d'apporter la preuve par tous les moyens et considèrent les moyens de preuve comme étant illimités. Dès lors, l'utilisation des statistiques fait partie des moyens de preuve recevables. L'article 8 II paragraphe 5 de la Loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative aux systèmes d'information, aux données et à la protection de la liberté déclare que l'utilisation de données personnelles est autorisée dans le contexte de toute procédure administrative et judiciaire conformément à la défense ou à l'exercice d'un droit juridique.

Le test de situation (testing) a été jugé recevable comme preuve de discrimination devant les juridictions pénales par jurisprudence de la Cour de cassation, sur la base du principe de la liberté complète de preuve dans les affaires pénales, et ce principe a été introduit dans le code pénal par la Loi du 9 mars 2006. Il n'a pas encore été utilisé comme preuve dans les affaires civiles. Cependant, si l'on considère l'irrecevabilité de la preuve obtenue illégalement dans des affaires civiles et les strictes exigences d'équité appliquées dans la procédure civile, on peut douter que le test de situation soit jugé recevable sur la base des règles générales de la preuve. Elaboré par des ONG antiracistes, il est essentiellement utilisé par elles mais aussi par des plaignants individuels. Il a également été utilisé dans des affaires de discrimination liée à la race et au handicap afin d'établir un refus d'accès aux biens et services. Certaines associations l'ont récemment utilisé dans des affaires de discrimination liée à l'âge au niveau de l'accès à l'emploi.

Toutes les affaires alléguant une discrimination à l'encontre d'une partie privée – employeur, prestataire de services, propriétaire terrien, etc. – doivent être portées devant les tribunaux civils. Le travailleur salarié (du secteur privé ou un agent contractuel d'un service public commercial ou industriel) doit adresser sa requête au tribunal du travail. Dans tous les autres cas, les requêtes seront déposées auprès du tribunal d'instance (TI) ou du tribunal de grande instance (TGI) selon les montants impliqués ou réclamés.

La Loi du 16 novembre 2001 offre la possibilité aux syndicats et aux ONG qui existent depuis plus de cinq ans de participer à l'action. L'article 31 du nouveau code de procédure civile (NCPC) reconnaît le statut juridique devant les juridictions civiles à toute personne qui a un intérêt légitime dans le rejet ou l'octroi de l'action. Dans le cas d'une discrimination au niveau du logement, la Loi du 17 janvier 2002 étend le droit d'action des ONG aux requêtes collectives et individuelles. L'article 2-1 du code de procédure pénale (CPP) prévoit, en outre, la possibilité pour les ONG qui oeuvrent à la lutte contre la discrimination fondée sur les motifs de l'origine ethnique, de la race ou de la religion de se constituer partie civile dans des actions pénales suite à une violation de l'article 225-2 du CP.

Le principe général en vigueur dans le droit civil français veut que le préjudice soit réparé par l'octroi de dommages et intérêts compensatoires pécuniaires indemnisant le préjudice financier et moral, sans autre sanction pécuniaire ou dommages et intérêts punitifs. Dans les cas de discrimination au travail, l'article L122-45 du CT offre la possibilité de demander aussi l'annulation de la mesure discriminatoire concernée, conduisant, par exemple, à la réintégration du travailleur en cas de licenciement ou à une reconstitution judiciaire de sa carrière si la discrimination s'est produite au cours de l'évolution de sa



carrière. En matières pénales, la Loi sur l'adaptation de la justice aux développements de la criminalité accroît les sanctions infligées pour des faits de discrimination et prend des dispositions pour les facteurs aggravants liés à un refus discriminatoire de vendre un article ou de permettre l'accès à un lieu public (discothèques, magasins, services publics, etc.). Le code pénal autorise des sanctions supplémentaires dans son article 225-19 CP, tel qu'un affichage ou la publication du jugement, la fermeture d'un lieu public, etc. Devant les juridictions civiles, les dommages et intérêts correspondent aux normes nationales en termes d'indemnités. Les sanctions pénales restent cependant symboliques la plupart du temps.

6. Organismes de promotion de l'égalité de traitement

La HALDE est opérationnelle depuis le mois de juin 2005. Sa compétence couvre toutes les formes de discrimination, directe et indirecte, interdites par les lois françaises. Elle est donc aisément adaptable à tout développement juridique ultérieur.

La Haute Autorité est compétente pour enquêter sur les plaintes individuelles et collectives, que l'enquête ait été initiée sur sa propre initiative ou à la suite d'une demande écrite du plaignant, d'ONG, de syndicats ou de parlementaires. Ses pouvoirs d'enquête lui permettront de demander des explications à toute personne du secteur public ou privé, y compris de demander la communication de documents et l'audition de témoins concernés. En cas d'absence de coopération avec les services d'enquête, la loi prévoit la possibilité pour la Haute Autorité de demander une ordonnance du tribunal. Elle peut également demander que toutes les enquêtes nécessaires soient exécutées par un service de l'Etat quel qu'il soit et peut procéder aux visites de tous les sites non privés après en avoir averti préalablement le propriétaire et avoir obtenu son accord, comme il convient.

Dans le cas d'une infraction pénale, la Haute Autorité transmettra la revendication aux juridictions pénales. Elle peut aussi proposer plutôt une médiation aux parties ou clôturer l'enquête et devra, dans ce cas, transmettre ses conclusions et recommandations aux parties, qui disposeront alors d'une période déterminée pour s'y conformer. Si elles ne le font pas dans les temps impartis, la Haute Autorité aura le pouvoir d'attirer l'attention publique sur ses recommandations et pourra alerter les autorités concernées dans des affaires qui exigent des sanctions disciplinaires à l'encontre du défendeur.

La Haute Autorité a également été conçue comme "auxiliaire de justice": la loi prévoit la possibilité pour les juridictions pénales, civiles et administratives de faire appel à ses observations dans les affaires en adjudication et permet à la Haute Autorité de chercher à obtenir la permission de soumettre ses observations en matières pénales.

L'évolution de la pratique judiciaire tirera profit des nombreuses actions de formation des acteurs judiciaires initiées par la HALDE depuis 2005 et des observations de la HALDE devant les tribunaux après l'instruction proprement dite. Entre les mois de juin 2005 et de février 2006, la HALDE a reçu plus de 1880 plaintes fondées sur tous les motifs et pour tous les domaines de discrimination, a résolu 626 plaintes et sa Commission a émis 163 recommandations.

Outre ses pouvoirs d'investigation, la Haute Autorité assure la promotion de l'égalité de traitement et à le pouvoir d'émettre des recommandations sur toutes les questions relatives à la discrimination, d'identifier et de promouvoir de bonnes pratiques professionnelles et de coordonner et mener des études et des travaux de recherche.