

## **Résumé du rapport 2010**

### **de la France sur les mesures de lutte contre la discrimination**

**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 et au ministère de l'Intérieur (qui a absorbé le ministère de l'Immigration lors de la formation du nouveau gouvernement en novembre 2010) qu'incombe surtout la tâche de créer et 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, ont également un rôle important à jouer à cet égard, tout particulièrement pour ce qui concerne les politiques relatives aux Roms, aux gens du voyage et aux immigrants. Le dialogue social et la consultation se trouvent au coeur même du processus français d'élaboration des politiques. La première législation mettant en oeuvre les directives, la loi du 16 novembre 2001 a intégré 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. Elle a été complétée par la loi n° 2004-1486 créant la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) et par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, adoptée le 15 mai 2008. Depuis 2011, la HALDE est dissoute et ses missions transférées à une nouvelle autorité constitutionnelle dénommée Défenseur des droits (ci-après « DDD »), créé par la loi organique n° 2011-333 du 29 avril 2011 relative au Défenseur des droits, qui a hérité, à compter du 1<sup>er</sup> mai 2011, de l'intégralité des compétences, pouvoirs et missions de la HALDE.

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 (confirmé par le Conseil Constitutionnel<sup>1</sup>). Même si nul texte de nature constitutionnelle n'interdit expressément la discrimination fondée sur l'âge, le handicap, la santé ou l'orientation sexuelle, selon le Conseil Constitutionnel français, la liste des critères discriminatoires que contient la Constitution est ouverte.

---

<sup>1</sup> Arrêt n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007



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 ».

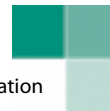
Les politiques territoriales spécifiques aux banlieues défavorisées recourent à des considérations neutres pour proposer un certain nombre d'actions ciblant des populations concentrées d'origine immigrée. Au fil des ans, le service public a élaboré un certain nombre de programmes de sensibilisation. L'on observe cependant que la réticence à reconnaître l'identité comme une source de droit a renforcé la résistance par rapport à la mise en œuvre du droit d'exprimer ses croyances religieuses.

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'État, mènent des activités de diffusion et sont régulièrement consultées dans le processus législatif et d'élaboration des 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 et l'accès au logement qui touchent la population d'origine nord-africaine et africaine et poursuivant une réorientation politique en faveur de la diversité. Suite à son élection, le Président de la République a donné mandat à Simone Veil de présider un comité de réflexion chargé d'étudier la possibilité d'amender la Constitution française, afin d'y inclure le concept de diversité, ainsi que de formuler des recommandations permettant de prendre des mesures positives. Son rapport, en date du 17 décembre 2008, a conclu à ce qu'il ne s'avérerait pas nécessaire de procéder à la réforme de la Constitution et se prononçait en faveur de l'action positive, fondée sur des critères territoriaux et socioéconomiques indirects. Le 18 décembre 2008, le Président de la République a nommé Yasid Sabeg à la nouvelle fonction de Haut-commissaire à la diversité et à l'égalité des chances en vue de tenter, pour la troisième fois, d'instaurer un moyen de faciliter la mise en place d'actions positives liées à l'origine ethnique (la race et l'ethnicité n'existant pas). En juin 2009<sup>2</sup>, à l'issue de trois mois de consultations sur les mesures à prendre pour assurer la promotion de la diversité fondée sur l'origine, M. Sabeg a présenté 76 propositions d'actions structurelles en faveur de l'égalité des chances pour chacun sans distinction, et à toutes les étapes de la vie.

---

<sup>2</sup> <http://www.lesechos.fr/info/france/300348120-le-rapport-sabeg-sur-la-diversite.htm>



Afin d'évaluer l'utilisation potentielle des données et statistiques, M. Sabeg a confié à M. François Héran, ancien directeur de l'INED (Institut national des études démographiques) le soin d'organiser une consultation et de présenter ses recommandations. Il a soumis son rapport le 8 février 2010 et recommande la création d'un observatoire statistique à intégrer dans l'organisme français de promotion de l'égalité de traitement, en l'occurrence la HALDE<sup>3</sup>. Elles n'ont cependant pas été suivies par la loi créant le DDD et la fonction de M. Sabeg n'a pas été maintenue au sein du nouveau gouvernement mis en place en novembre 2010.

La conception de la politique publique en matière de handicap a été renouvelée avec l'adoption de la loi n° 2005-102 du 11 février 2001, qui est 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 ce qui concerne l'âge, la loi n° 2008-496 complétant la transposition des directives a créé l'article L1133-3 du Code du travail, lequel dispose qu'il est possible de prévoir des exceptions à l'interdiction de discrimination fondée sur l'âge. Le gouvernement a ensuite adopté le décret n° 2009-560 du 20 mai 2009, qui institue un plan d'action positive à l'appui de l'emploi de travailleurs de plus de 50 ans.

La population rom en France se divise en citoyens français, qui représentent les deux tiers de cette population, et les migrants originaires de Roumanie et de Bulgarie. Ils connaissent des difficultés et des relations avec le service public très différentes.

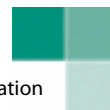
En 1990, la population rom de France était estimée à 350 000 personnes alors que les estimations de 2004 indiquaient un chiffre de 500 000.

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 des Affaires sociales.

Comme la plupart des droits sociaux sont gérés sur la base du lien de la personne avec un lieu de résidence, tous les citoyens français qui ont un mode de vie nomade (comprenant les Roms et les non-Roms) possèdent un statut administratif spécifique. Les Roms nomades 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.

---

<sup>3</sup> [http://www.strategie.gouv.fr/article.php3?id\\_article=977](http://www.strategie.gouv.fr/article.php3?id_article=977)



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 nouveau, à tous les départements l'adoption de projets d'hébergement pour les gens du voyage, renouvelant ainsi les exigences introduites dans la législation depuis 1990.

Après de nombreuses extensions et suite au financement proposé en 2007 par le ministère du Logement – lequel a depuis lors été absorbé par le ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement – 93 projets départementaux ont été adoptés en 2008 mais seules 21 165 zones caravanières ont été créées pour les Roms et les gens du voyage, alors que les autorités reconnaissent qu'il en faudrait 41 8400 (les ONG considèrent qu'il en faudrait 60 000).

Le projet veut stabiliser la résidence et favorise 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). Dans ce contexte d'insuffisance reconnue de zones d'accueil, il n'existe aucune politique générale facilitant l'installation des gens du voyage. De nombreux maires adoptent des décrets interdisant le stationnement de caravanes sur la totalité de leur territoire, afin d'empêcher le stationnement sur des terrains privés. Entre-temps, la loi n° 2003-239 pour la sécurité intérieure fait, à l'article 322-4-1 du Code pénal, un délit du stationnement illégal pour les gens du voyage, et autorise l'enlèvement immédiat des caravanes motorisées stationnant dans des villes qui ne sont pas soumises à l'obligation d'installer des aires d'accueil, qui ont rempli leurs obligations à cet égard ou qui s'emploient à les remplir. La réticence des autorités locales d'installer des aires de stationnement, les difficultés rencontrées par le gouvernement central pour faire respecter les dispositions en la matière et l'application plus rigoureuse des interdictions de stationnement sont autant de facteurs à l'origine d'une situation dans laquelle les gens du voyage ne trouvent pas d'endroit où s'installer, ne serait-ce que quelques jours.

Cette situation pourrait être considérée comme un non-respect *de facto* des dispositions concernant le droit au logement de la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Le 19 octobre 2009, le Comité européen des droits sociaux a rendu une décision par suite de la plainte n° 51/2008 introduite par le Centre européen des droits des Roms à propos de la situation des gens du voyage et des Roms en France, invoquant une violation des articles 16, 19 par. 4c), 30, 31 et E de la charte sociale révisée. Il conclut à une insuffisance de l'action gouvernementale, et à une inégalité de traitement à l'égard des gens du voyage en matière d'accès au logement et de protection de la famille (articles 16 et 31) ; il conclut en outre que les mesures adoptées par le gouvernement ne répondent pas à l'exigence de non-discrimination visée à l'article E de la charte. Conseil de l'Europe, n° 51/2008, 19/10/2009, ERRC c/ France : [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC51Merits\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC51Merits_fr.pdf).



En ce qui concerne les Roms étrangers, la HALDE a adopté le 9 novembre 2009 sa délibération n° 2009-372 à l'issue d'une large consultation ; elle y conclut que, visant spécifiquement les Roms roumains et bulgares, la politique du gouvernement français et le régime transitoire constituent une discrimination fondée sur la race et l'origine. Les Roms roumains et bulgares ne bénéficient pas des droits dont jouissent les autres citoyens de l'Union européenne, et l'accès aux droits accordés à d'autres populations migrantes leur est refusé. Dans sa décision du 19 octobre 2009, le Comité européen des droits sociaux conclut également que la limitation de leurs droits sociaux découlant du régime transitoire est constitutive d'une violation de l'article 19, paragraphe 4 c), relatif aux droits au logement des populations migrantes. En 2009, quelque 7 251 Roumains et 658 Bulgares ont accepté les conditions de retour volontaire tandis que les tribunaux administratifs ont prononcé 1 909 expulsions de Roms.

C'est dans ce contexte que durant l'été 2010, après avoir répondu à la HALDE que sa politique était conforme à ses obligations internationales, le ministre de l'Intérieur a décidé de renforcer les restrictions de stationnement. Le 28 juillet 2010, il annonce que les implantations sauvages des Roms et des gens du voyage seront massivement contrôlées et que 300 des 539 camps existants seront démantelés avant la fin de l'été.

Le 31 août 2010, M. Besson, ministre de l'Immigration et de l'Identité nationale, a confirmé qu'il y avait eu 8 280 retours volontaires et 151 expulsions de Roms roumains et que 128 camps illégaux avaient été démantelés depuis le début de l'été. En septembre 2010, la Commission a envisagé la possibilité d'ouvrir une procédure d'infraction contre la France. Mais une issue diplomatique a finalement été trouvée et la conformité des mesures mises en œuvre par le gouvernement français n'a pas été formellement mise en question.

Des gens du voyage et des Roms ont été expulsés pour cause d'implantation sauvage en Île-de-France, à Marseille, à Lyon et à Lille ainsi qu'à Metz, Grenoble et dans d'autres villes de taille moyenne. Mais les problèmes avec les gens du voyage étaient pour la plupart liés au refus d'autoriser, durant leur migration saisonnière, des groupes importants de ces personnes à stationner leurs caravanes sur des grands parkings auxquels ils avaient pu avoir accès les années précédentes.

Les expulsions de Roms et les retours volontaires vers la Roumanie et la Bulgarie ont commencé en 2008 et ont toujours cours à l'heure actuelle.

## **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/CE a tout d'abord été transposée par la loi n° 1006-2001 du 16 novembre 2001 (ci-après, loi du 16 novembre 2001), par la loi sur la modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janvier 2002 (ci-après, 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/CE, 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/CE, les dispositions générales interdisant la discrimination ont toujours été transversales, fournissant un régime juridique uniforme, et régissent non seulement les motifs couverts par l'article 19, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE), 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 était régi par une législation séparée qui exigeait que les actes se répètent et perdurent pour pouvoir être formellement compris dans la définition de la discrimination (article L1151-1 et ss. du CT).

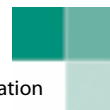
Le 15 mai 2008, le Parlement a adopté la loi n° 2008-496 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire. Ce texte fournit, en son article 1<sup>er</sup>, une définition de la discrimination couvrant tant la discrimination directe qu'indirecte, ainsi que le harcèlement et le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement discriminatoire. De même, cette disposition apporte une définition de ces trois concepts. La définition de la discrimination directe ne permet pas de faire d'analyse comparative hypothétique. En revanche, celle du harcèlement écarte l'ancienne exigence de harcèlement moral pour prouver un comportement répétitif.

En effet, désormais, un seul incident suffit pour répondre aux nouvelles conditions prévues par la législation. La loi du 27 mai 2008 complète également la protection contre la rétorsion et étend son champ d'application aux personnes exerçant une activité professionnelle indépendante. Elle offre, toutefois, la possibilité aux employeurs d'appliquer des différences de traitement fondées sur l'ensemble des motifs lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.

Néanmoins, cette évolution législative a entraîné la suppression de l'origine nationale de la liste de motifs prohibés couverts, sauf au sein du Code du travail et du Code pénal. Le Conseil constitutionnel s'est rallié expressément au refus exprimé par la doctrine française de reconnaître les notions d'origine ethnique ou de race<sup>5</sup>, et cela à la fois en tant que catégories juridiques et administratives, comme des catégories de recherche et des notions sur la base desquelles le traitement différencié pourrait être évalué.

<sup>5</sup> Conseil constitutionnel, n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007





De surcroît, il exige que toute approche de l'origine soit fondée sur des indications objectives, telles que la nationalité des parents et des grands-parents, afin de rendre objective la construction des catégories de comparaison.

Dans un tel contexte, cette évolution législative met à mal l'efficacité de la protection juridique à l'encontre de la discrimination, et cela tant sur le plan de l'accès à la preuve que sur celui de la disponibilité d'indicateurs de comparaison (tant en matière de discrimination directe que de discrimination indirecte).

En ce qui concerne la protection dont bénéficient les fonctionnaires, la loi n° 83-634, modifiée afin de couvrir la discrimination par la législation de transposition susvisée, dispose, en son article 3 que, conformément aux dispositions de l'article 64 de la Constitution de 1958, elle n'a pas vocation à s'appliquer au statut des magistrats, lesquels ne sont pas considérés comme des fonctionnaires. L'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 comporte les règles applicables tant au ministère public qu'aux juges et magistrats. Les fonctionnaires qui opèrent au sein du Parlement relèvent, eux aussi, de la loi n° 83-634 et se voient appliquer, conformément aux dispositions de l'article 3 de ladite loi, les règlements intérieurs en vigueur au sein du Parlement. Enfin, l'ensemble des agents publics contractuels qui relèvent des différents statuts exclus de l'application de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'État par l'article 3, 5<sup>e</sup> alinéa, de cette dernière, se voient également exclus de la protection à l'encontre de la discrimination conférée aux fonctionnaires par la loi n° 83-634. Aucun de ces textes n'a été modifié dans un but de mise en œuvre des dispositions de la directive 2000/78/CEE et ils ne prévoient pas la moindre protection à l'encontre de la discrimination fondée sur quelque motif que ce soit. Il convient de noter, par ailleurs, que les fonctionnaires qui ne sont pas couverts par la transposition ne bénéficient pas davantage du droit d'obtenir des aménagements raisonnables, en cas de handicap<sup>6</sup>.

La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 réexamine entièrement le régime de l'assistance publique et de 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 que des programmes d'action positive imposant des quotas d'emploi tant dans le secteur public que dans le secteur privé.

Même après l'adoption de la loi n° 2008-496 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire, les obligations d'aménagement raisonnable ne profitent encore qu'aux travailleurs qui ont obtenu une reconnaissance officielle, possèdent un statut de travailleurs handicapés, à ceux qui ont été victimes d'un accident de travail leur occasionnant un handicap supérieur à 10 % et qui bénéficient d'une indemnisation correspondante, aux bénéficiaires d'allocations d'invalidité et aux invalides de guerre.

<sup>6</sup> Dans une décision plénière du 30 octobre 2009, le Conseil d'État a statué qu'en l'absence de transposition par le gouvernement de la directive 2000/78 au profit des magistrats, ces derniers pouvaient en invoquer directement les dispositions à l'appui de recours devant les juridictions administratives. Conseil d'État, 30 octobre 2009, n° 298348, M<sup>me</sup> P. c/ ministre de la Justice



Dès lors, les personnes handicapées non enregistrées, les travailleurs handicapés non rémunérés et les personnes handicapées qui sont membres de professions libérales ne sont toujours pas couverts par l'obligation d'aménagement raisonnable.

La loi n° 2008-496 n'a pas étendu ce devoir d'aménagement raisonnable aux personnes non salariées, ou encore aux travailleurs indépendants.

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 ; elle a été suivie par de nombreux décrets-lois. La nouvelle loi n° 2008-496 offre toutefois aux employeurs, en son article 6, paragraphe 4, la possibilité de pratiquer un traitement différent lorsque celui-ci est objectivement et raisonnablement justifié par un but légitime.

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 n° 2008-496) bénéficient toutes du renversement de la charge de la preuve (voir section 6.3). Toutefois, la nouvelle loi marque un recul en ce que la charge de la preuve pesant sur le défendeur se limite, désormais, à l'établissement du caractère objectif et non discriminatoire de sa décision, sans qu'une quelconque condition de proportionnalité et de nécessité soit imposée.

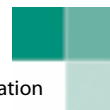
La tradition judiciaire veut que l'on aille devant le tribunal civil avec l'élément de la preuve aisément disponible à la partie. La jurisprudence a considérablement évolué au cours des cinq dernières années, mais on observe encore un manque d'homogénéité dans l'application du renversement de la charge de la preuve et des principes de l'accès à la preuve devant les juridictions inférieures.

### **3. Principes généraux et définitions**

Tous les textes codifiés 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/CE 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, à l'origine nationale et au patronyme dans la liste des motifs de discrimination interdits constitue aussi une manière de couvrir les caractéristiques présumées.





Bien que la discrimination par association ne soit pas expressément couverte, sauf en cas de protection explicite prévue par la loi (par exemple : parents s'occupant d'enfants handicapés), une décision de justice a étendu cette protection légale aux personnes se trouvant en situation d'association<sup>7</sup>.

Dans la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 sur le handicap, la définition de l'interdiction dans l'emploi de la discrimination fondée sur le handicap est basée 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 l'ensemble de 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 ».

Les concepts de discrimination directe et de discrimination indirecte sont définis à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2008-496. Si la définition de la discrimination indirecte est conforme aux directives, celle de la discrimination directe, en revanche, ne l'est pas.

En effet, cette dernière définition exclut la possibilité de procéder par voie d'analyse hypothétique : l'expression « ne l'aurait été » a été remplacée par « ne l'aura été ». La loi étend par ailleurs la définition de discrimination à une définition exacte du harcèlement, qui élimine l'ancienne exigence de répétition de l'acte, ainsi que de l'injonction à se livrer à un comportement discriminatoire. Par ailleurs, 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.

La protection des plaignants et des témoins contre les rétorsions est régie par l'article 3 de la loi n° 2008-496.

Cette loi révisé également les dispositions relatives aux exigences professionnelles essentielles. Alors qu'il n'existait d'exception possible, la loi est venue introduire, dans son article 2, paragraphe 3, ainsi que dans son article 6, paragraphe 3, la possibilité générale de justifier les exigences professionnelles essentielles « pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».

Les différences de traitement fondées sur l'âge ont été étendues par la loi n° 2008-496 et ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, etc.

---

<sup>7</sup> Enault c. SAS ED, Conseil de Prud'hommes de CAEN, 25 novembre 2008, F06/00120.



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

Il n'existe pas de règle juridique traitant des motifs multiples de discrimination. Les requérants peuvent prétendre être victimes de discriminations cumulées fondées sur un certain nombre de motifs mais aucune méthode systématique n'a été élaborée permettant d'appréhender la spécificité des requêtes pour des motifs multiples. Cette réalité a un impact essentiellement sur la stratégie de la preuve, sur les faits à prouver et sur les voies de recours à invoquer. Les recherches menées en France sur la discrimination intersectionnelle et les motifs de discrimination multiples sont encore peu nombreuses et ne permettent pas l'élaboration d'une approche susceptible d'être transposée en une approche juridique.

#### **4. Champ d'application matériel**

La loi couvre tous les motifs interdits par l'article 19, paragraphe 1, TFUE et un certain nombre d'autres motifs : l'origine, l'origine nationale (dans certaines lois), l'apparence de l'origine, la race, le sexe, la grossesse, la situation familiale, l'apparence physique, le nom, la santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les coutumes, l'orientation sexuelle, l'âge, les activités syndicales, la religion, les convictions politiques et religieuses (qui sont interprétées largement pour pouvoir englober toutes les activités philosophiques ou mystiques). Suite à la transposition intervenue en 2001, un régime légal uniforme et transversal couvrant l'ensemble des motifs et des domaines de discrimination avait été instauré. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 mai 2008, le régime applicable en la matière varie en fonction des motifs de protection, ainsi que des domaines de discrimination. Il existe un champ d'application matériel étendu couvrant la protection sociale, les avantages sociaux, l'éducation, l'accès aux services de santé et les biens et services, qui s'applique uniquement à l'origine ethnique et à la race. La protection de l'accès aux organisations professionnelles et de travailleurs non salariés et indépendants s'applique seulement aux motifs de l'article 19, paragraphe 1, TFUE (loi n° 2008-496, article 2). Le Code du travail et le Code pénal couvrent l'origine nationale, mais il n'y a toujours aucune disposition visant l'aménagement raisonnable des travailleurs non salariés et indépendants.

La protection générale contre la discrimination couvre tout individu, qu'il appartienne au secteur public comme au secteur privé, et peut être opposable tant aux personnes privées qu'aux personnes publiques. Le principe d'égalité est applicable aux non ressortissants à moins que le législateur puisse justifier d'une différence de traitement fondée sur des conditions d'intérêt public.



Toutefois, la loi lie l'accès à certains droits, tels que le droit au travail et à certains avantages sociaux, au 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, de pays liés à la France par des accords bilatéraux (tel que cela est le cas concernant certains pays africains), ou de l'Union européenne.

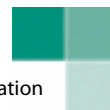
Le champ d'application de la loi n° 2005/102 du 11 février 2005 sur le handicap offre une définition du handicap qui est plus large que celle de la CJCE dans *l'affaire C-13/05, Chacón Navas* en ceci qu'elle ne se limite pas à l'accès à la vie professionnelle et englobe les restrictions dans tous les domaines de la vie.

## 5. Mise en application de la loi

En France, comme la loi est transversale pour une grande partie des domaines qu'elle recouvre, les affaires sont mentionnées comme précédents, qu'elles traitent ou non de sujets liés au même motif de discrimination. Il n'existe que très peu de cas propres à chaque motif. Elles bénéficient toutes du renversement 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. Les statistiques tirées d'une approche comparative de la situation des travailleurs au service d'un même employeur sont utilisées couramment désormais dans la législation du travail sur la base de l'approche comparative développée par la CJUE dans le cadre d'affaires de discrimination et reconnue à plusieurs reprises par la Cour de cassation. Les statistiques tirées de rapports de recherche ne sont pas encore utilisées de façon courante dans les procédures civiles et administratives, mais ont été prises en considération par la HALDE (organisme de promotion de l'égalité de traitement).

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 en son article 225-3-1 CP par la loi du 9 mars 2006.



Le ministère de la Justice a émis une circulaire ministérielle<sup>8</sup> à l'intention des procureurs de la République et du Président de chaque tribunal, afin de leur présenter les conditions d'application du principe du test de situation introduit dans le Code pénal. Il y explique que la preuve d'une discrimination est recevable même lorsqu'elle résulte d'une action exécutée par la victime dans l'intention de provoquer un traitement différencié et dans l'intention de recueillir une preuve du comportement discriminatoire.

L'intention de la victime n'a pas d'incidence sur l'infraction si le discriminateur a commis intentionnellement l'acte discriminatoire. Cependant, on ne pourra l'utiliser dans le contexte d'une offre fictive ou avec des personnes agissant sous une fausse identité se livrant à l'exécution d'un faux scénario. La victime doit agir sous sa propre identité et être une personne réellement soumise à une inégalité de traitement. Si le refus porte sur une réalité fictive, l'instruction n° CRIM 2006-16 E8 du 26 juin 2006 du Ministère de la Justice considère qu'il n'y a pas d'infraction et que la situation ne peut donner lieu à des poursuites ni à une condamnation.

Le test de situation 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, il pourrait s'avérer difficile de compter sur le test de situation en tant qu'élément contributif au renversement de la charge 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.

---

<sup>8</sup> CRIM 2006-16 E8/26-06-2006.



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. Les affaires de discrimination sont largement traitées dans les médias.

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 immatériel, sans autre sanction pécuniaire ou dommages et intérêts punitifs. L'on note une évolution significative des dommages-intérêts immatériels octroyés dans les affaires où le préjudice financier est difficile à établir. Dans les cas de discrimination au travail, l'article L.1134-4 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. Cette disposition a été amendée par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, qui soumet la plainte à une prescription de cinq ans.

En matière pénale, 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 en 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.

Afin de pallier le manque de réponse pénale significative à une infraction de discrimination commune, la loi sur l'égalité des chances a renforcé les pouvoirs de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) en 2006.

En vertu des articles 11-1, 11-2 et 11-3 de la loi 2004-1486, telle que modifiée par la loi 2006-396 sur l'égalité des chances, ainsi que de l'article D.1-1 du Code de procédure pénale, tel que modifié par le décret 2006-641 du 1<sup>er</sup> juin 2006, un nouveau pouvoir a été conféré à la HALDE, lui permettant de proposer ce que l'on appelle une « transaction pénale » – une sorte de sanction pénale négociée – aux auteurs de discrimination directe.



Cela permet à la HALDE de proposer, à la suite d'une enquête sur une plainte aboutissant à la constatation de l'existence d'une discrimination intentionnelle directe commise par la personne ou l'entité qui fait l'objet de l'enquête, une sanction pénale spécifique à l'auteur de la discrimination, lequel peut l'accepter ou la refuser. Il peut s'agir de l'imposition d'une amende d'un montant de 3 000 euros aux personnes physiques et de 15 000 euros aux personnes morales – ou de la publication (par exemple sous forme de communiqué de presse) du fait que la discrimination a bien eu lieu et, le cas échéant, qu'une indemnisation a été accordée à la victime. Cette compétence a été transmise au Défenseur des droits.

## **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.

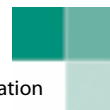
La Haute autorité est compétente pour enquêter sur les plaintes individuelles et collectives, que l'enquête ait été initiée sur sa propre initiative ou à la suite d'une demande écrite du plaignant, d'ONG, de syndicats ou de parlementaires. Ses pouvoirs d'enquête lui permettront de demander des explications à toute entité privée ou publique, y compris 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'État 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 plainte aux juridictions pénales ou proposera une transaction pénale. Elle peut aussi opter pour une offre de médiation aux parties ou pour une poursuite de l'enquête ; elle devra, dans ce dernier cas, transmettre ses conclusions et recommandations aux parties, qui disposeront alors d'une période déterminée pour s'y conformer. Si elles ne s'exécutent pas dans le délai imparti, la Haute Autorité aura le pouvoir d'attirer l'attention publique sur les recommandations qu'elle a formulées et pourra alerter les autorités concernées dans les 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 règlement judiciaire et permet à la Haute Autorité d'obtenir la permission de soumettre ses observations devant toute juridiction.

La HALDE a contribué à faire évoluer la pratique judiciaire et les cours d'appel commencent à appliquer la législation antidiscrimination de manière plus efficace. Elles ont suivi les observations de la HALDE dans une majorité de cas.





Depuis 2005, les observations présentées par la HALDE devant les juridictions ont reçu une suite favorable dans 67,5 % des cas, soit dans 299 affaires sur les 367 affaires plaidées et les 76 affaires pendantes.

L'évolution de la pratique judiciaire tirera profit des nombreuses actions de formation destinées aux acteurs judiciaires (les juges et les avocats), initiées par la HALDE depuis 2005, et qui seront poursuivies par le Défenseur des droits. Entre les mois de juin 2005 et de décembre 2010, la HALDE a reçu plus de 40 000 plaintes fondées sur tous les motifs et dans tous les domaines de discrimination ; elle en a résolu 39 000 et sa Commission a émis 2 300 recommandations.

Outre ses pouvoirs d'investigation, la Haute Autorité assure la promotion de l'égalité de traitement et a 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.

Toutes les activités de la HALDE seront poursuivies par le Défenseur des droits.