



## Résumé du rapport 2011

### concernant les mesures de lutte contre la discrimination en France

par Sophie Latraverse

#### 1. Introduction

La France est un État traditionnellement centralisé où l'élaboration et la mise en œuvre des politiques de lutte contre la discrimination relèvent avant tout du ministère des Affaires sociales et du travail et du ministère de l'Intérieur. Certaines autorités locales, principalement départementales et administrées par le préfet sous l'autorité du ministère de l'Intérieur, ainsi que des services locaux chargés des affaires sociales, ont également un rôle important à jouer à cet égard, en particulier pour ce qui concerne les politiques relatives aux Roms, aux gens du voyage et aux immigrants. La première législation mettant en œuvre les directives, à savoir la loi du 16 novembre 2001, a intégré la lutte contre la discrimination en tant qu'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. La HALDE a été fusionnée en 2011 pour devenir une nouvelle instance constitutionnelle dénommée Défenseur des droits. Institué par la loi organique n° 2011-333 du 29 avril 2011, le Défenseur des droits exerce entre autres tâches depuis le 1<sup>er</sup> mai 2011 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 consacrée par une série d'instruments parmi lesquels les constitutions de 1946 et de 1958. Le cadre juridique ainsi formé s'est développé selon deux axes complémentaires: la condamnation de l'inégalité fondée sur «l'origine» et le refus d'utiliser les critères de «l'origine» à des fins politiques et administratives (confirmé par le Conseil constitutionnel). Même si aucun texte constitutionnel 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 motifs interdits de discrimination contenue dans la Constitution est ouverte.

En droit français, les règles sont considérées comme répondant à l'exigence d'égalité si elles sont les mêmes pour tous. Des règles prévoyant un traitement différencié dans des circonstances diverses sont néanmoins considérées comme répondant à l'exigence de la théorie égalitaire si elles sont fondées sur des différences de situation ou 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. En 2007, le Conseil constitutionnel a explicitement entériné pour la première fois le refus de la doctrine française de reconnaître les concepts de l'origine ethnique et de la race en tant que catégories juridiques ou administratives, ou de recherche, pouvant servir de base à l'évaluation d'un traitement différencié. Toute approche de l'origine doit se fonder sur des indications objectives telles que la nationalité des parents et des grands-parents afin d'objectiver la construction des catégories comparatives.

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 axée sur l'intégration dans tous les secteurs de vie et tous les décrets destinés à mettre en vigueur ces principes sur le lieu de travail ainsi qu'en termes d'accès à l'école, de rénovation urbaine et d'aide publique, et qui crée des quotas d'emploi dans les secteurs public et privé.

La population rom de 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 très différentes avec le service public. Le grand public était, jusqu'à une date récente, très peu sensibilisé à la situation des gens du voyage.

La plupart des droits sociaux étant gérés sur la base du rattachement de la personne à un lieu de résidence, tous les citoyens français qui ont un mode de vie nomade (Roms et non-Roms) possèdent un statut juridique et administratif spécifique assorti de contrôles réguliers et d'une restriction de l'accès au droit de vote. Les initiatives gouvernementales visant à modifier la loi n°69-3 du 3 janvier 1969 régissant ce statut n'ont pas été suivies, mais elles ont été réitérées et la problématique a eu un retentissement public pour la première fois lors de la campagne politique de 2012. Les gens du voyage roms constituent 80% de cette catégorie administrative.

La population sédentaire vit à la fois en logement public et sur des terrains privés. 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. Selon les données les plus récentes figurant dans le rapport parlementaire n° 3292 présenté par M. Didier Quentin le 9 mars 2011, après de nombreuses extensions et grâce à un financement du ministère du Logement qui a pris fin en 2009, 96 projets municipaux avaient été adoptés en 2011; 9 936 aires d'accueil avaient aménagées à l'intention des Roms et des gens du voyage et 27 847 devaient encore être financées, soit 67% des 41 589 aires programmées par les autorités (les ONG estimant qu'il en faudrait 60 000).

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.

En ce qui concerne les Roms étrangers, la HALDE a adopté le 9 novembre 2009 à l'issue d'une large consultation sa délibération n° 2009-372 dans laquelle elle 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. Dans ses décisions du 19 octobre 2009 (n° 51/2008) et du 13 septembre 2011 (n° 67/2011), le Comité européen des droits sociaux conclut également que la limitation de leurs droits sociaux découlant du statut créé en France à l'intention des Roumains et des Bulgares durant le régime transitoire est constitutive d'une violation de l'article 19, paragraphe 4 c), relatif aux droits au logement des populations migrantes. C'est dans ce contexte qu'au printemps 2010, le ministre de l'Intérieur a décidé de renforcer les restrictions de stationnement et a annoncé que les implantations sauvages des Roms et des gens du voyage seraient massivement démantelées avant la fin de l'été. Cette politique a été poursuivie en 2011 dans le but, une fois encore, de démanteler les implantations roms. Entre-temps, la population rom, évaluée à 15 000 personnes, reste stable.

## 2. Législation principale

En droit privé, le régime juridique relatif à 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 est pour sa part 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 du 21 décembre 2004 créant l'organisme de promotion de l'égalité (la HALDE) et complétant la transposition de la directive 2000/43/CE. Les dispositions générales interdisant la discrimination ont toujours été transversales, assurant un régime juridique uniforme non seulement pour ce qui concerne 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 Parlement a adopté le 15 mai 2008 la loi n° 2008-496 rectifiant la transposition des directives pour ce qui concerne les définitions du harcèlement et de la discrimination. Elle contient en son article premier une définition de la discrimination couvrant la discrimination directe et indirecte, ainsi que le harcèlement et l'injonction de discriminer. Elle complète aussi la protection contre les représailles; elle inclut les travailleurs non salariés et indépendants; mais elle donne aux employeurs la possibilité d'invoquer des exigences professionnelles pour tout motif à condition que l'objectif poursuivi soit légitime et les moyens proportionnés (article 2, paragraphe 3, et article 8, paragraphe 3). En ce qui concerne l'âge, la loi crée l'article L1133-3 du Code du travail qui permet de prévoir des dérogations à l'interdiction de discrimination fondée sur l'âge. Le gouvernement a adopté ensuite le décret n° 2009-560 du 20 mai 2009 instituant un programme d'action positive en faveur de l'emploi de travailleurs de plus de 50 ans.

Cette évolution législative a néanmoins entraîné la suppression de l'origine nationale de la liste de motifs prohibés couverts, hormis dans le Code du travail et le Code pénal.

Les recours intentés pour discrimination auprès de juridictions civiles institués par une loi expresse (loi du 16 novembre 2001, loi du 17 janvier 2002 et loi n° 2008-496) bénéficient tous du renversement de la charge de la preuve. Si la jurisprudence a fortement évolué au cours des cinq dernières années et facilite l'accès des parties plaignantes aux preuves en matière de discrimination, on n'en observe pas moins la persistance d'un manque de cohérence dans l'application du renversement de la charge de la preuve et des principes d'accès aux preuves devant les juridictions inférieures.

En ce qui concerne la protection conférée aux fonctionnaires, la loi n° 83-634 dispose en son article 3 que, conformément aux dispositions de l'article 64 de la Constitution de 1958, elle ne s'applique pas au statut des magistrats, lesquels ne sont pas considérés comme des fonctionnaires. Les agents de la fonction publique exerçant leur activité 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 se voient également exclus de la protection à l'encontre de la discrimination conférée aux fonctionnaires par la loi n° 83-634 et ne sont pas couverts par la transposition; ils ne bénéficient pas du droit à un aménagement raisonnable en cas de handicap.

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.

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

### 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 de la dérogation autorisée par directive 2000/43/CE n'a été retenue dans la législation française. Le libellé 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 (parents s'occupant d'enfants handicapés, par exemple), une décision de justice a étendu cette protection juridique aux personnes se trouvant en situation d'association. Aucune règle juridique ne vise les motifs multiples de discrimination, mais les juridictions ont accepté d'établir ce type de conclusion lorsque des éléments probants attestent d'une égalité de traitement découlant d'une combinaison de motifs.

La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 sur le handicap base la définition de l'interdiction dans l'emploi de la discrimination fondée sur un handicap sur l'état du travailleur tel qu'il est perçu par l'employeur. On peut donc considérer qu'elle englobe aussi les caractéristiques présumées. Cette loi contient donc une définition du handicap plus large que celle fournie par la CJUE dans l'*affaire C-13/05, Chacón Navas* dans la mesure où elle ne se limite pas à l'accès à la vie professionnelle et où elle s'étend aux limitations dans tous les domaines de vie.

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 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 en outre la définition de discrimination à une définition correcte du harcèlement, qui élimine l'ancienne exigence de répétition de l'acte, ainsi que de l'injonction à pratiquer une discrimination. L'incitation ou l'injonction à la discrimination correspond de surcroît à la notion de complicité visée aux articles 121-6 et 121-7 du Code pénal, et est régie par les principes généraux du droit civil en matière de responsabilité.

#### **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, un handicap, les caractéristiques génétiques, les coutumes, l'orientation sexuelle, l'âge, les activités syndicales, la religion, les convictions politiques et religieuses (lesquelles sont interprétées au sens large pour englober toutes les activités philosophiques ou mystiques). 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 fonctionnaires relevant d'un statut spécifique et des travailleurs non salariés et indépendants.

La protection générale contre la discrimination est opposable tant aux personnes privées qu'aux personnes publiques. Le principe d'égalité s'applique aux non-ressortissants à moins que le législateur puisse justifier d'une différence de traitement fondée sur des conditions d'intérêt public.

La loi lie cependant l'accès à certains droits, tels que le droit au travail et à certains avantages sociaux, à l'obtention du statut d'étranger en séjour légal.

#### **5. Mise en application de la loi**

En France, comme la loi est transversale pour une grande partie de la protection qu'elle confère, les affaires sont citées comme précédents, qu'elles traitent ou non de sujets liés au même motif de discrimination. Toutes bénéficient du

renversement de la charge de la preuve, mais les moyens procéduraux d'accès à la preuve restent difficiles à mettre en œuvre. La jurisprudence française ouvre toutefois un nouvel axe de raisonnement en concluant qu'une preuve comparative n'est pas toujours nécessaire pour établir une présomption de discrimination que les circonstances permettent de tenir pour probable.

L'utilisation de statistiques devrait faire partie des moyens de preuve recevables. Le 15 décembre 2011, la Cour de cassation a reconnu que la discrimination fondée sur l'origine peut être établie par une analyse du registre des membres du personnel sur la base de leur nom de famille. 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 conféré par la loi. Les statistiques tirées d'une comparaison de la situation des travailleurs au service d'un même employeur sont désormais couramment utilisées en droit du travail et elles ont été reconnues à plusieurs reprises par la Cour de cassation. Des 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).

La loi du 9 mars 2006 a introduit le test de situation dans le Code pénal en son article 225-3-1 en tant que preuve de discrimination devant les juridictions pénales par jurisprudence de la Cour de cassation. Le ministère de la Justice a émis une circulaire ministérielle destinée à présenter les conditions d'application du principe du test de situation. Il y explique que ce test ne pourra être utilisé dans le contexte d'une offre fictive ou avec des personnes agissant sous une fausse identité dans le cadre d'un faux scénario. La victime doit agir sous sa propre identité et être une personne réellement soumise à une inégalité de traitement.

Le test de situation n'a toutefois pas encore été utilisé comme preuve dans des affaires civiles et, considérant la rigueur des exigences appliquées dans les procédures civiles pour ce qui concerne l'équité, 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. Développé par des ONG antiracistes, il est essentiellement utilisé par celles-ci, mais également par des plaignants individuels. Il a également été utilisé dans des affaires de discrimination fondée sur la race et le 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 portant sur l'accès à l'emploi.

Toutes les affaires alléguant une discrimination à l'encontre d'une partie privée – employeur, prestataire de services, propriétaire, 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 affaires relèveront 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 à toute personne ayant un intérêt légitime dans le rejet ou le succès du recours la capacité d'ester devant les juridictions civiles. S'il s'agit d'une discrimination en matière de logement, la loi du 17 janvier 2002 étend le droit d'action des ONG aux recours collectifs et individuels.

Le principe général en vigueur dans le droit civil français veut que le préjudice soit réparé par l'octroi d'une réparation financière compensatoire indemnisant le préjudice financier et moral, sans autre sanction pécuniaire ou dommages et intérêts punitifs. Une évolution significative est observée en ce qui concerne l'octroi d'une réparation morale lorsque le préjudice financier est difficile à établir. Dans les cas de discrimination au travail, l'article L.1134-4 du Code du travail offre la possibilité de réclamer aussi l'annulation de la mesure discriminatoire concernée – ce qui peut conduire par exemple à la réintégration du travailleur (de la travailleuse) 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.

## **6. Organismes de promotion de l'égalité de traitement**

Le gouvernement a voté le 21 juillet 2008 une loi constitutionnelle modernisant les institutions, qui crée en son article 41 un Défenseur des droits aux compétences élargies. Ses compétences et sa saisine ont été définies avec précision par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 qui, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2011, intègre le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la Commission nationale de déontologie de la sécurité et enfin la HALDE. Le Défenseur des droits peut être saisi de plaintes dans l'ensemble de ces domaines, et il est habilité à proposer des réformes législatives, à engager des actions en faveur de la promotion des droits et à effectuer des travaux de recherche dans l'ensemble de ses sphères de compétence. Sa compétence couvre tous les motifs de discrimination, directe et indirecte, prohibés par la législation nationale et les conventions internationales dûment ratifiées par la France.

Le Défenseur des droits est habilité à enquêter sur les plaintes individuelles et collectives, que la requête émane de particuliers, d'ONG, de syndicats ou de membres du Parlement. Ses pouvoirs d'enquête lui permettent de demander des explications à toute entité privée ou publique, y compris la communication de documents et toute information sur support quelconque. Il peut procéder à des visites sur des sites non privés après avoir dûment prévenu, et demander l'aide de tout service d'enquête de l'État. La loi prévoit en outre la possibilité pour le





Défenseur de requérir une ordonnance judiciaire ou d'infliger une amende lorsqu'une partie défenderesse refuse de coopérer. Les moyens à sa disposition pour résoudre les litiges sont la médiation, des recommandations à l'État ou à des parties privées et la présentation d'observations devant toute juridiction, unilatéralement ou à la demande du tribunal ou des parties. Le Défenseur des droits peut également proposer des transactions pénales dans le cas de situations visées par le Code pénal.