

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**LE DÉFENSEUR
DES DROITS**



Paris, le 9 mars 2016

Avis du Défenseur des droits n°16-07

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Auditionné le 8 mars 2016 par la mission de contrôle de la mise en application de la loi du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, émet l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

L'article 15 de la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine a introduit le critère du lieu de résidence dans la législation prohibant les discriminations dans l'emploi et l'accès aux biens et services : soit dans la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, à l'article L. 1132-1 du code du travail, et à l'article 225-3 du Code pénal. Il ne connaît pas de précédent à l'étranger.

Aujourd'hui, le droit français vise 20 critères de discrimination prohibés : l'origine, le sexe, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, les opinions politiques, les activités syndicales, l'appartenance ou la non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, auxquels se sont ajoutés « l'identité sexuelle » en 2012 et le « lieu de résidence » en 2014.

Le lieu de résidence a été adopté afin de permettre aux personnes résidant dans des lieux ou quartiers défavorisés, déjà fortement touchés par les discriminations fondées sur l'origine, de contrer les discriminations dans l'accès à l'emploi ou aux biens et services.

A travers les réclamations qui lui sont adressées et qu'il instruit, le Défenseur des droits traite les réclamations relatives à des discriminations mais aussi une majorité de situations concernant l'accès à aux droits des personnes en situation de précarité ou de grande pauvreté également visées par le critère du lieu de résidence.

1. La discrimination comme inégalité de traitement fondée sur une particularité intrinsèque de la personne

Le droit des discriminations a eu historiquement pour objectif de mettre en lumière les facteurs d'inégalité fondés sur les spécificités de la personne, qui interviennent pour mettre en échec les politiques sociales, pour exclure et miner les fruits du mérite et des talents reconnus comme source de distinctions objectives et légitimes.

La législation consacrée à la lutte contre les discriminations est censée symboliser le refus d'autoriser l'Etat, les services publics et les personnes privées à prendre en compte ces caractéristiques pour pénaliser les individus en raison de ces caractéristiques fondamentales et durables de leur identité (le sexe, la couleur de peau, l'origine, le handicap ...).

A l'inverse, on peut soutenir que le lieu de résidence, comme la condition sociale ou la pauvreté, ne constituent pas des invariants mais des contextes susceptibles d'évoluer.

Le critère du lieu de résidence est le premier critère de discrimination interdite fondé sur une situation et un stéréotype qui ne soient pas un attribut de la personne.

A l'instar du critère de l'apparence physique, ce vingtième critère légal de discrimination est porteur de significations multiples. Il fait référence aux stéréotypes qui sont accessoirement liés aux critères de discrimination classiques comme l'origine, mais permettrait, au-delà d'un critère indirect visant les caractéristiques, telles que l'origine, de populations vivant dans certains espaces géographiques identifiés, de corriger aussi les refus d'accès aux droits de certaines autres catégories de populations.

Il pose enfin plus largement la question de l'égalité des territoires et des effets d'arbitrages défavorables des pouvoirs publics en fonction du lieu de résidence.

2. Les saisines du Défenseur des droits

En 2014, le Défenseur des droits a traité au siège 46 dossiers de réclamations liées aux discriminations fondées sur le lieu de résidence (soit 1 % de ses réclamations en matière de discrimination), et 130 en 2015 (soit 2,6 % des réclamations en matière de discrimination), dont les deux tiers concernent l'accès aux biens et services.

En emploi

Si la prise en compte de l'adresse dans les pratiques d'embauche peut, dans certaines circonstances, ne pas faire de doute, encore faudra-t-il être en mesure de l'établir au sens judiciaire du terme. La notion de preuve de la discrimination à raison du lieu de résidence reste à élaborer. En effet, comment établir que le fondement du rejet est le lieu de résidence alors que les adresses sont individuelles et que d'autres critères, tels que l'origine, pourraient également intervenir ?

A ce jour le Défenseur des droits n'a reçu aucune réclamation alléguant une discrimination fondée sur un stéréotype lié au lieu de résidence. Cette situation n'est pas surprenante compte tenu du fait qu'en général la stratégie des personnes discriminées à l'embauche n'est pas de porter plainte ou d'adresser une réclamation, car ils sont en recherche d'emploi et que par ailleurs, la preuve de la discrimination à l'embauche est très difficile à établir en l'absence de comportement explicite et avéré laissant des traces matérielles.

Les réclamations reçues par le Défenseur à ce jour visent principalement des annonces posant l'exigence d'une résidence rapprochée ou des refus d'embauche motivés par le trop grand éloignement du domicile du candidat, l'employeur nourrissant des doutes sur sa capacité à se rendre rapidement sur son lieu de travail et à faire preuve de ponctualité (MLD-2015-063 du 20 mai 2015).

A partir d'un examen au cas par cas de ces réclamations, le Défenseur s'est attaché à réfléchir aux conditions de l'articulation du critère de résidence avec la vérification de la mobilité des personnes, d'une part, et la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante définie à l'article 2 de la loi du 27 mai 2008, d'autre part.

L'Institution a été saisie par un réclamant d'origine maghrébine qui, sans nouvelle de sa candidature, a postulé de nouveau avec un curriculum vitae identique (compétences et expériences professionnelles), mais en modifiant son adresse et en adoptant un patronyme à consonance française. Il a alors été contacté par la société pour un entretien au terme duquel il n'a pas été retenu, l'employeur s'étant rendu compte du changement d'identité. Dans le cadre de l'enquête, la société mise en cause a indiqué ne pas avoir initialement sélectionné la candidature du réclamant en raison de son domicile trop éloigné du lieu du siège de la société, et de ses compétences inférieures aux autres candidats. Le Défenseur

des droits a considéré que la prise en compte du critère de résidence constituait en soi une discrimination, soulignant également que les arguments tenant aux compétences de l'intéressé ne semblaient pas étayés par suffisamment d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Il a ainsi recommandé à la société de réparer le préjudice du réclamant (décision n° MLD-2015-114), ce qui a été fait.

Dans un autre dossier, une réclamante était domiciliée par le centre communal d'action sociale de sa ville. Pôle emploi a invité la réclamante à passer des tests en vue de suivre une formation d'auxiliaire de vie sociale. L'agent de Pôle emploi aurait annoté dans son dossier de candidature "Sans domicile fixe". Or, la réclamante estime que cela lui aurait porté préjudice pour la suite de son parcours de formation. Le Défenseur des droits est intervenu par la voie amiable auprès de Pôle emploi afin d'évoquer la situation de demandeur d'emploi de la réclamante. Suite à son intervention, les différents freins sociaux et professionnels de la réclamante ont été évoqués avec le conseiller. Un projet a été élaboré et plusieurs actions ont été proposées et enclenchées. Le conseiller a en effet noté que la réclamante était « sans domicile fixe » et non l'abréviation « SDF » sur son dossier informatisé à la rubrique « complément de profil ». Cette information avait pour seul but d'indiquer qu'elle pouvait constituer une difficulté, notamment dans la réception de ses courriers. Toutefois, cette information n'étant pas conforme à la réglementation, Pôle emploi l'a immédiatement modifiée, tout en précisant que les informations contenues dans les dossiers des demandeurs d'emplois ne sont en aucun cas transmises à quelque organisme que ce soit. Aussi, aucun organisme de formation n'a pu savoir que cette dame était sans domicile fixe. Par ailleurs, le conseiller a proposé trois formations à la réclamante, un accompagnement renforcé avec un prestataire et une formation FLE ou de remise à niveau. Enfin, un rappel général aura été effectué à l'ensemble des services par Pôle emploi sur les éléments à caractère discriminatoire à prohiber dans ses dossiers.

En matière d'accès aux biens et services privés

Dans sa délibération n° 2011-121 du 18 avril 2011¹, la Halde avait recommandé d'intégrer dans la loi l'interdiction des discriminations fondées sur le lieu de résidence, relevant qu'il existe une assignation sociale négative à partir de l'adresse, qui emporte un cumul de discriminations en matière de santé, d'emploi, de logement, d'éducation et d'accès aux transports.

Sur le terrain de l'accès aux biens et services, certaines pratiques commerciales illicites sont d'ores et déjà identifiées et pourront être sanctionnées, par exemple en cas de refus de vente, voire de refus de paiement par chèque, opposés en raison de l'adresse du candidat ou du client.

Le Défenseur des droits s'est prononcé sur les refus de paiement par chèque opposés à certains clients du fait de leur lieu de résidence, désormais considérés comme illégaux (MLD/2015-97, 20 mai 2015).

¹ <http://www.defenseurdesdroits.fr/decisions/halde/2011-121.pdf>

En matière de biens et services, l'introduction du nouveau critère du lieu de résidence vient renforcer la lutte contre les pratiques discriminatoires frappant notamment les étudiants ultramarins, s'agissant de refus de location, de crédit, de vente... fondés sur le lieu de résidence de leur caution.

Ainsi peinent-ils encore trop souvent à être traités comme tous les autres clients par les établissements bancaires et de crédit.

En ce qui concerne les personnes résidant en Outre-mer, le Défenseur des droits, qui dispose d'une implantation forte dans les départements et collectivités d'Outre-mer, avec un réseau local comportant une vingtaine de délégués et deux conseillers techniques (Réunion-Mayotte et Antilles) a pu se livrer à divers recoupements qui ont abouti à une décision MLD/2012-81 du 24 mai 2012², dénonçant les pratiques discriminatoires subies par les Ultramarins, notamment en matière d'accès au logement et au prêt bancaire.

Un réclamant s'est vu opposer un refus de crédit consommation en raison de la domiciliation réunionnaise de son compte en banque. Le Défenseur des droits a rappelé qu'un tel refus caractérise une discrimination prohibée et a recommandé à l'établissement de crédit d'ouvrir ses procédures d'octroi de crédit à l'Outre-mer (Décision MLD-2013-85 du 29 avril 2013).

Par ailleurs, le 1^{er} octobre 2013, le Défenseur des droits a signé avec la déléguée interministérielle à l'égalité des chances des Français d'Outre-mer, une convention de partenariat relative au traitement des réclamations, à l'échange d'informations sur les difficultés récurrentes qui touchent les ultra-marins, et à l'organisation d'actions de formation et d'information.

De ce point de vue, l'adoption de ce nouveau critère constitue, à n'en pas douter, un levier d'action tout fait utile pour contrer certaines pratiques discriminatoires aussi injustifiées que persistantes.

3. Les justifications recevables en matière d'accès aux biens et services

Il faut également relever que la loi prévoit elle-même deux exceptions à l'interdiction des discriminations à raison du lieu de résidence.

- En premier lieu, aux articles L1133-5 du code du travail et 225-3 6° du code pénal, il prévoit que « *les mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques et visant à favoriser l'égalité de traitement* » ne constituent pas une discrimination. Sur ce point, la loi nouvelle est conforme aux recommandations de la Halde³ qui avait souligné que les politiques d'action positives en matière d'emploi et de formation en faveur des habitants des zones urbaines sensibles ne sauraient être remises en cause par l'interdiction des discriminations fondées sur le lieu de résidence. Reste cependant à examiner comment pourront être mariés des impératifs contradictoires s'agissant des programmes de « régionalisation de l'emploi » Outre-mer.

² <http://www.defenseurdesdroits.fr/decisions/ddd/MLD-2012-81.pdf>

³ Délibération HALDE n°2010-36 du 22 février 2010

<http://www.defenseurdesdroits.fr/decisions/halde/2010-236.pdf>

- En second lieu, l'article 225-3 6° du code pénal précise que sont autorisés les refus de fourniture de biens ou de services « *lorsque la personne chargée de la fourniture d'un bien ou d'un service se trouve en situation de danger manifeste* ». Cette seconde exception est plus malaisée à cerner.

En l'absence d'indication légale ou jurisprudentielle sur ce qui constitue, en matière pénale, un « danger manifeste », la notion pourrait être rapprochée de celle d'état de nécessité (article L.122-7 du Code pénal), qui exige un danger inévitable et imminent, auquel on ne peut échapper qu'en commettant l'acte délictueux.

Par analogie, cette notion pourrait également être appréciée au regard de celle retenue en matière d'enfance en danger par l'article 375 du code civil. La Cour de cassation a précisé que les juges du fond doivent rechercher, pour caractériser ce danger manifeste, si « *par suite de son comportement ou de son état, le parent met manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant* »⁴. La Cour exige ainsi que soit rigoureusement démontrée une corrélation entre le comportement observé et le danger encouru.

Le Défenseur des droits a été amené à se prononcer sur l'exception prévue à l'article 225-2 du code pénal dans le cadre d'une réclamation relative au refus d'un transporteur privé de livrer du matériel informatique commandé par internet. Le Défenseur des droits a considéré, après avoir analysé les exceptions comparables dans notre droit national, que la simple allégation d'un risque lié notamment à la réputation de tel ou tel quartier ne saurait justifier un refus de livraison ou de prestation de service, sauf à cautionner les stéréotypes que la loi nouvelle entend précisément combattre (MLD/2015-101, 30 septembre 2015).

4. Impact sur les principes de gestion des services publics

On peut par ailleurs s'interroger sur les perspectives portées par ce nouveau critère.

En dénonçant la discrimination fondée sur lieu de résidence, le législateur a-t-il voulu amender le principe de libre administration des collectivités territoriales ou la portée des obligations de service public assurées par les villes, les conseils généraux ou les établissements publics ?

Lors des débats à l'Assemblée nationale, le rapporteur de cet amendement, Daniel Goldberg, soulignait l'ambition pédagogique du texte : « *... l'inscription de ce vingtième critère de discrimination dans le code pénal aura un intérêt pédagogique à l'égard des recruteurs, des responsables des ressources humaines mais aussi de nos propres services publics, dont l'action varie parfois en fonction des quartiers. Prenons l'exemple du service*

⁴ Cass. Civ 1ère, 20 février 2007, n°05-17618

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017636214>

public postal : la possibilité de recevoir un recommandé à domicile s'apprécie de manière bien différenciée. Certes, cela peut être dû à des raisons de sécurité qu'il ne s'agit pas de nier, mais que le fait d'habiter dans un endroit ou dans un autre ne donne pas accès aux mêmes services publics conduit à s'interroger sur notre République. »⁵

Cette approche, novatrice, est d'autant plus riche de développements potentiels que le problème de la preuve, précédemment évoqué, ne saurait constituer un obstacle. En effet, autant il peut paraître difficile d'établir la preuve qu'un demandeur d'emploi a été écarté d'une embauche à raison de son lieu de résidence, autant il est aisé d'établir une différence de traitement entre usagers par rapport aux implantations d'un service public ou aux prestations qu'il délivre. On retrouve ici la mise en jeu d'un principe fondamental bien connu du droit public, celui de l'égal accès au service public.

C'est d'ailleurs sur ce terrain de la disparité de traitement entre collectivités publiques que la Halde, puis le Défenseur des droits, ont été à l'origine saisis de cette problématique par des élus locaux. Cependant, le Défenseur des droits ne peut être saisi ni ne peut se saisir des différends susceptibles de s'élever entre les personnes publiques et organismes investis d'une mission de service public (article 10 de la loi organique du 29 mars 2011).

Depuis le vote de la loi, les premiers réclamants qui se sont adressés à l'Institution sont des particuliers qui ont systématiquement invoqué une différence de traitement au regard du service public (crèches, écoles, logements...) et notamment l'existence d'une « préférence locale » directe ou indirecte.

Cependant, on peut s'interroger sur la manière dont ce nouveau critère de discrimination va pouvoir coexister avec le fait que l'accès à certains droits fondamentaux est conditionné à un ancrage territorial précis et formel, alors même que ces droits ont une portée universelle.

Cet ancrage territorial nécessaire pour l'accès aux droits n'est pas synonyme de simple présence sur le territoire. Elle passe par la nécessité de disposer – à défaut d'un domicile – d'une domiciliation, a priori sans condition de durée particulière. Or, plusieurs catégories de personnes peuvent être présentes sur le territoire, sans être pour autant domiciliées en tant que telles et peuvent, de ce fait être exclues de l'accès à divers droits accordés aux autres habitants : sur le territoire d'une commune, ce sera notamment le cas des personnes hébergées, les SDF, les gens du voyage, les occupants sans droit ni titre (squats, terrains), mais aussi toute personne à qui l'on impose une durée minimum de vie sur la commune pour le bénéfice de l'aide sociale, voire l'accès aux logements sociaux. Sur le territoire du département, ce pourrait être le cas entre diverses catégories de prétendants à des prestations sociales. Sur le territoire de l'Etat, pourraient être concernés les demandeurs d'asile.

Or, la domiciliation est un critère déterminant pour l'exercice des droits les plus diversifiés. Sur le territoire communal : accès aux services publics obligatoires comme l'école, le mariage, le logement social ; accès aux services publics facultatifs comme les services de loisirs ou d'aide à la personne. Sur le territoire national : accès aux prestations sociales, à demander l'asile, à être inscrit sur une liste électorale.

⁵<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2013-2014/20140077.asp#P107592>

D'évidence ce « vingtième » critère de discrimination ouvre des champs d'intervention inédits au confluent, pour le Défenseur des droits, de ses compétences en matière de lutte contre les discriminations et de défense des droits des usagers des services publics, soulignant la nécessité d'un traitement unifié et cohérent de ces questions.

Quant à la problématique des refus de domiciliation opposés par les Centres communaux d'action sociale à l'égard de personnes vivant dans des bidonvilles, elle constitue un véritable obstacle à l'accès aux droits. En effet, alors même que la loi prévoit un droit à la domiciliation dans la commune⁶ de résidence, ces refus de domiciliation sont particulièrement préjudiciables dans la mesure où ils s'opposent à la reconnaissance de droits élémentaires tels que la garantie d'un suivi médical (15-000957, 27 février 2015), l'inscription des enfants à l'école, ou encore l'impossibilité de déclarer son activité (15-010237, 11 septembre 2015). C'est également sur ce fondement qu'une commune a refusé d'inhumier un enfant alors même que ses parents, d'origine roumaine, vivaient sur le territoire de la commune (MLD/2015-002, 6 janvier 2015).

Le Défenseur des droits a d'ailleurs été saisi de réclamations mettant en cause la disparité de la couverture territoriale par les services publics, laissant ainsi entrevoir une approche qui semble élargir la portée que le législateur avait voulu donner à ce 20^{ème} critère.

Ainsi, le Défenseur des droits a-t-il été saisi par des parents d'élèves et le maire d'une commune de la Seine Saint-Denis, des conditions dans lesquelles s'est effectuée la rentrée scolaire 2014, marquée par de nombreuses vacances de postes d'enseignants et le recours massif à des contractuels souvent peu ou pas expérimentés. Les requérants estimaient que ces éléments constituaient une discrimination en raison du lieu de résidence des familles qui obérait la qualité des enseignements prodigués et donc les chances de réussite de leurs enfants.

L'enquête du Défenseur tout au long de l'année 2015 a révélé que les contraintes administratives de l'académie et les particularités de ce territoire difficile avaient placé les élèves de certaines écoles de la commune dans une situation défavorable aboutissant à une rupture du principe d'égalité devant le service public. S'il a pu constater des avancées pour la rentrée 2015, le Défenseur a demandé au ministère de l'Education nationale et à l'académie concernée de dresser un bilan des besoins des écoles de la commune et de mobiliser les ressources nécessaires pour atteindre les objectifs fixés à ces zones d'éducation prioritaire (MSP-MLD/ 2015-262, 9 novembre 2015).

L'attention du Défenseur des droits a également été appelée sur l'impact financier et fonctionnel de la situation du seul établissement hospitalier métropolitain accueillant une population ayant un taux de précarité supérieur à 30%, au-delà duquel il est admis que les surcoûts organisationnels se multiplient et influencent significativement les durées de séjour et la mobilisation de moyens humains. Alertée par le Défenseur des droits, la ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes a proposé, dans le cadre du projet de loi de financement de la Sécurité Sociale pour 2016, une augmentation de la compensation financière au titre de la « MIG précarité » pour les établissements ayant un fort taux de précarité. Les établissements de santé concernés bénéficieront ainsi d'une

⁶ Articles L.264-1, L.264-4 et R.264-4 du code de l'action sociale et des familles ; une circulaire ministérielle du 25 février 2008 précise que les CCAS ont l'obligation de domicilier les personnes qui se trouvent de facto sur le territoire de la commune, et notamment les personnes vivant en bidonville

revalorisation de 30% du financement précédemment délégué afin de tenir compte de leur situation spécifique.

Conclusion

Le lieu de résidence, comme la précarité sociale, renvoie à une situation, temporaire ou durable, qui peut justifier une action de l'Etat mais n'est pas une caractéristique pérenne de la personnalité.

Les réponses de fond à la lutte pour les droits des personnes les plus défavorisée relèvent moins de la lutte contre les discriminations (action de nature juridique) que de la lutte contre les exclusions (action de nature politique et sociale). Or, la première ne saurait se substituer à la seconde.

Le Défenseur des droits a pu constater à travers les saisines qu'il a reçues depuis l'adoption de ce critère, qu'il est difficile à mettre en œuvre pour traiter les situations qu'il entendait initialement combattre – la discrimination à l'embauche ou le refus de service privé aux résidents de certains quartiers . Il est en fait mobilisé à des fins tout à fait distinctes - comme des contestations relatives à la tarification des services offerts par les communes ou la répartition des services publics sur le territoire.