



Paris, le 30 mai 2016

Avis du Défenseur des droits n°16-14

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 ;

Vu son avis au Parlement n°15-15 ;

Le Défenseur des droits a émis l'avis ci-joint sur la proposition de loi n° 2885 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

La proposition de loi n° 2885 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale entend interdire la discrimination fondée sur « la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur » en ajoutant ce critère à la liste des critères interdits :

- à l'article 225-1 du Code pénal ;
- à l'article L. 1132-1 du Code du travail ;
- aux articles 1 et 2 paragraphe 1 de la loi 2008-496 du 27 Mai 2008 visant l'emploi privé, l'emploi public et les professions indépendantes, ainsi que les recours civils en matière d'accès aux biens et services privés et publics.

Aujourd'hui, le droit français vise déjà 21 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, le « lieu de résidence » en 2014 et la perte d'autonomie en 2015.

Le Défenseur des droits est en charge de lutter contre les discriminations directes et indirectes prohibées par la loi ou un engagement international, mais aussi de la défense des droits de l'enfant et de la défense des droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public. A travers les réclamations qui lui sont adressées et qu'il instruit, il traite les réclamations relatives à des discriminations mais aussi d'une majorité de situations concernant l'accès aux droits des personnes en situation de précarité ou de grande pauvreté.

40% de ces saisines concernent des demandes liées aux prestations sociales, et 40 % les relations avec les autorités locales ou encore des atteintes aux droits fondamentaux.

Son action en faveur de l'accès aux droits irrigue toute son organisation qui s'articule autour du traitement des réclamations, d'une présence de proximité pour accueillir les personnes sur l'ensemble du territoire et la promotion de l'accès aux droits en lien avec le CGET et la politique de la ville. Son réseau territorial compte aujourd'hui 400 délégués répartis sur l'ensemble du territoire et son activité de promotion a été entièrement recentrée autour de la lutte contre le non accès aux droits, qui apparait comme un véritable enjeu de l'action publique en faveur des personnes en situation de précarité ou de grande pauvreté.

Les textes internationaux

Les conventions internationales et les textes européens appréhendent les droits des personnes en situation de précarité sociale dans les textes programmatiques qui définissent les obligations des Etats sous l'angle des discriminations mais surtout, qui posent les bases d'un cadre juridique distinct de lutte contre la pauvreté fondé, notamment, sur les garanties contre les atteintes à la dignité.

L'article 2 par. 2 du Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels (PIDESC) de l'ONU du 16 décembre 1966 et l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de l'ONU du 16 décembre 1966 visent tous deux l'origine nationale ou sociale, les conditions de fortune ou de naissance.

D'ailleurs, le Conseil des droits de l'Homme a adopté un texte intitulé « Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'Homme » du 18 juillet 2012, adopté le 27 sept. 2012, A/HCR/21/39, spéc. § 2, pour poser les orientations des obligations des Etats.

Ce texte ne s'appuie pas sur une élaboration conceptuelle fondée sur la rhétorique du droit des discriminations et la preuve de l'inégalité de traitement, mais sur la construction de la portée des obligations des Etats pour la protection de la dignité humaine et la lutte contre la pauvreté.

L'article 27 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant pose en son article 27 alinéa 1 : « Les Etats parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social. »

La Charte sociale européenne révisée prévoit, en son article 30, le droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale. Cette disposition fonde de nombreux recours devant le Comité européen des droits sociaux qui a rendu plusieurs décisions élaborant les obligations de l'Etat en matière de protection de la dignité et des garanties aux plus pauvres.

Quelques textes internationaux et européens, imposent aux Etats de ne pas adopter de politiques discriminatoires en relation avec la condition de fortune ou de pauvreté.

L'article 14 de la CESDH impose aux Etats de respecter le principe de non-discrimination eu égard aux droits garantis par la Convention sur les critères de condition sociale, de fortune et de naissance.

L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne impose également aux institutions européennes de mettre en place des politiques et d'adopter des textes qui ne comportent aucune discrimination fondée sur les origines ethniques ou sociales, (...), la fortune, la naissance.

La France remplit ses obligations internationales au regard de la lutte contre la pauvreté et l'égalité de traitement des personnes les plus précaires par l'ensemble de ses politiques publiques de lutte contre l'exclusion, ses dispositifs de prise en charge et le principe général de l'égalité d'accès aux services publics. Elle mène également une véritable politique d'accès au droit, à laquelle concourt le Défenseur des droits.

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.

Il vise en principe des critères qui relèvent de caractéristiques inhérentes à la personne. La législation consacrée à la lutte contre les discriminations est censée symboliser le refus de la société 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 « la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique », la condition sociale ou la pauvreté, de même que le lieu de résidence ne constituent pas un invariant mais une situation susceptible d'évoluer.

La particulière vulnérabilité résultant de la situation économique est une situation, temporaire ou chronique, qui peut justifier une action de l'Etat mais qui n'est pas une caractéristique pérenne de la personnalité.

Les réponses de fond à la lutte pour les droits des personnes les plus pauvres 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.

L'instauration de ce critère de discrimination élargira-t-il la protection des personnes ?

a. Définir l'objet de la protection

Le premier critère de discrimination interdite fondé sur une situation et un stéréotype qui ne soit pas un attribut de la personne, a été le critère du lieu de résidence adopté en février 2014.

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 la situation 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. En matière d'embauche, il est invoqué exclusivement pour justifier un refus fondé sur la distance entre le lieu de résidence et le lieu d'emploi (décision n° MLD 2015-114). En matière d'accès au service public, il est invoqué pour contester la tarification des services offerts par les communes ou la répartition des services publics sur le territoire. Ainsi, on peut craindre qu'il suscite une demande qui ne sera pas toujours couronnée d'efficacité juridique et qu'il répondra rarement aux attentes des réclamants.

Il faudrait éviter une situation analogue avec l'adoption d'un critère fondé sur « la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique ».

C'est pourquoi, d'une part, la définition du concept visé devrait être revue car elle fait glisser l'idée de prise en compte de la pauvreté vers celle de prise en compte de la vulnérabilité, situation ambiguë qui ne peut se caractériser exclusivement par la situation de pauvreté ou par la condition sociale (expression retenue par le législateur du Québec) des intéressés, vocables ayant tous une portée différente. Il apparaît que le terme de vulnérabilité, tout comme le terme précarité, emporte une analyse subjective par rapport à la situation visée et une variété de situations, qu'il conviendrait de préciser pour mieux définir l'objet de la protection recherchée par le législateur.

D'autre part, « la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique » n'emporte aucune caractéristique de la personne concernée. Il s'agit d'une situation qui, pour se transformer en caractéristique pouvant fonder une inégalité de traitement qui puisse être réprimée et faire l'objet d'une preuve, doit se traduire par une manifestation extérieure ou la communication d'informations pour l'objectiver.

Or, pour que la protection contre l'inégalité de traitement soit génératrice d'une protection, il faut établir que la prise en compte des indices de « la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique » est illégitime dans une situation donnée.

Aujourd'hui, plusieurs situations de précarité, de pauvreté ou de « particulière vulnérabilité résultant de la situation économique » sont déjà visées par les critères interdits par la loi. Les manifestations de la précarité sociale se traduisant par l'apparence physique ou le lieu de

résidence sont déjà protégées par les textes. La vulnérabilité des personnes migrantes a été reconnue par la Cour de cassation comme devant être protégée comme source de discrimination indirecte fondée sur l'origine¹. Le critère de la situation de famille, déjà prévu par les textes, a été interprété comme interdisant l'inégalité de traitement et la discrimination fondée sur la condition matrimoniale et les liens de parenté avec toute personne.

b. Définir la portée de la protection

La proposition de loi propose d'étendre la protection contre les discriminations en matière de « particulière vulnérabilité résultant de la situation économique » au Code du travail, au Code pénal – qui couvre l'emploi et l'accès aux biens et services.

La proposition de loi propose également d'amender la loi du 27 mai 2008. D'une part, de manière à étendre la protection à la portée maximale prévue par les textes - dont seule bénéficie aujourd'hui l'origine - prévue par l'article 2 par. 1, soit la discrimination directe et indirecte en matière : de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services. D'autre part, en étendant la protection au champ prévu par l'article 2 par. 2, soit en matière d'emploi privé, d'emploi public et de professions indépendantes.

En matière d'accès au service public

L'égalité d'accès aux droits sociaux, prestations et biens et services est aujourd'hui assurée par les principes généraux du droit administratif et tout un ensemble de régimes juridiques.

Par exemple, l'article L.1110-3 du code de la santé publique interdit la discrimination dans l'accès à la santé dans toutes les situations et de ce fait couvre les refus de prise en charge des personnes couvertes par la CMU/CMU-C. D'ailleurs, le Défenseur des droits a déjà fait des testings sur le sujet et a fait la preuve de ces discriminations. Cependant, malgré les maints rapports dénonçant ces discriminations, il apparaît que la solution aux problèmes identifiés en matière d'accès aux soins requiert une mesure spécifique pour mettre en place des conditions amenant les médecins à cesser de refuser ces patients.

Le Défenseur des droits traite plusieurs dizaines de milliers de dossiers de personnes en situation de grande précarité par an au titre de sa compétence en matière d'accès aux services publics.

Il constate que le principe d'égal accès aux services publics et les droits spécifiquement protégés, comme le droit à l'hébergement d'urgence ou le droit à l'école, sont déjà pris en compte par le droit commun. Cependant, le public visé par la grande précarité fait face à une grande difficulté à faire valoir ses droits et cette situation justifierait la mise en œuvre d'une véritable politique publique d'accès aux droits économiques, sociaux et culturels.

Il apparaît que la mise en œuvre d'une prohibition de discrimination ne permettra pas par elle-même d'élargir l'efficacité de la protection des droits des personnes en situation de grande précarité. Elle permettra dans de rares cas de rechercher la sanction pénale, à la condition qu'il soit possible d'établir et de dénoncer une volonté avérée d'exclusion et de refus de droit. Reste que la discrimination avérée reste très difficile à mettre en œuvre pour tous les critères de discrimination.

¹ Dos Santos, Cass. Soc. 3 nov. 2011, n°10-20.765, NP.

En matière d'accès aux biens et services privés

En matière d'accès aux biens et services privés, la solvabilité, les ressources financières et la capacité à payer la prestation posent dans plusieurs cas une exigence objective indépassable. Pour les autres situations, les personnes « ne portent pas leur vulnérabilité économique sur elles » et, le cas échéant, elles sont déjà protégées eu égard à leur apparence physique. Dans ce contexte, la preuve de la discrimination fondée sur la manifestation des signes de vulnérabilité économique apparaît difficile à mettre en œuvre et peu opérante pour construire des droits.

Une seule situation semblait pouvoir être visée par le nouveau critère de la précarité sociale : le refus de prestation en raison de la source des revenus qui en assurent le paiement, comme le RSA ou les APL. Toutefois, ce problème visait également d'autres publics, et notamment les personnes handicapées et les personnes âgées.

Le Défenseur des droits proposait dans son avis 15-15 du 9 juin 2015 de répondre à cette préoccupation légitime en adoptant « *une disposition interdisant de refuser une prestation de service en raison de la source des revenus* ».

Quoiqu'il en soit, avec la rédaction de la protection résultant de son adoption par le Sénat en première lecture, la protection de la vulnérabilité économique ne permettrait plus de contrer ces discriminations.

En matière d'emploi

En matière d'emploi, le droit du travail règlemente très précisément les exigences légitimes et les cas où les qualités personnelles sont pertinentes.

Les articles L. 5321-2 et 225-2-5 du Code pénal précisent déjà qu'une offre d'emploi ne peut comporter de référence à l'un des critères prohibés par les articles L.1132-2 du Code du travail et 225-1 du Code pénal, dont la situation de famille, l'apparence physique et le lieu de résidence.

De plus, l'article L. 1221-6 du Code du travail précise que les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles. Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations. Or, le mérite, les talents et les exigences professionnelles essentielles et déterminantes peuvent au regard du droit du travail fonder des choix qui sont dès lors considérés comme légitimes.

La protection offerte par le Code pénal exige de prouver l'inégalité de traitement dans l'un des champs visés par l'article 225-2 du Code pénal, mais aussi d'apporter des preuves explicites que ce traitement ou ce refus d'accès est fondé sur le critère visé, à savoir « la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique ».

Si l'on observe les réclamations reçues par le Défenseur des droits concernant des personnes en situation de grande pauvreté, elles visent en grande partie leurs relations avec les services publics dans des situations qui ne se prêtent pas à cette caractérisation juridique : personnes migrantes exclues des prestations sociales par des critères légaux, les Rom et occupants des bidonvilles se voyant refuser l'accès à l'école ou à la santé, les

demandeurs d'asile sans accès à l'hébergement d'urgence, et toutes les personnes qui rencontrent d'importantes difficultés dans leur relations avec les organismes de sécurité sociale.

Le Défenseur des droits soutient que les difficultés d'accès au droit des personnes en situation de grande pauvreté constituent indiscutablement une violation des droits fondamentaux. Mais la promesse d'une nouvelle protection se doit d'être efficace et opératoire. C'est pourquoi il s'interroge sur les conditions de l'efficacité d'une réponse juridique fondée sur le droit des discriminations. Etant l'une des institutions ayant vocation à mettre en œuvre cette protection, il souhaite attirer l'attention du législateur sur la nécessité d'assurer cette efficacité juridique de la protection contre les discriminations.

Le Défenseur des droits préconise de poursuivre le travail préparatoire sur ce nouveau critère afin d'évaluer, d'une part, l'impact du critère fondé sur le lieu de résidence, qui avait vocation à offrir une réponse aux personnes stigmatisées par leur quartier de résidence et, d'autre part, la portée de la protection qui sera offerte par un nouveau critère fondé sur la pauvreté, la précarité sociale ou la vulnérabilité économique.