Paris, le 1er juin 2016

---

**Avis du Défenseur des droits n°16-15**

---

**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 31 mai 2016 par la commission spéciale de l'Assemblée nationale chargée d'examiner le projet de loi n°3679 Egalité et Citoyenneté,

Émet l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Par ses interventions en faveur de l'accès aux droits, le Défenseur des droits contribue à ce que l'égalité revienne au cœur du projet républicain, afin que nul n'en soit exclu. La mission de protection des droits et libertés concerne le traitement des réclamations individuelles qui sont adressées au Défenseur des droits (soit 79.592 dossiers pour l'année 2015). Au-delà du traitement des saisines individuelles, le Défenseur des droits est également appelé à faciliter l'accès aux droits à la faveur des informations qu'il délivre, ou des orientations qu'il propose aux réclamants, avant de les accompagner pour parvenir à la résolution des litiges auxquels ils sont confrontés. L'institution déploie également une action de promotion de l'égalité et de l'accès aux droits consistant à faire connaître les droits à travers des démarches d'information des publics concernés, à conduire des actions de sensibilisation et de formation ou d'intervenir auprès des pouvoirs publics pour faire évoluer les cadres normatifs. Dans cette perspective, il mène enfin une politique active de partenariat et de dialogue avec la société civile.

Partant de cette expérience, le Défenseur des droits formule les observations suivantes.

**A. Citoyenneté et l'émancipation des jeunes (article 15)**

Le projet de loi prévoit la possibilité pour les mineurs de seize ans révolus, avec l'accord écrit préalable de leurs représentants légaux, d'être nommés directeurs ou codirecteurs de la publication de tout journal ou écrit périodique, même diffusé à l'extérieur des établissements scolaires. Cette disposition reprend une recommandation du Défenseur des droits soutenue dans son rapport du 27 février 2015, au comité des droits de l'Enfant des Nations Unies, sur la mise en œuvre par la France de la Convention internationale des droits de l'enfant. Pour le Défenseur des droits, en effet, ces publications constituent un précieux vecteur d'apprentissage de la citoyenneté et de la pratique démocratique.

Certes, de telles publications, lorsqu'elles sont diffusées à l'extérieur de l'établissement scolaire sont soumises aux dispositions de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881, cf. Circulaire n°02-026 du 1er février 2002 actualisant la circulaire n°91-051 du 6 mars 1991, ainsi qu'au régime de responsabilité spécifique qui est consubstantiel à la fonction de directeur de publication, cf. art. 42 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Le Défenseur des droits observe toutefois qu'en l'état actuel du droit, la responsabilité des lycéens peut d'ores et déjà se trouver engagée, en leur qualité de complices, sur le fondement de l'article 43 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Aussi est-il favorable à l'ouverture de la responsabilité des publications des journaux lycéens aux

mineurs à partir de 16 ans, pour les publications diffusées à l'extérieur de l'établissement scolaire. Il préconise toutefois que cette ouverture s'accompagne d'un dispositif d'information, visant à leur apporter non seulement les connaissances propres à cet outil spécifique de communication qu'est la presse, ainsi que les notions juridiques de base qui s'appliquent à ce domaine.

**B. Mixité sociale et Égalité des chances dans l'habitat**

1° Sur le rétablissement des équilibres sociaux (articles 20 et 21)

La recherche d'un équilibre entre le droit au logement et la mixité sociale constitue l'essence du volet « logement » du projet de loi. Celui-ci repose sur une approche rénovée du concept de mixité sociale qui, pour la première fois, est définie par la loi. Pour mémoire, la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) avait opportunément recommandé au gouvernement de préciser plus avant les éléments nécessaires à la compréhension de l'objectif de mixité sociale, ainsi que les principes devant guider sa mise en œuvre lors de l'attribution de logements sociaux (Décision n° 2009-133 du 16 mars 2009).

Modifiant l'article L. 441 du code de la construction et de l'habitation sur les principes généraux devant orienter l'attribution des logements sociaux, l'article 20 du projet de loi *Egalité et Citoyenneté* apporte les éléments de clarification attendus par la voie légale, répondant ainsi à la recommandation de la HALDE précitée. La mixité sociale repose d'une part sur un principe d'égalité, selon lequel « *tous les citoyens doivent pouvoir accéder à l'ensemble des secteurs d'un territoire* » et, d'autre part, « *suppose de favoriser l'accès au logement des plus modestes hors des quartiers prioritaires de la politique de la ville (QPV)* ». Il s'agit non seulement ici de mettre fin à des pratiques qui conduisent à refuser l'accès au logement des demandeurs pourtant prioritaires au titre du DALO, mais également de promouvoir la mixité sociale en favorisant l'accès des demandeurs les plus modestes hors des quartiers en difficulté vers lesquels ils sont aujourd'hui principalement orientés, et ainsi rétablir l'égalité des chances pour ces derniers et lutter contre les risques de ségrégation territoriale. Le nouveau dispositif fondé sur des objectifs d'attribution quantifiés et territorialisés devrait contribuer à garantir le droit au logement des plus modestes, dans le respect de l'égalité et de la non-discrimination.

Le dispositif des articles 20 et 21 fondé sur cette nouvelle conception de la mixité sociale, constitue une avancée afin de garantir le droit au logement des plus modestes, tout en

recherchant de meilleurs équilibres sociaux dans l'occupation du parc HLM. **Le Défenseur des droits soutient en particulier :**

- **la contribution explicite de l'ensemble des acteurs du logement social, bailleurs, collectivités territoriales, réservataires, notamment Action Logement, à l'objectif de mixité sociale ainsi redéfini ;**
- **le principe du pilotage de l'attribution de logements sociaux à l'échelle intercommunale pour les intercommunalités visées par le projet de loi ;**
- **l'interdiction d'un refus d'attribution au seul motif de l'absence de lien avec la commune d'implantation du logement**.

Le Défenseur des droits observe en effet que l'échelle communale est inadéquate pour atteindre la mixité sociale attendue, l'attribution de logements donnant lieu à une « préférence communale » quasi-systématique, ainsi qu'à des pratiques d'évitement voire de refus de demandeurs DALO pour ne pas aggraver la pauvreté dans les quartiers difficiles ( « L'égalité d'accès au logement social à l'épreuve des territoires », Défenseur des droits, CGET, PUCA, Etude et résultats », mars 2016).

Sur l'absence de liens avec la commune d'implantation du logement, le Défenseur des droits observe avec satisfaction que ses recommandations émises dans sa décision n°2013-106 du 20 juin 2013 relative au projet de cotation de la Ville de Paris ont été reprises dans l'étude d'impact du présent projet de loi.

**Le Défenseur des droits appelle toutefois à la vigilance sur :**

- **la complexité du dispositif mis au jour, dont la mise en œuvre pourrait risque de nuire à l'objectif affiché de mixité. Aussi le Défenseur des droits appelle-t-il de ses vœux la délivrance d'une information et une communication claire et lisible sur le nouveau cadre législatif à l'endroit des demandeurs ;**
- **la nécessaire adhésion des intercommunalités, dont il conviendra de s'assurer, ainsi que la mise en œuvre des nouvelles compétences qui leur reviennent dans les meilleurs délais.**

2° Sur la procédure d'attribution (articles 22 à 25)

S'agissant de la procédure d'attribution, le Défenseur des droits soutient en particulier:

- **la clarification des critères de priorité d'attribution, redéfinis et harmonisés pour les différents dispositifs ou filières par lesquels le demandeur peut être**

**reconnu prioritaire**, **qu'il s'agisse du recours DALO, des accords collectifs ou des critères généraux de priorité de l'article L. 441-1 du Code de la Construction et de l'habitation** ;

- **l'implication explicite de tous les acteurs du logement social, bailleurs et réservataires, notamment les collectivités territoriales et Action Logement, dans la mise en œuvre du droit au logement des demandeurs prioritaires dans le respect des critères de priorité redéfinis, par des objectifs quantifiés à atteindre (25%) dont le non-respect est sanctionné par une substitution du préfet pour les attributions manquantes, ces attributions pouvant s'imputer, s'agissant des collectivités territoriales, sur leur contingent de logements ;**
- **la suppression immédiate des délégations aux communes de la gestion des logements réservés à l'Etat pour le logement des défavorisés dans le cadre du contingent préfectoral ;**
- **la logique de transparence engagée dans la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 *pour l'accès au logement et un urbanisme r*énové, qui se prolonge dans le présent projet de loi** : modalités de désignation des candidats rendues publiques ; connaissance partagée de la demande mais aussi de l'occupation sociale du parc ; mise en place un dispositif de cotation de la demande et/ou de location choisie par lequel le demandeur peut se positionner sur des offres de logement publiées notamment sur Internet.

Toutes ces mesures qui visent à une meilleure transparence des attributions et à impliquer tous les acteurs du logement dans la mise en œuvre du droit au logement répondent en effet à des recommandations et préconisations formulées par le Défenseur des droits notamment dans sa décision 2015-291 du 16 décembre 2015 sur l'accès au logement social.

**En outre, afin que les droits fondamentaux des demandeurs soient garantis par les nouveaux dispositifs mis en place par les intercommunalités pour une attribution plus transparente (art. L. 441-1-8 et R. 441-2-10 du code de la construction et de l'habitat), le Défenseur des droits recommande :**

- **que les intercommunalités s'assurent de la conformité des dispositifs avec les droits fondamentaux des demandeurs préalablement à leur adoption ;**
- **la création d'une obligation d'évaluation annuelle de ces mêmes dispositifs, afin de garantir leur adéquation avec les droits fondamentaux des demandeurs dans le temps ;**

- **conformément à sa recommandation émise dans la décision n°2013-206 du 20 juin 2013 sur le projet de cotation de la Ville de Paris, la création d'une obligation de vérification du respect des droits précités par les systèmes de qualification de l'offre à élaborer par les intercommunalités, en veillant notamment à ce qu'ils ne conduisent pas à conditionner l'accès des demandeurs aux caractéristiques des occupants en place afin de ne pas reproduire les pratiques d'exclusion.**

3° Sur la modulation des loyers et la mobilité des locataires (articles 26 à 28)

Le respect des droits des ménages modestes ou défavorisés se heurte en pratique à des freins structurels, qui concernent tant la production de logements que l'utilisation qui est faite du parc existant, **en termes de gestion des attributions comme de maintien dans les lieux**. Les articles 26, 27 et 28 du projet de loi ont pour objet de favoriser l'occupation plus juste du parc social, avec un nouveau dispositif de modulation des loyers destiné à favoriser l'accès des plus modestes aux secteurs hors QPV, ainsi que la réévaluation des dispositifs de supplément de loyer de solidarité (SLS) et de perte du droit au maintien dans les lieux.

La modulation des loyers apparaît pertinente au Défenseur des droits, malgré d'absence de recul sur les effets dans le temps de la mesure. L'introduction de règles autorisant la fixation du loyer, indépendamment du financement d'origine doit notamment contribuer à une nouvelle modalité de calcul des loyers, définie en fonction de l'objectif de mixité sociale au sens du projet de loi et non du seul bâti. Enfin, le Défenseur des droits relève avec satisfaction la reprise de ses recommandations relatives à la perte du droit au maintien dans les lieux pour les locataires dont les ressources dépassent significativement les plafonds fixés pour l'accès au logement social, portées dans le cadre de sa décision-cadre n°2015-291 du 14 décembre 2015. Dans le même sens, il soutient la suppression des dérogations et exemptions pour l'application du Supplément de Loyer de Solidarité (SLS) et la perte du droit au maintien dans les lieux pour les locataires qui ne répondent pas à l'enquête sur le SLS pendant deux années consécutives qui, selon l'étude d'impact, concernent un nombre considérable de locataires . Les effets attendus sur la mobilité, que permettent de mesurer les estimations de l'étude d'impact sur le nombre de locataires concernés, invitent à recommander la stricte application de la suppression des dérogations et exemptions pour l'application du SLS, de même que la sanction des locataires qui ne répondent pas à l'enquête sur le SLS pendant deux années consécutives.

**Par ailleurs, conformément à la décision n°2015-291 du 14 décembre 2015, le Défenseur des droits recommande que soit reformulée la définition de la notion de sous-occupation figurant dans le code de la construction et de l'habitation (art. L.442-3-1 et R.641-4), comme visant les logements HLM, dont le nombre de pièces habitables, non compris les cuisines, est supérieur de plus d'une au nombre de personnes qui y ont leur résidence principale, soit en pratique un F4 occupé par 2 personnes ou un F3 pour une personne.**

4° Sur l'application du dispositif dit « SRU » (articles 29 à 32)

Le recentrage de l'application du dispositif dit « SRU » sur les communes où la demande de logements sociaux est avérée démontre l'intérêt de disposer d'outils statistiques permettant d'objectiver la demande, afin d'en faire une aide à la programmation de l'offre. Les statistiques, et notamment les données du système national d'enregistrement de la demande (SNE), pourraient aussi permettre à l'avenir de définir des objectifs qualitatifs, notamment en termes de typologie par financements (PLAI, PLUS, PLS), en s'appuyant sur les données relatives au revenu des demandeurs.

L'inclusion des terrains familiaux aménagés au profit de gens du voyage en demande d'ancrage territorial dans le décompte des logements sociaux au titre de l'article 55 de la loi SRU apparaît pertinente, au vu de la situation sociale ces ménages qui répondent en majorité aux critères de demandeurs prioritaires.

Enfin, l'instauration de sanctions en cas de non-respect des objectifs qualitatifs constitue également une avancée importante pour garantir le droit au logement des plus modestes, tout en poursuivant l'objectif de mixité sociale.

**C. Dispositions relatives à la langue française (article 35)**

Au regard des enjeux que représente la maîtrise de la langue française et que relève fort justement l'exposé des motifs, le Défenseur des droits estime que, au-delà des mesures prévues à l'article 35 du projet de loi en faveur de la lutte contre l'illettrisme et de l'amélioration de la maitrise de la langue française, un véritable « droit fondamental à la langue française » devrait être érigé en tant que tel par le législateur.

**D. Concernant le titre III « Pour l'Egalité réelle »**

1° Sur l'ouverture du « troisième concours » (article 36)

L'article 36 modifie la voie d'accès à la fonction publique dite du « troisième concours », afin de permettre la diversification des profils socioéconomiques, en ouvrant plus largement les portes de l'administration. Rédigé en l'état, le projet d'article permettrait à toute personne de candidater à cette troisième voie, quelle que soit la nature de l'activité professionnelle exercée (ceci comprenant les mandats de membre d'une assemblée élue d'une collectivité territoriale ou des activités en qualité de responsable, y compris bénévole, d'une association).

Si le Défenseur des droits se réjouit de ce dispositif qui, à n'en pas douter, contribuera à ouvrir la fonction publique à une plus grande diversité de profils et de compétences, **il s'interroge toutefois sur les motifs conduisant à limiter plus avant les restrictions affectant l'accès à certaines professions pour les étrangers ou les ressortissants de l'Union Européenne**. Nombre d'emplois demeurent en effet réservés à des ressortissants nationaux ou de l'Union européenne, sans que des considérations tenant à la nature de l'emploi puissent toujours justifier de telles différences de traitement. Dans un rapport de Daniel GOLDBERG relatif à la proposition de loi *visant à supprimer les conditions de nationalité qui restreignent l'accès des travailleurs étrangers à l'exercice de certaines professions libérales ou privées*, la commission des lois de l'Assemblée nationale y voyait ainsi « une forme institutionnalisée de traitement discriminatoire à raison de la seule nationalité ».

Ces emplois dits « fermés » se rencontrent avant tout dans le secteur public, mais existent également en grand nombre dans le secteur privé.

Aucun principe constitutionnel n'impose toutefois de réserver aux seuls ressortissants français l'accès aux emplois publics, sauf si la fonction en question est inséparable de l'exercice de la souveraineté ( art. 5 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant *droits et obligations des fonctionnaires*) et comporte une « *participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique* » (décision n°91-293 DC du 23 juillet 1991 loi portant *diverses dispositions relatives à la fonction publique*).

Dans sa décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998 sur la loi relative *à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, le Conseil constitutionnel a par ailleurs rappelé qu'il

était possible de déroger à ce principe, « *dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre d'un engagement international de la France et sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* ». Dans sa délibération n° 2009-139 du 30 mars 2009, la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations avait ainsi recommandé la suppression de la condition de nationalité pour l'accès aux emplois des trois fonctions publiques, aux emplois des établissements et des entreprises publiques et aux emplois.

De même, dans un arrêt du 30 septembre 2003 la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) a indiqué que les atteintes portées au principe de libre circulation des travailleurs ne sauraient être justifiées du seul fait que des prérogatives de puissance publique sont attribuées par le droit national aux titulaires des emplois en cause. Celles-ci doivent être limitées à ce qui est strictement nécessaire à la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat. Enfin, dans un avis du 11 septembre 2014, le Conseil d'Etat a souligné la position de la CJUE sur les emplois fermés, ces derniers supposant de la part de leurs titulaires, l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'Etat ainsi que la réciprocité des droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité.

En matière d'emploi privé où les discriminations fondées sur la nationalité sont expressément prohibées par le code du travail (art. L. 1132-1), le Défenseur des droits s'interroge sur le motif conduisant la législation à exiger que certains emplois demeurent totalement fermés, alors qu'il ne semblent pas participer de la souveraineté de l'Etat, ni de l'exercice d'une prérogative de puissance publique et apparait contraire à la directive 2000/78 **du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail**. Ainsi en va-t-il de la fonction de dirigeant ou gérant d'une entreprise ayant pour objet la publication ou l'édition d'un périodique destiné à la jeunesse qui demeure fermée aux étrangers, cf. loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 *sur les publications destinées à la jeunesse*, alors même que d'autres emplois du secteur de la communication ont été ouverts aux ressortissants européens, comme celui de directeur d'une société coopérative de messageries de presses, directeur de publication de presse, cf. loi n° 2015-433 du 17 avril 2015 portant *diverses dispositions tendant à la modernisation du secteur de la presse*.

Plus généralement, dans le contexte d'une ouverture croissante des emplois fermés au bénéfice des ressortissants européens, les différentes justifications produites en soutien du maintien de la condition de nationalité à l'égard des ressortissants non européens perdent considérablement de leur force. Dans le secteur privé, seuls les offices publics et ministériels

ainsi que certains emplois regardés comme conférant à leur titulaire des prérogatives de puissance publique restent fermés aux ressortissants européens, malgré une politique contentieuse activement menée par la Commission visant à les ouvrir.

Pour la majorité des emplois publics, les étrangers hors Union Européenne ont la possibilité d'exercer les mêmes missions que les citoyens français et les ressortissants européens, sous le statut plus précaire d'agent contractuel. Cette situation témoigne de ce que les emplois demeurant fermés aux étrangers n'ont finalement pas d'autre fondement objectif que la nationalité. **Elle n'en relève donc que mieux le caractère discriminatoire des exclusions visant les ressortissants tiers à l'Union.**

A cet égard, le Défenseur des droits a été saisi de la situation de près de 800 employés de la SNCF de nationalité ou d'origine marocaine. Ces derniers, en raison de leur nationalité, ont été recrutés au début des années 70 sous un statut spécial dit « PS25 ». Du fait de ce statut, ils ont été exclus du service médical et de la caisse de prévoyance des cheminots et n'ont connu aucune évolution de carrière mais des rémunérations et des retraites substantiellement plus faibles que les salariés nationaux. Dans plusieurs jugements du 21 septembre 2015, le Conseil des Prud'hommes de Paris a condamné la SNCF pour discrimination en octroyant en moyenne 200 000 euros de dommages et intérêts pour préjudice de carrière et de retraite. Dans ces affaires, le Défenseur des droits présentera des observations devant la Cour d'appel.

**Considérant que les différences de traitement entre français et étrangers d'une part, et d'autre part, entre européens et non-européens, par le maintien d'une condition de nationalité pour l'accès à certains emplois, ne reposent plus sur aucun fondement légitime, le Défenseur des droits recommande conformément aux propositions de son rapport consacré à la question des *Droits Fondamentaux des Etrangers en France* du 9 mai 2016 :**

**- le recensement de l'ensemble des emplois demeurant fermés aux étrangers dans le secteur privé en France, les dernières données exhaustives en la matière datant de 1999 ;**

**- la suppression des conditions de nationalité fixées pour l'accès aux trois fonctions publiques, aux emplois des établissements et entreprises publics ainsi qu'aux emplois du secteur privé, à l'exception de ceux relevant de la souveraineté nationale et de l'exercice de prérogatives de puissance publique.**

2° Sur la répression des délits de provocations, de diffamations et d'injures racistes ou discriminatoires figurant dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, ainsi que sur la généralisation du dispositif des circonstances aggravantes de racisme, d'homophobie à l'ensemble des crimes et des délits (articles 37 et 38)

Le Défenseur des droits salue le durcissement opéré par l'article 37 du texte, s'agissant de la répression des délits de provocations, de diffamations et d'injures racistes ou discriminatoires (fondées sur le sexe, l'identité ou l'orientation sexuelle, ou sur le handicap) figurant dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse avec :

- l'ajout de la peine complémentaire de stage de citoyenneté ;
- l'alourdissement de la peine des injures fondées sur les caractéristiques personnelles protégées (6 mois et 22 500 euros) au même niveau que celle des provocations et des diffamations (1 an et 45 000 euros) ;
- l'exclusion de l'excuse de provocation en matière d'injures racistes ou discriminatoires ;
- la dérogation à l'interdiction de principe posée par la loi de 1881 permettant la requalification à tout moment de la procédure entre les délits de provocations, de diffamations et d'injures racistes ou discriminatoires;
- la suppression de l'exigence d'articulation et de qualification des faits dans les réquisitions du parquet interruptives de prescription.

De même, l'article 38 généralise-t-il opportunément les circonstances aggravantes de racisme et d'homophobie qui sont actuellement prévues pour certaines infractions limitativement énumérées, à l'ensemble des crimes et des délits.

Le Défenseur des droits observe toutefois que s'il était voté en l'état, le projet de texte conduirait à substituer la notion « d'infractions commises à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une race » prévue à l'article 132-76 du code pénal, par celle « d'infractions commises pour des raisons racistes », suivi de « ou à raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, ».

Si le Défenseur des droits reconnaît l'intérêt symbolique et politique de la démarche, ainsi qu'il a déjà eu l'occasion de le souligner dans son avis n° 13-05 sur *la proposition de loi tendant à la suppression du mot « race » de notre législation*, il avait également, dans ce même avis, appelé l'attention des pouvoirs publics sur le risque de fragilisation des mécanismes juridiques de protection des victimes d'actes de racisme qui découlent des

conventions internationales et européennes faisant référence à ces termes, qu'il s'agisse notamment de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de l'ONU de 1965, de la Déclaration sur la race et les préjugés raciaux de l'UNESCO (27 novembre 1978), ou de la Charte des droits fondamentaux et des textes communautaires.

De même, le récent traité de fonctionnement de l'Union européenne emploie le mot « race » à deux reprises. Là encore, l'interprétation du mot a été précisée. Ainsi, dans la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (qui fonde une grande part de la législation française en matière de lutte contre les discriminations, il est précisé (considérant 6) : « *L'Union européenne rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. L'emploi du mot "race" dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories* ».

D'autre part, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), « instance du Conseil de l'Europe chargée de combattre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance dans la grande Europe sous l'angle de la protection des droits de l'homme », en adoptant sa recommandation de politique générale n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale (13 décembre 2002), n'a pas manqué d'indiquer : « *Tous les êtres humains appartenant à la même espèce, l'ECRI rejette les théories fondées sur l'existence de «races» différentes. Cependant, afin d'éviter de laisser sans protection juridique les personnes qui sont généralement et erronément perçues comme appartenant à une «autre race», l'ECRI utilise ce terme dans la présente recommandation* ».

On ne peut donc manquer de s'interroger sur les effets juridiques d'une démarche consistant à supprimer les expressions « race » et « racial(e) » tout en conservant le substantif « racisme » (sans qu'il soit d'ailleurs précisé ce qu'il adviendra de l'adjectif « raciste » qui qualifie certains actes).

En pure logique, dès lors que la notion de race est abolie, peut-on conserver le concept de racisme pour en tirer des effets de droit ? Si l'on substitue la notion d'ethnie à celle de race, n'y aurait-il pas lieu de substituer celle « d'ethnisme » à celle de racisme ? A l'inverse, si l'on admet que la notion de racisme doit persister dans nos textes en tant qu'elle renvoie à un point de vue subjectif (nul ne disconvient de l'existence de tenants d'idéologies racistes), pourquoi en irait-il autrement des termes de « race » et « racial(e)(e) » ?

Le Défenseur des droits souligne aussi la nécessité de ne pas risquer de fragiliser les procédures contentieuses en cours, les incriminations à caractère pénal étant d'interprétation stricte.

**Le Défenseur des droits s'interroge donc sur :**

**- les effets d'une démarche consistant à supprimer le mot «race» tout en conservant le substantif «racisme». La question est posée des effets de droit qui peuvent objectivement être rattachés à la notion de racisme, dès lors que celle de race est abolie.**

**- Les conséquences probatoires d'une telle substitution, imposant au juge d'interroger le mobile raciste du criminel ou du délinquant, qui risquerait de réduire concrètement l'efficacité de la répression de tels actes.**

**Le Défenseur des droits recommande enfin que le « sexisme » soit considéré comme une circonstance aggravante généralisée par l'article 38 du projet de loi et que le mot sexe soit intégré à la liste figurant à l'article 132-77 du code pénal en écrivant : « en raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ».**

3° Sur l'alignement des motifs discriminatoires (article 41)

L'article 41 du projet de loi a par ailleurs pour objet l'alignement des motifs discriminatoires prévus aux articles 1 et 2 de 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*, afin de rendre plus efficiente la protection prévue en matière civile, sans contraindre les victimes à s'adresser au juge pénal. **Un recul de dix années sur la mise en œuvre du régime juridique de lutte contre les discriminations conduit le Défenseur des droits à soutenir cet ajustement législatif, qu'il avait d'ores et déjà appelé de ses vœux dans un avis daté du mois d'octobre 2015 (avis n°15-23 du 28 octobre 2015 concernant le projet de loi n°661 portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle)**. En effet, les conventions internationales et les directives européennes ont hiérarchisé les critères de discrimination de manière à exiger des protections variables, d'un critère à l'autre. Les critères de l'origine et du sexe bénéficient ainsi d'un recours civil en matière d'accès aux biens et services, alors que les critères de l'orientation sexuelle, de l'âge, de la religion, du handicap et des convictions politiques ne sont visées que par les textes relatifs aux discriminations en emploi et, s'agissant de l'accès aux biens et aux services, par les articles 225-1 et 225-2 du code pénal. La capacité d'intervention dans le

cadre pénal demeure limitée, le régime d'aménagement de la charge de la preuve étant exclu et la preuve e l'intention discriminatoire étant requise, les affaires étant le plus souvent classées sans suite par le juge pénal. Au-delà, le droit français a adopté ses propres critères qui s'alignent sur le régime restreint du code pénal en matière d'accès aux biens et services, sans explication apparente des différences de protection. **Aussi la création d'une voie de recours civile en matière d'accès aux biens et aux services pour l'ensemble des critères apparaît-elle tout à fait opportune, au même titre qu'une harmonisation du champ d'application des différents critères.**

Si le Défenseur des droits salue le principe d'un alignement des critères prohibés par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 sur la liste des critères visés à l'article 225-1 du code pénal, le dispositif proposé appelle toutefois quelques propositions supplémentaires :

- Consacré par l'article 23 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, le **critère de la perte d'autonomie** n'a été introduit qu'au premier alinéa de l'article 1er de 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, et non à l'article à l'article 225-1 du code pénal. De **ce fait, la modification de la formulation de la liste des critères énoncés dans la loi du 27 mai 2008 en faisant référence à la liste de l'article 225-1 du Code pénal, prévue par le présent projet de loi, évince le critère de la perte d'autonomie de la liste des critères interdits par la loi. Le Défenseur des droits propose que ce critère de discrimination adopté par le législateur en décembre 2015 soit ajouté à la liste des critères visés par l'article 225-1 du code pénal**
- La liste des critères prohibés par l'article 225-1 du Code pénal mentionne le patronyme, alors même que l'article L.1132-1 du code du travail relatif au principe de non-discrimination dans l'emploi fait référence au nom de famille. **Le Défenseur des droits considère qu'une harmonisation dans le libellé des critères devrait être opérée et que le « nom de famille » remplace le critère du « patronyme » à la liste des critères énoncés à l'article 225-1 du code pénal.**

- Alors que l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits des personnes Handicapées (CIDPH), ratifiée par la France en 2010, consacre la notion d'**aménagement raisonnable** comme corollaire du principe général de non-discrimination à l'égard des personnes handicapées, le Défenseur des droits constate que le refus de procéder à de tels aménagements n'est pas expressément prévu par la loi du 27 mai 2008 et par le code pénal. En effet, l'article 2 de la Convention

précise que *« La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable ; On entend par aménagements raisonnables*, *les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales* ». L'obligation d'aménagement raisonnable s'inscrit donc concrètement dans l'interdiction de toute forme de discrimination fondée sur le handicap et repose sur l'idée que certaines catégories de personnes, du fait de leurs caractéristiques personnelles spécifiques, nécessitent des aménagements pour permettre l'exercice effectif de leurs droits sur la base de l'égalité avec les autres. **Aussi, conformément à la CIDPH, apparaît-il opportun de sanctionner le refus de procéder à de tels aménagements comme une discrimination.**

Il convient de préciser que l'obligation d'aménagement raisonnable est une obligation de moyen et non de résultat. A l'instar de ce qui existe en matière d'emploi, son application aux biens et services impose de rechercher les aménagements possibles et d'apprécier, au regard des critères définis précédemment, leur caractère raisonnable. Seul le refus de mettre en œuvre les aménagements répondant à cette exigence serait donc considéré comme discriminatoire.

Une définition, conforme à la celle retenue par la CIDPH, pourrait dès lors être introduite à l'article 1er de la loi du 27 mai 2008 ainsi qu'à l'article 225-2 du code pénal. **Cette définition permettrait d'assurer, de manière transversale, une protection des personnes handicapées dans l'ensemble des champs de discrimination et de couvrir les différents secteurs visés par ces champs.** En effet, s'agissant de l'emploi, l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées, en application de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, n'a été qu'imparfaitement transposée dans la mesure où la loi ne vise aujourd'hui que les seuls les employeurs privés relevant du code du travail ainsi que les employeurs publics relevant des trois fonctions publiques (article L. 5213-6 du code du travail et article 6 sexies de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983).

- Enfin, la démarche entamée par le législateur pour modifier *mutatis mutandis* la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 pourrait également être l'occasion de préciser plus avant les termes et la portée de la transposition du concept de **harcèlement discriminatoire** et qu'un recours civil puisse être également prévu pour **les personnes victimes de harcèlement sexuel commis dans d'autres domaines**

**que celui de l'emploi,** afin qu'elles puissent bénéficier, comme d'autres victimes de discrimination, de l'aménagement de la preuve tel que prévu par l'article de la loi du 27 mai 2008..

La directive emploi 2000/78 et la directive origine 2000-43 Dans leur article 2 (3), et la directive 2006/ 54 sur l'égalité de traitement fondée sur le sexe en matière d'emploi à l'article 2 paragraphe 1, indiquent que « le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination ». L'article 1er de la loi du 27 mai 2008 a transposé en droit interne dans le cadre de la définition du concept de discrimination, la définition du harcèlement discriminatoire tel que défini dans les directives 2000/43 et 2000/78.
Il ne reprend pas le terme de harcèlement et définit le comportement visé comme un « agissement ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant ».
Cette définition est en décalage avec la définition de harcèlement du droit français qui requiert des agissements répétés à l'article L. 1152-1 du code du travail, et la loi du 27 mai ne vise pas les 21 critères visés par le droit français. Ainsi, cette situation crée la nécessité de s'en référer au harcèlement au sens de la loi du 27 mai 2008 par référence aux directives , et la portée du concept à l'ensemble des critères de discrimination visés par le droit français reste imprécise.

Enfin, la loi du 17 août 2015 a introduit dans le code du travail l'interdiction des agissements sexistes dans l'article L.1142 « *Nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.* » Il serait souhaitable qu'une disposition similaire puisse être introduite dans la Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Ainsi, à l'instar des salariés de droit privé, les agents publics bénéficieront d'une protection contre les agissements sexistes.

**Le Défenseur des droits propose donc de préciser les textes en introduisant à l'article 1er alinéa 1° de la loi du 27 mai 2008 la notion de « harcèlement discriminatoire », dans une définition de la discrimination ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des critères de discrimination prohibés :**

*La discrimination inclut:*
*1° Le harcèlement entendu comme tout comportement indésirable, y compris isolé, lorsqu'il est d'une particulière gravité, lié à l'un des motifs mentionnés au*

*premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;*

**Compte tenu de ce qui précède, le Défenseur des droits recommande :**

**- que le critère de « la perte d'autonomie » soit ajouté à la liste des critères prohibés par l'article 225-1 du code pénal, cette nouvelle liste étant reprise dans la nouvelle version de la loi de mai 2008 ;**

**- que le critère « patronyme » prévu à l'article 225-1 du code pénal soit remplacé par le critère « nom de famille » prévu par l'article L.1132-1 du code du travail, dans un souci de cohérence rédactionnelle ;**

**- que soit inséré à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, un alinéa rédigé comme suit : « *La discrimination inclut le refus de mettre en place les aménagements raisonnables requis en faveur d'une personne handicapée. Constituent des aménagements raisonnables, les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales* » ;**

**- que les mots « *le harcèlement entendu comme tout comportement indésirable, y compris isolé lorsqu'il est d'une particulière gravité, lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant*» soient ajoutés au 1° de l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 ;**

**- la Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires introduise une disposition favorisant la protection des agents publics contre les agissements sexistes comme cela existe pour les salariés de droit privé.**

4° Sur le besoin d'amélioration des dispositifs de prévention des discriminations collectives, notamment dans l'emploi

Le Défenseur des droits entend souligner l'importance de ne pas réduire la lutte contre les discriminations au champ de la protection des droits. Pour être efficient, le renforcement bienvenu du volet contentieux de la lutte contre les discriminations doit être assorti d'une réflexion en faveur de l'amélioration des dispositifs de prévention des discriminations collectives, ce notamment dans l'emploi. L'exemple de la promotion de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, des travailleurs en situation de handicap, des séniors, vient rappeler, qu'en dehors des obligations légales, les employeurs peinent à engager de réelles politiques d'égalité.

Si récemment la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative *au dialogue social et à l'emploi,* est venue préciser que la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porterait désormais également sur les « *mesures permettant de lutter contre toute discrimination en matière de recrutement, d'emploi et d'accès à la formation professionnelle* » (art. L. 2242-8 du code du travail), **le texte ne prévoit cependant pas d'indicateurs et d'objectifs de progression permettant d'en suivre la réalisation.**

La transposition de la directive 2014/95/UE relative à la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes qui doit intervenir avant le 6 décembre 2016 constitue une opportunité pour faire figurer des indicateurs relatifs à l'égalité de traitement et à la lutte contre les discriminations dans les informations non financières que doivent publier les entreprises.

Le présent projet de loi pourrait arrêter la création d'obligations légales d'évaluation des politiques d'égalité qui soient garantes de leur performance et d'un dialogue social constructif.

**Aussi le Défenseur des droits recommande-t-il :**

- **de prévoir la création d'indicateurs permettant de documenter la thématique de rapportage « égalité de traitement » (mesures prises en faveur de l'égalité les femmes et les hommes, des personnes handicapées, de la politique de lutte contre les discriminations) au sein du rapport extra-financier des grandes entreprises visé à l'article L. 225-102 du code du commerce ;**

- **de modifier le décret n° 2013-1305 du 27 décembre 2013 relatif à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise, afin qu'il prévoit des informations sur l'égalité de traitement, la prévention des discriminations, l'évolution de l'emploi des groupes protégés par le droit de la non-discrimination et les mesures prises en ce sens ;**
- **l'instauration d'une obligation d'audit portant sur la prévention des discriminations dans les grandes entreprises et administration publiques dont la loi préciserait la périodicité ; les modalités de ces audits devant être arrêtées par décret. Il est proposé que soit créée au sein de l'IGAS, une mission d'audit spécialisée sur les questions de non-discrimination et d'égalité de traitement. Cette mission rendrait compte au Défenseur des droits des résultats des audits réalisés ;**
- **la création d'un référent « égalité » dans les entreprises de 300 salariés et plus. Sa mission consisterait à jouer un rôle de conseil et d'expertise auprès des organisations syndicales et des dirigeants et en intervenant en appui à la préparation de la négociation de l'ANI diversité et à la production des informations relatives à la non-discrimination (BDES, *reporting* extra-financier (RSE), labels diversité et égalité…). La formation des référents pourrait être assurée par le Défenseur des droits sur le modèle de la formation des CIL à la CNIL, ce qui serait pour les entreprises un vecteur de sécurisation juridique : conformité des dispositions RH au droit de la non-discrimination, maîtrise des risques, etc.**

5° Sur les critères de l'orientation et de l'identité sexuelle

Le Défenseur des droits constate que le choix rédactionnel du législateur d'avoir accolé les critères de l'orientation et de l'identité sexuelle (art. 6 de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative *au harcèlement sexuel*) dans la liste des critères de discrimination tend à favoriser les amalgames, alors qu'ils renvoient l'un et l'autre à deux réalités distinctes.

L'orientation sexuelle correspond en effet à « *la capacité de chacun de ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus de sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus* » tandis que l'identité sexuelle, critère introduit en 2012, cherche à viser « *l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du*

*corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire* » cf. *Principes de Jogyakarta sur l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, p. 6*. L'orientation sexuelle renvoie au registre des pratiques sexuelles, tandis que l'identité relève de l'expérience personnelle de genre qui peut être distinct du sexe assigné à la naissance.

**Le Défenseur des droits recommande donc que les deux critères d'orientation sexuelle et d'identité sexuelle soient clairement séparés dans l'ensemble des textes modifiés par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative *au harcèlement sexuel* afin d'assurer la pleine autonomie de chacun des critères.**

Au-delà de cette modification, le Défenseur des droits rappelle qu'un groupe de travail organisé à son initiative sur la terminologie de la loi du 6 aout 2012 a conclu que l'expression « identité sexuelle » est inappropriée pour désigner les personnes trans. La mention du « sexe » dans l'expression « identité sexuelle » de la législation actuelle semble ramener la transidentité à une question morphologique, le terme « sexe » et son dérivé « sexuel » faisant en effet référence aux caractères sexuels de la personne, alors même que la transidentité renvoie à une expérience intime et personnelle indépendante de la morphologie des personnes, cf. avis de la CNCDH du 27 juin 2013 sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil.

Pour protéger l'ensemble des personnes trans contre les actes et propos dont elles peuvent être victimes, qu'elles aient ou non entamé une démarche médicale de transition sexuelle, l'expression « identité de genre » devrait prévaloir. Elle permettrait d'intégrer les aspects sociaux de la différence des genres, sans se limiter à l'élément biologique, cf. *Droits de l'homme et identité de genre*, HAMMARBERG Thomas, Document thématique, Bureau du Commissaire aux Droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2009, p. 5. La dénomination « *identité de genre* » constitue au demeurant une référence européenne et internationale, qui est notamment inscrite dans les Principes de Jogjakarta, les rapports du Commissaire européen aux droits de l'homme, les rapports et directives de l'Union européenne ainsi que les résolutions du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Ce critère est également mobilisé par la plupart des pays européens qui connaissent une protection juridique spécifique des personnes trans tels que le Royaume-Uni, l'Irlande, l'Espagne, les Pays-Bas, la Suède, Malte etc.

Une telle modification du vocabulaire s'inscrirait en outre en convergence avec la démarche engagée par l'adoption à l'Assemblée nationale d'un amendement relatif à la modification du sexe à l'état civil dans le projet de loi de modernisation de la justice du XXIème siècle (article 18 quater).

**Le Défenseur des droits préconise donc de remplacer l'expression « identité sexuelle » par l'expression « identité de genre », plus claire et plus inclusive, afin de protéger l'ensemble des personnes transgenres contre toute discrimination.**