

## **Délibération n°2007-183 du 2 juillet 2007**

Le Collège :

Vu la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Vu le décret n°2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Sur proposition du Président,

Décide :

Le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité adopte la note annexée ci-après.

*Le Président*

*Louis SCHWEITZER*

1. Par télécopie du 24 mai dernier, la haute autorité a été informée de ce que le gouvernement avait été mis en demeure par la Commission européenne pour insuffisance de transposition des directives 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité en matière d'emploi et de travail et 2002/73 du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.
2. Le gouvernement a fait savoir à la Commission qu'un projet de loi permettant d'achever la transposition des directives serait examiné au cours de la prochaine session parlementaire.
3. Cette note a pour objet, d'une part, d'étudier l'avant-projet de loi élaboré par le gouvernement et, d'autre part, de formuler des propositions.

➤ **Les observations de la HALDE concernant l'avant projet de loi.**

La haute autorité a formulé sur ce texte les observations suivantes et a proposé un certain nombre d'amendements à l'avant projet, dont les textes sont donnés à titre illustratif.

**Définitions : discrimination directe et indirecte**

4. Pour répondre aux critiques de la Commission concernant l'absence de définition en droit français des différentes formes de discrimination (directe, indirecte, pour le harcèlement cf. infra), l'article 1<sup>er</sup> de l'avant projet de loi se propose d'insérer, entre le troisième et le quatrième alinéa de l'article L. 122-45 du code du travail, 3 alinéas rédigés ainsi :

*« Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable.*

*Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence susceptible d'entraîner une situation moins favorable pour une personne ou plusieurs personnes par rapport à d'autres personnes, pour les motifs prévus au premier alinéa du présent article.*

*Ne constitue pas une discrimination la différence de traitement justifiée par un objectif légitime et mise en œuvre par les moyens appropriés et nécessaires ».*

5. La haute autorité estime que le droit français ne définit pas avec assez de précision les différentes formes de discrimination. C'est pourquoi, elle accueille favorablement l'introduction en droit interne d'une définition de la discrimination directe et de la discrimination indirecte.
6. Cependant, les définitions proposées dans l'avant-projet de loi s'écartent de celles des directives précitées.

7. Ainsi, la définition proposée de la discrimination directe ne fait aucune référence aux critères de discrimination prohibés alors qu’au contraire, la définition de la discrimination indirecte fait référence aux critères de discrimination prohibés. Pour ce qui est de la définition de la discrimination indirecte, l’expression « *situation moins favorable* » manque de clarté et constitue une redite susceptible d’introduire une confusion. Par ailleurs, elle ne fait pas directement référence aux effets de la mesure apparemment neutre mais au contexte dans lequel se trouve la victime alors que, s’agissant de la discrimination indirecte, c’est le résultat produit qui importe. C’est pourquoi, l’expression « *désavantage particulier* » pourrait être préférée.
8. En outre, en matière de discrimination indirecte, il est constant que la mise en œuvre d’une mesure apparemment neutre qui conduit à un déséquilibre particulier entre des personnes à raison d’un critère prohibé ne produira pas une discrimination si cette mesure poursuit un but légitime objectivement justifié et que les moyens mis en œuvre pour l’atteindre sont appropriés et nécessaires. C’est dans cette optique que le gouvernement devrait introduire la notion de justification.
9. La haute autorité pourrait rappeler que la transposition des directives ne doit pas conduire à abaisser le niveau de protection offert par le droit interne. Or, par son caractère général, la disposition relative à la justification de la discrimination semble s’appliquer, en toute hypothèse, même en ce qui concerne les discriminations directes, ce qui contrarie l’objectif poursuivi par les directives précitées.
10. Au vu de l’ensemble de ce qui précède, l’alinéa 1 de l’article premier de l’avant projet de loi pourrait être ainsi rédigé :

*« Une discrimination directe se produit lorsqu’une personne est traitée de manière moins favorable qu’une autre ne l’est, ne l’a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base des motifs prévus au premier alinéa du présent article ».*
11. En ce qui concerne les alinéas 2 et 3 de l’article premier de l’avant projet de loi, la haute autorité pourrait proposer qu’ils soient ainsi rédigés :

*« Une discrimination indirecte se produit à l’égard d’une personne ou plusieurs personnes relevant de l’une des situations visées au premier alinéa du présent article, lorsqu’une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d’entraîner un désavantage particulier par rapport à d’autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime, et que les moyens pour parvenir à ce but ne soient appropriés et nécessaires ».*
12. Les mêmes définitions devront être retenues pour ce qui concerne la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et introduites à l’article 19 de la loi du 30 décembre 2004.
13. A cette occasion l’article 225-1 du code pénal pourrait également être revu dans le sens d’une plus grande précision.

Des propositions en ce sens seront transmises dès le début du mois de septembre prochain.

## Le harcèlement moral et le harcèlement sexuel

14. La haute autorité estime que la législation française est actuellement à la fois restrictive et incomplète sur la notion de harcèlement.
15. Restrictive, d'une part, parce que les textes relatifs au harcèlement en droit français, notamment, les articles L 122-46<sup>1</sup> et L 122-49<sup>2</sup> du code du travail, 222-33-2<sup>3</sup> du code pénal, ainsi que l'article 6 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires se bornent à viser les conditions de travail alors que les directives précitées visent « *un environnement* » dans tous les champs couverts par les directives 2000/78, 2000/43 et 2002/73. Or cette dernière notion est manifestement plus large.
16. Restrictive, d'autre part, parce que les textes précités font tous référence à des « *agissements répétés* » alors que les directives indiquent « *un comportement indésirable* ». Dans le langage courant, le verbe « *harceler* » qui signifie « *soumettre à des attaques incessantes* »<sup>4</sup> ou encore « *tourmenter avec obstination* »<sup>5</sup> suppose la répétition ou la continuité des actes, comportements ou agissements de harcèlement. Cependant, le harcèlement tel que défini par le droit interne n'est pas conforme à la notion de harcèlement au sens des directives précitées. En effet, en envisageant que le harcèlement puisse résulter « *d'un comportement* » et non pas nécessairement « *d'agissements répétés* », le législateur communautaire a souhaité que la qualification de harcèlement puisse être retenue lorsqu'un comportement d'une extrême gravité produit, dans le temps, des effets comparables notamment par leur caractère prolongé ou continu à ceux consécutifs à des agissements répétés.
17. En exigeant la répétition des agissements, la définition du harcèlement en droit français n'offre donc pas une protection contre toutes les formes de harcèlement.

---

<sup>1</sup> Article L 122-46 du code du travail : « *Aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers.*

*Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis à l'alinéa précédent ou pour les avoir relatés.*

*Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit »*

<sup>2</sup> Article L 122-49 du code du travail : « *Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.*

*Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi, ou refusé de subir, les agissements définis à l'alinéa précédent ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés.*

*Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit. »*

<sup>3</sup> Article 222-33-2 du code pénal : « *Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ».*

<sup>4</sup> Le Petit Larousse, 2006

<sup>5</sup> *ibidem*

18. Le dispositif en droit interne est par ailleurs incomplet en ce qu'il ne vise pas le harcèlement discriminatoire, c'est-à-dire le harcèlement fondé sur l'un des critères prohibés. A cet égard, il convient de rappeler que la haute autorité a innové par délibération n°2005-77 du 28 novembre 2005 pour considérer que le harcèlement fondé sur un critère discriminatoire, est une forme de discrimination.
19. Au vu de l'ensemble de ces éléments, si la haute autorité peut ne pas présenter d'observation particulière concernant l'alinéa 5 de l'article premier de l'avant projet de loi aux termes duquel « *Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés au 1<sup>er</sup> alinéa a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* », en revanche, elle pourrait proposer, qu'à l'article L. 122-46 du code du travail soit inséré un nouvel alinéa 1 aux termes duquel « *un harcèlement sexuel se produit lorsqu'un ou plusieurs comportements non désirés à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement ou non, verbalement ou non, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».
20. Par ailleurs, à l'alinéa 1 du même article, après les mots « *pour avoir refusé de subir* », il pourrait être substitué aux mots « *les agissements de harcèlement* » les mots « *un harcèlement sexuel* ».
21. A l'article L122-49 du code du travail, il pourrait être inséré un nouvel alinéa 1 aux termes duquel « *un harcèlement moral se produit lorsqu'un ou plusieurs comportements a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité et aux droits d'une personne, d'altérer sa santé physique ou mentale, de compromettre son avenir professionnel et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». Enfin, pourrait être inséré après le premier alinéa de l'article L 122-49 l'alinéa suivant: « *Lorsqu'ils sont liés à l'un des motifs visés à l'article L.122-45 du présent code les agissements de harcèlement moral sont considérés comme une forme de discrimination* ».
22. Les mêmes définitions devront être retenues en ce qui concerne la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, transposées dans le code pénal et introduites à l'article 19 de la loi du 30 décembre 2004.

### **L'interdiction d'enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination**

23. Aux termes de l'alinéa 4 de l'article 1<sup>er</sup> de l'avant projet de loi l'article L122-45 du code du travail devrait prévoir que : « *Tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes pour l'un des motifs visés au 1<sup>er</sup> alinéa est considéré comme une discrimination* ».

24. Dans la mesure où ce type de comportement n'est actuellement, véritablement appréhendé que sur le plan pénal, sous l'angle de la complicité<sup>6</sup>, la proposition du gouvernement doit être soutenue, étant précisé, que la même disposition devra être introduite dans la loi 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et dans celle du 30 décembre 2004. Ainsi, pourrait être inséré à l'article 6 de cette loi 13 juillet 1983, *in fine*, et à l'article 19 de la loi du 30 décembre 2004 un alinéa rédigé en des termes identiques.

### La question de l'âge

25. L'article L 122-45-3<sup>7</sup> du code du travail transpose l'article de l'article 6 § 1 de la directive 2000/78 aux termes duquel « *les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires* ».

26. Pour la commission, l'article L 122-45-3 du code du travail doit être précisé pour assurer une meilleure sécurité juridique aux salariés comme aux entreprises.

27. Dans cette perspective, le gouvernement propose que le premier alinéa de l'article L 122-45-3 du code du travail soit remplacé par : « *Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont destinées notamment à préserver la santé et la sécurité des travailleurs, à favoriser leur insertion sur le marché du travail, à garantir leur maintien dans l'emploi ou leur reclassement ainsi que leur indemnisation en cas de perte d'emploi.* ».

28. La haute autorité considère conforme à la directive 2000/78, la volonté d'introduire la possibilité de déroger au principe de non discrimination à raison de l'âge. Cependant, c'est dans le cadre d'un litige né autour de la transposition de la directive 2000/78 que la CJCE a consacré le principe général du droit communautaire de non discrimination à raison de l'âge<sup>8</sup>. A cet égard, la rédaction proposée paraît particulièrement large et ne permet pas que puisse s'exercer un contrôle effectif.

---

<sup>6</sup> Voir en annexe la note intitulée « Responsabilités, solidarité et discriminations ».

<sup>7</sup> Article L 122-45-3 du code du travail : « *Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment par des objectifs de politique de l'emploi, et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.*

*Ces différences peuvent notamment consister en :*

- *l'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ;*

- *la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.* »

<sup>8</sup> Mangold du 22 novembre 2005, dans cette espèce la CJCE affirme « **le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit ainsi être considéré comme un principe général du droit communautaire. Le respect du principe général de l'égalité de traitement, en particulier en fonction de l'âge, ne saurait, comme tel, dépendre de l'expiration du délai accordé aux États membres pour transposer une directive destinée à mettre en place un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées sur l'âge, notamment en ce qui concerne l'organisation des voies de recours appropriées, la charge de la preuve, la protection contre les rétorsions, le dialogue social, les actions positives et d'autres mesures spécifiques de mise en œuvre d'une telle directive** ».

29. C'est pourquoi cette disposition pourrait être ainsi modifiée « *Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont destinées notamment à préserver la santé et la sécurité des travailleurs, à favoriser leur insertion sur le marché du travail, à garantir leur maintien dans l'emploi ou leur reclassement ainsi que leur indemnisation en cas de perte d'emploi sous réserve de la proportionnalité et de la nécessité des mesures mises en œuvre.* »

### **Les mesures de rétorsion**

30. Aux termes l'article L 122-45 alinéa 3 « *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié, ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux aliénas précédents ou pour les avoir relatés* ».

31. Conformément aux directives communautaires en matière de discrimination, l'Etat partie doit offrir une protection complète aux personnes victimes de représailles.

32. La haute autorité ne considère pas, à la différence de la Commission, que la protection offerte par le droit interne vise essentiellement l'hypothèse dans laquelle une personne est licenciée. En effet, l'article L122-45 alinéa 3 du code du travail envisage toute sanction, ou encore toute mesure discriminatoire. Pourtant, cette disposition n'englobe pas toutes les hypothèses de représailles. Ainsi, un acte ou un comportement défavorable pour la personne qui a témoigné ou relaté peut n'être ni un licenciement, ni une mesure discriminatoire ni une sanction<sup>9</sup>. Ce faisant, le salarié qui en serait victime ne pourrait avoir recours à la disposition examinée.

33. Par ailleurs, la haute autorité a estimé dans une délibération n°2006-224 du 23 octobre 2006 que toute mesure défavorable prise à l'encontre d'une personne au motif que cette personne a témoigné ou relaté des comportements discriminatoires devait être considérée comme une mesure discriminatoire.

34. Au regard de l'ensemble de ces éléments la haute autorité propose que l'article L 122-45 alinéa 3 soit modifié comme suit : « *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié, ou faire l'objet d'un traitement défavorable pour avoir témoigné des agissements définis aux aliénas précédents ou pour les avoir relatés* ».

### **Les exigences professionnelles**

35. Les directives communautaires relatives à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement précisent que « *les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée* » « *au sexe* » (directive 2002/73), « *à la race ou à l'origine ethnique* » (directive 2000/43 du 29 juin 2000), « *à la religion ou aux convictions, au handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle* » (directive 2000/78 du 27 novembre 2000) « *ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ».

---

<sup>9</sup> C'est le cas par exemple lorsque en application de son pouvoir de direction l'employeur modifie –de manière défavorable– l'emploi du temps d'un salarié.

36. Cette possibilité est mise en œuvre par l'article R123-1 du Code du travail lequel énonce, de manière limitative, les emplois et activités professionnelles pour lesquels le sexe (et ce critère uniquement) peut être considéré comme un critère légitime de sélection : « *Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ; Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ; Modèles masculins et féminins* ».
37. La France n'a pas institué en droit interne de possibilités de dérogation à l'interdiction des discriminations fondées notamment sur l'apparence physique, lesquelles restent prohibées en droit y compris pour les emplois visés par l'article R123-1 (artistes, mannequins, modèles), sans toutefois faire obstacle aux pratiques habituelles qui gouvernent le recrutement des acteurs ou des mannequins.
38. Conformément à sa délibération n°2006-76 du 10 avril 2006, la haute autorité estime nécessaire de compléter la transposition des directives communautaires relatives à l'égalité de traitement en fixant, de façon précise et restrictive, les conditions dans lesquelles les exigences professionnelles font obstacle à ce qu'une différence de traitement soit considérée comme une discrimination tant sur un plan civil que pénal. En effet, en l'absence d'un tel dispositif toute exigence liée à un critère prohibé ne peut faire l'objet d'une justification, ce qui peut mener à des situations incohérentes.
39. La comparaison avec les législations en vigueur dans certains pays européens montre que deux voies pourraient être suivies pour y parvenir. La première, adoptée notamment par la Belgique, consiste, en s'inspirant fidèlement des directives communautaires, à fixer les conditions dans lesquelles une différence de traitement ne saurait être considérée comme une discrimination prohibée ; l'article 2§5 de la loi du 25 février 2003 énonce ainsi que « *dans le domaine des relations de travail [telles qu'elles sont définies au §4 (...)] une différence de traitement repose sur une justification objective et raisonnable lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ».
40. La seconde voie, suivie par les Pays-Bas, consiste à énumérer de façon explicite et exhaustive la liste des exceptions apportées à l'interdiction des discriminations.
41. La première voie, qui paraît plus aisée, a la préférence de la haute autorité.

## **Les activités non salariées**

42. En principe, la directive 2000/78 s'applique à toutes les personnes, tant dans le secteur privé que dans le secteur public, y compris les organismes publics, en ce qui concerne, notamment, les activités salariées comme les activités non salariées tel que le travail indépendant.
43. La haute autorité observe que le droit français n'interdit la discrimination, s'agissant des conditions d'accès aux activités non salariées, comme le travail indépendant, que lorsqu'elle est fondée sur l'origine.<sup>10</sup>
44. C'est pourquoi, la haute autorité propose que l'article 19 de la loi du 30 décembre 2004 soit amendé en conséquence.

## **Les propositions complémentaires de la HALDE**

### **Sur la transposition des directives dans le secteur public**

45. Il convient de rappeler que les directives précitées ainsi que la directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique « (...) s'appliquent tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics (...) »<sup>11</sup>.
46. Par ailleurs, conformément à une jurisprudence constante, le principe d'égalité de traitement posé a une portée générale et celle-ci s'applique aux rapports d'emploi dans le secteur public<sup>12</sup>.

#### **a) Accès à la fonction publique**

47. Or, s'agissant notamment de la transposition de la directive 2000/78, la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires n'interdit pas la discrimination dans l'accès à la fonction publique. Certes, l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que « (...) *Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* » de sorte que, l'individu qui serait discriminé dans l'accès à la fonction publique n'est pas privé de tout recours<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Voir l'article 19 de la loi du 30 décembre 2004

<sup>11</sup> Voir l'article 3§1 des directives 2000/78 et 2000/4 : « (...) la présente directive s'applique tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics (...) ». La directive 2002/73 quant à elle précise à son article 3§1 que « *L'application du principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe dans les secteurs public ou privé, y compris les organismes publics (...)* » ; Enfin, l'article 3 § 1 de la directive 2004/113 mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services prévoit : « *la présente directive s'applique à toutes les personnes fournissant des biens et services qui sont à la disposition du public indépendamment de la personne concernée, tant pour le secteur public que pour le secteur privé y compris les organismes publics, et qui sont offerts en dehors de la sphère de la vie privée et familiale, ainsi qu'aux transactions qui se déroulent dans ce cadre* ».

<sup>12</sup> Voir, notamment les arrêts, CJCE, 11 janvier 2000, Kreil, C-285/98, point 18, et du 19 mars 2002, Lommers, C-476/99, point 25, CJCE, 30 septembre 2004 Briheche, C-319/03

<sup>13</sup> CE., 25 juillet 1939, *Dlle Beis* ; CE., 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre* ; CE., 3 juillet 1936, *Dlle Bobar*

48. Pour autant, la haute autorité considère utile d'introduire à l'article 16<sup>14</sup> de la loi 13 juillet 1983 un second alinéa aux termes duquel « *les dispositions de l'article 6 du présent chapitre sont applicables aux candidats à un emploi public* ».

### **b) Les critères de discrimination**

49. Par ailleurs, au-delà, il faut souligner une différence de traitement selon que le salarié relève d'un régime de droit public ou de droit du privé.

50. Premièrement, la discrimination fondée sur la situation de famille est en effet prohibée par l'article L 122-45 du code du travail qui énonce : « *aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, (...) de promotion professionnelle, de mutation (...) en raison (...) de sa situation de famille* ». Elle est également proscrite par l'article L 123-1 du même code, en vertu duquel, notamment, « (...) nul ne peut : b) *refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe ou de la situation de famille...* ».

51. Ces dispositions ne s'appliquent pas directement aux agents publics ; pour éviter une disparité, le Conseil d'Etat a été amené à considérer qu'en édictant à l'article L. 123-1 du code du travail l'interdiction de résilier ou refuser le renouvellement d'un contrat de travail d'un salarié en considération de son sexe ou de sa situation de famille, « *le législateur (avait) énoncé un principe général du droit du travail applicable aux établissements publics dont le personnel de droit privé est doté d'un statut réglementaire, dans la mesure où il n'est pas incompatible avec les nécessités de la mission de service public confiée à l'établissement* »<sup>15</sup>. Le commissaire du gouvernement, dont les conclusions ont été suivies, estimait d'ailleurs que l'on pouvait « *sans difficulté aucune, ce qui n'est pas toujours le cas, tirer des dispositions de l'article L. 123-1 du code du travail un principe général de non-discrimination à raison de la situation de famille, applicable à l'ensemble des salariés et notamment aux agents des établissements et entreprises publics à statut* »<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Dans sa rédaction actuelle l'article 16 dispose « *Les fonctionnaires sont recrutés par concours sauf dérogation prévue par la loi* ».

<sup>15</sup> CE, 27 mars 2000, *Mme Brodbeck*

<sup>16</sup> *AJDA* 2000, chron, p. 410,

52. Au vu de cette jurisprudence, la haute autorité propose un alignement, s'agissant des critères visés à l'article 6 aliéna 2 de la loi du 13 juillet 1983, sur la liste des critères visés à l'article L 122-45 du code du travail. Une telle modification devrait conduire à ajouter à l'article 6 al 2 les critères « de l'état de grossesse »<sup>17</sup>, « des caractéristiques génétiques » et de « la situation de famille ». En ce qui concerne ce dernier critère, l'interdiction de la discrimination devra se faire sans préjudice du maintien des mesures propres à la fonction publique destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à ce critère.

#### **c) Action des associations et des syndicats**

53. La haute autorité propose qu'une disposition similaire à celle de l'article L 122-45-1 alinéa 1 du code du travail<sup>18</sup> qui concerne le droit de substitution soit instituée dans la loi du 13 juillet 1983. Une telle action permettrait qu'un syndicat puisse agir à la place d'un fonctionnaire, pour la défense de ses intérêts et notamment s'agissant de discrimination ou de harcèlement discriminatoire. Une telle action ne serait possible que si elle est prévue par la loi, réservée à un syndicat représentatif et que le salarié, informé de l'action syndicale ne s'y oppose pas.

#### **d) Extension de la protection offerte par l'article 19 de la loi du 30 décembre 2004**

54. Aux termes de l'article 19 alinéa 1 de la loi du 30 décembre 2004 :

*« En matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services, de fournitures de biens et services, d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, ainsi que d'accès à l'emploi, d'emploi et de travail indépendants ou non salariés, chacun a droit à un traitement égal, quelles que soient son origine nationale, son appartenance ou non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou une race ».*

55. La protection offerte par l'article 19 alinéa 1 n'opère que lorsque la différence de traitement intervient à raison de l'origine.

---

<sup>17</sup> Il convient de préciser que de jurisprudence constante, la CJCE considère que tout traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé aux femmes constituait une discrimination directe fondée sur le sexe, c'est pourquoi l'article 2 § 7 alinéa 3 de la directive 2002/73 prévoit que « *Tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité au sens de la directive 92/85/CEE constitue une discrimination au sens de la présente directive* ».

<sup>18</sup> « *Les organisations syndicales représentatives au plan national, départemental, pour ce qui concerne les départements d'outre-mer, ou dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes actions qui naissent de l'article L. 122-45, dans les conditions prévues par celui-ci, en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise ou d'un salarié de l'entreprise sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti par écrit et ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat* ».

56. La même question se pose en ce qui concerne l'aménagement de la charge de la preuve. En effet, si l'alinéa 2 de l'article 19 de la loi du 30 décembre 2004 qui transpose la directive 2000/43 dispose que « *Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte en ces domaines établit devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* », l'aménagement de la charge de la preuve ainsi institué, applicable devant les juridictions administratives,<sup>19</sup> n'opère qu'en matière de discrimination directe ou indirecte fondée sur l'origine nationale, l'appartenance ou la non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou une race.
57. Dans la mesure où il n'existe pas de raison objective de restreindre la protection offerte par l'article 19 alinéa 1 ainsi que le mécanisme de l'aménagement de la charge de la preuve aux seules discriminations fondées sur l'origine, la haute autorité propose que l'article 19 de la loi du 30 décembre 2004 soit modifié en conséquence.

#### **e) Statut général des militaires**

58. Enfin, la haute autorité observe que, d'une part, les militaires sont exclus du champ d'application de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et, d'autre part, la loi la loi n°2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires (introduite dans le code de la défense le 30 mars 2007), qui vise les militaires de carrière et agents non titulaires, n'a pas transposé les directives européennes 2000/78/CE, 2000/43/CE et 2002/73/CE. C'est pourquoi, la haute autorité a recommandé au gouvernement de réexaminer le statut général des militaires afin de fixer un cadre général pour lutter contre les discriminations notamment en matière d'emploi.

#### **Le critère de l'âge et la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs**

59. Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> alinéa 2 de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs « *Aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement en raison de son origine, son patronyme, son apparence physique, son sexe, sa situation de famille, son état de santé, son handicap, ses mœurs, son orientation sexuelle, ses opinions politiques, ses activités syndicales ou son appartenance ou sa non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ».
60. Il résulte de l'examen de cette disposition<sup>20</sup> que le critère de l'âge n'est pas un critère de discrimination prohibé par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 6 juillet 1989. La haute autorité propose que l'article 1<sup>er</sup> alinéa 2 soit amendé afin que la liste des critères prohibés corresponde à celle des autres textes.

#### **La directive 2004/113 mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services**

61. La date limite de transposition est le 21 décembre 2007, il convient donc de compléter dès à présent l'article 19 de la loi HALDE par le critère du sexe.

---

<sup>19</sup> Voir *a contrario*, l'article 19 alinéa 3 de la loi du 30 décembre 2004 : « *Le précédent alinéa [l'alinéa 2 de l'article 19] ne s'applique pas devant les juridictions pénales* »

<sup>20</sup> Voir la délibération n° 2007-110 du 23 avril 2007

62. Par ailleurs, la haute autorité estime qu'en matière d'assurances, la prise en compte du sexe, de la maternité ou de l'état de grossesse comme facteur actuariel doit être désormais expressément prohibée.<sup>21</sup>

### **L'incrimination de la tentative de discrimination**

63. La réalisation des tests de discrimination a mis en lumière une difficulté particulière de la répression : malgré le caractère probant du test de discrimination, et le fait qu'il révèle une pratique discriminatoire, il est impossible d'en poursuivre les auteurs ainsi identifiés lorsque les victimes sont virtuelles. La haute autorité fera connaître en septembre ses propositions tendant à l'incrimination de la tentative de discrimination.

### **La discrimination par association**

64. La rédaction de l'article 225-1 du code pénal pose une difficulté lorsque la personne qui se plaint de discrimination n'est pas, elle-même, issue d'une minorité visible, ou handicapée, homosexuelle (etc.), mais qu'une offre de biens ou de services lui a été refusée en raison de sa relation avec l'une de ces personnes. Elle est alors victime de discrimination par ricochet. Or, l'article 225-1 du code pénal lui refuse sa protection, dans la mesure où il s'applique exclusivement aux victimes de discriminations présentant, elles-mêmes, de telles singularités (« leur » dans le texte). Il en est de même de l'article L 122-45 du code du travail et du 6 alinéa 2 de la loi du 13 juillet 1983, leur rédaction pose actuellement la même difficulté. Le premier de ces textes vise « son origine », « son handicap »... le second reprend « leur origine » « leur handicap »...

65. Il s'agit, dans ce cas, d'une discrimination non punissable pénalement, bien que l'auteur discrimine une personne en raison de ses relations avec une personne présentant un motif de discrimination. La haute autorité a estimé qu'un tel comportement n'en est pas moins répréhensible (*délibération*° 2007-75 du 26 mars 2007).

66. C'est pourquoi, sans prétendre faire sortir de ses frontières naturelles l'incrimination de discrimination (s'agissant de l'article 225-1), il serait possible, par une modification mineure, de mettre fin à de telles inégalités devant la protection pénale. Substituer, dans l'article 225-1 du code pénal, l'article neutre "le" ou "la" au pronom possessif "leur" - qui attache irrémédiablement le comportement discriminatoire à une victime présentant des singularités discriminantes - permettrait, par une interprétation littérale, de modifier cet état du droit<sup>22</sup>.

67. S'agissant de l'article L 122-45 ainsi que de l'article 6 alinéa 2 de la loi du 13 juillet 1983 l'introduction de la définition de la discrimination directe devrait permettre au droit du travail comme au droit public d'appréhender la discrimination par association (Cf. *supra* § 12).

68. Enfin, la haute autorité estime qu'une attention particulière doit être accordée aux discriminations dont les enfants sont l'objet en raison de la situation des parents, des

---

<sup>21</sup>Voir la délibération n° 2007-38 du 23 avril 2007

<sup>22</sup> La portée de la modification devrait toutefois être explicitée dans les travaux préparatoires (en particulier dans le projet de loi), afin de faciliter la tâche interprétative des juges.

représentants légaux ou des membres de la famille (voir par exemple la *délibération n°2007-30 du 12 février 2007*).

69. La haute autorité considère, à l'instar de l'article 2-2 de la Convention relative aux droits de l'enfant, que le gouvernement doit intégrer à l'ordre juridique interne les dispositions nécessaires afin que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.

### **La question de l'introduction du critère de l'origine sociale**

70. Plusieurs éléments s'y opposent cependant que d'autres y sont largement favorables.

71. Tout d'abord, dans l'expression origine sociale, ce n'est pas tant le mot « *origine* » ou le mot « *social* » qui pose difficulté mais bien l'association des deux. Il est reproché à un tel critère son manque de précision, l'origine sociale n'aurait pas de contours bien définis. En outre, les opposants au critère de l'origine sociale estiment que s'il devait être introduit, il ferait obstacle à l'ensemble des politiques fondées sur le critère social.

72. Cependant, plusieurs conventions internationales, dont certaines applicables directement en droit interne ont été signées et ratifiées par la France alors pourtant qu'elles consacrent la non discrimination à raison de l'origine.

73. Outre l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme<sup>23</sup> auquel il a déjà été fait référence, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>24</sup>, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>25</sup> ainsi que la Convention relative aux droits de l'enfant consacrent<sup>26</sup> prohibent la discrimination à raison de l'origine sociale.

74. Au vu de ce qui précède, il n'existe pas d'obstacle juridique à l'introduction d'un tel critère en droit interne

---

<sup>23</sup> Article 14 : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, **l'origine nationale ou sociale**, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »

<sup>24</sup> Article 26 : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, **d'origine nationale ou sociale**, de naissance ou de toute autre situation ».

<sup>25</sup> Article 2 § 2 : « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

<sup>26</sup> Article 2 : « Les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur **origine nationale, ethnique ou sociale**, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation. »

## **L'infraction d'entrave**

75. Actuellement, à la différence des moyens dont disposent la CNIL ou l'AMF<sup>27</sup> par exemple, aucune infraction ne sanctionne l'entrave à l'action de la haute autorité. Or, à l'occasion de la mise en œuvre de ses pouvoirs d'enquête, la haute autorité se heurte parfois à la communication partielle ou tardive des pièces demandées, à la mauvaise foi manifeste des mis en cause et, dans certains cas au refus pur et simple de communication.
76. Lorsque la haute autorité se trouve confrontée à une telle situation, la saisine du juge des référés peut lui permettre d'obtenir les éléments sollicités. Cependant, cette saisine laisse intacte la question de la sanction de l'entrave à l'action de la HALDE. C'est pourquoi, dans une perspective d'efficacité et dans le but de renforcer la crédibilité de la haute autorité il pourrait être envisagé la création d'une infraction d'entrave. Là aussi la haute autorité fera en septembre des propositions visant à renforcer l'efficacité de son action.
- 

---

<sup>27</sup> Le monopole de la régulation du secteur d'activité concerné dont disposent la CNIL et l'AMF et pour l'exercice duquel elles ont un pouvoir de sanction justifie une procédure spécifique. La HALDE qui n'a pas de pouvoir de sanction exerce sa compétence en concurrence avec d'autres institutions. Pour ces raisons, l'infraction d'entrave qui pourrait être instituée au profit de la haute autorité aura des caractéristiques différentes.