

Paris, le 30 août 2018

Avis du Défenseur des droits n°18-20

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 ;

Sur le projet de loi n° 1088 relatif à la croissance et la transformation des entreprises,
émet l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits,

Jacques TOUBON

Le Défenseur des droits est une autorité administrative indépendante de rang constitutionnel consacrée par la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, qui, ayant succédé notamment à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, est chargée de lutter contre les discriminations directes et indirectes et de promouvoir l'égalité. Dans ce domaine, le rôle du Défenseur des droits est en particulier de traiter les réclamations qu'il reçoit et d'améliorer l'accès au droit des personnes confrontées à des discriminations, aussi bien par la résolution de dossiers individuels que par la production d'études, de rapports et d'avis.

Dans ce cadre, le Défenseur des droits souhaite appeler l'attention des députés sur la portée de la disposition proposée à l'article 61 du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE) pour encadrer les enjeux sociaux et environnementaux au sein de l'entreprise.

Cet article, qui consacre la notion d'intérêt social telle que définie par la jurisprudence et propose de l'articuler avec la prise en considération des « enjeux sociaux et environnementaux » de l'entreprise, répond à l'aspiration exprimée par les Français de placer la responsabilité sociale au cœur de la stratégie sociale de l'entreprise et du droit des sociétés.

Dans la continuité de son avis n°18-16 du 28 mai 2018 à l'Assemblée nationale sur le projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel et dans un contexte où les discriminations dans l'emploi persistent massivement et restent l'un des facteurs structurels des inégalités en France, le Défenseur des droits estime nécessaire de saisir l'opportunité offerte par ce texte pour que la lutte contre les discriminations s'intègre pleinement dans le Code civil et le Code de commerce.

En effet, comme nous le mentionnions déjà dans notre avis n°16-19 du 21 juillet 2016 à la commission spéciale du Sénat chargée d'examiner le projet de loi relatif à l'Égalité et la Citoyenneté, la lutte contre les discriminations ne doit pas être réduite à la sanction des discriminations. La répression des discriminations doit être assortie d'une action en faveur de l'amélioration des dispositifs de prévention et de leur suivi, et donc inscrite au cœur de la responsabilité sociale des entreprises en France.

Si les enjeux de l'égalité femmes / hommes et de l'intégration des personnes handicapées ont justement été reconnus par les évolutions législatives récentes, il apparaît aujourd'hui impératif, devant l'ampleur et la diversité des discriminations au travail, d'aller plus loin pour prendre en compte l'ensemble des discriminations et notamment celles liées à l'origine.

Le Défenseur des droits propose en conséquence d'amender l'article 61 du projet de loi afin que la lutte contre les discriminations soit ajoutée aux considérations prises en compte dans la gestion de l'entreprise au titre de sa responsabilité sociétale telle que définie aux articles 1833 du Code civil et L225-64 du Code de commerce.

Les discriminations au sein des entreprises sont une réalité massive

En 2016, le Défenseur des droits a réalisé une enquête nationale pour mieux appréhender l'ampleur des atteintes aux droits et des situations de non recours au droit sur l'ensemble de ses champs de compétence.

Le volume 3 de l'enquête « Accès aux droits » consacré aux discriminations¹ révèle que près d'une personne sur deux (47%) estime que les discriminations sont très fréquentes dans la recherche d'emploi, et 32,8% qu'elles sont très fréquentes dans le déroulement de carrière. Seulement 4% de la population estime qu'elles ne se produisent pas.

23 % des personnes interrogées estiment avoir été discriminées dans leur carrière professionnelle et 15% dans leur recherche d'emploi. 15,3 % des discriminations seraient liées à l'âge, 14,6 % au sexe et 7,6 % à l'origine et la couleur de peau.

L'impact des discriminations varie significativement selon les caractéristiques sociales des personnes interrogées. 53 % des personnes au chômage ont déclaré avoir été discriminées dans les 5 dernières années ainsi que 46,2 % des 18-24 ans, 33,1 % des 55-65 ans et 52,9 % des personnes se déclarant perçues comme noires, arabes ou asiatiques.

Alors qu'elle révèle une expérience massive des discriminations dans l'emploi, cette même enquête montre que :

- seules 34 % des personnes interrogées disent connaître les recours possibles et les démarches à effectuer pour faire valoir leurs droits en matière de discrimination ;
- et 93 % des personnes s'estimant victimes de discrimination dans l'emploi n'ont entrepris aucune démarche pour essayer de faire valoir leurs droits.

Les raisons invoquées pour expliquer ce non recours renvoient à l'inutilité supposée d'un éventuel recours (79 %), au manque de confiance (57%), et à la peur des conséquences d'une telle démarche (23%).

Alors que les phénomènes de discrimination dans l'emploi sont très nombreux, les seuls outils développés ces dernières années sont des outils contentieux auxquels les personnes discriminées n'ont que très peu recours. Par ailleurs, si le contentieux a permis de poser les principes et d'imposer le respect de la norme, chaque affaire reste un succès individuel et ne signe pas la fin d'une pratique discriminatoire ou de mécanismes structurels au sein de l'entreprise, ni même l'identification et la résolution d'un problème au bénéfice de tous ceux qui sont dans la même situation. La plupart des décisions judiciaires restent des condamnations isolées sans enjeu financier et sans impact sur les pratiques ou les relations sociales dans l'entreprise. Enfin, les dispositions récentes relatives à l'action de groupe en matière de discrimination n'ont pas encore donné lieu à un contentieux significatif au-delà de quelques affaires lancées en matière de discrimination syndicale.

Indépendamment d'un éventuel enjeu d'image, il reste donc économiquement plus rentable de maintenir des inégalités collectives, dès lors que les poursuites restent éventuelles et isolées sont traitées au cas par cas et n'ont qu'un impact économique minimal.

Plus de 15 ans après la transposition des directives communautaires en matière de lutte contre les discriminations, 13 ans après la création de la Halde et 7 ans après la création du Défenseur

¹10^e baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi, 23 mars 2017 :

<https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/etudes-et-recherches/2017/03/10e-barometre-de-la-perception-des-discriminations-dans-lemploi>

des droits, les résultats obtenus en matière de sanction judiciaire des discriminations montrent qu'aucune avancée structurante et significative ne pourra être atteinte par le seul contentieux.

C'est pourquoi, s'il reste indispensable de développer l'approche contentieuse pour rétablir les victimes dans leurs droits et de lutter contre le non recours, il apparaît clairement que cette approche est insuffisante pour modifier durablement et structurellement les comportements sur la question des discriminations.

La responsabilité sociale des entreprises est un vecteur d'actions structurelles sur les discriminations

L'exemple des actions en faveur de l'intégration professionnelle des personnes handicapées, de l'égalité femmes / hommes et du maintien dans l'emploi des séniors, montre non seulement qu'il est possible de faire évoluer les situations collectives au regard des discriminations, mais également que, pour que ces actions prospèrent, il est nécessaire d'en passer par des dispositifs encadrés par la loi.

Ainsi, c'est au moyen de la prise en compte de certains indicateurs que le législateur a choisi de promouvoir l'égalité femmes / hommes et l'intégration professionnelle des personnes handicapées à partir des données devant apparaître à la base de données économiques et sociales (articles L2312-18 à L 2312-36 du Code du travail) ².

Le Décret n° 2017-1819 du 29 décembre 2017 relatif au comité social et économique³, qui a abrogé les précédentes dispositions du Code du travail relatives au bilan social, précise les données apparaissant désormais au bilan social et à la base de données économiques et sociales. Elles visent les données sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, des données concernant l'effectif sur l'âge, les actions de prévention et de formation au bénéfice des salariés âgés, l'évolution des personnes handicapées et des mesures prises pour les développer. Cependant, là encore, elles ne visent pas les paramètres relatifs à l'ensemble des discriminations, et pour les entreprises de moins de 300 salariés, elles ne comportent plus de données sur la répartition des salariés entre français et étrangers.

Ces rapports et indicateurs non financiers sont aujourd'hui l'un des instruments privilégiés du développement et de la négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et l'intégration des personnes handicapées.

Si le Défenseur des droits se félicite que la loi ait consacré la nécessité de mettre en œuvre des indicateurs et des mesures pour agir sur l'égalité femmes / hommes et l'intégration professionnelle des personnes handicapées, il regrette que l'intervention du législateur sur les autres motifs de discrimination, et notamment sur l'origine, reste cantonnée au champ de la sanction pénale et de la compensation indemnitaire civile des atteintes aux droits.

Malgré l'enjeu absolument déterminant pour la cohésion sociale et l'égalité des droits que soulève la question des discriminations en France, la loi n'a encore jamais abordé la promotion des droits et la prévention des discriminations en termes d'obligation et de responsabilité sociale de l'entreprise. Les entreprises doivent être obligées d'évaluer et de mesurer la situation de celles et

² <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F32193>

³ <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/12/29/MTRT1732438D/jo/texte>

de ceux qui concourent à leur activité par des instruments qui renverront une vue exacte et non subjective des situations individuelles et de celles des groupes sociaux.

Il est nécessaire et urgent d'utiliser pleinement les indicateurs non financiers en matière de lutte contre les discriminations

La réflexion et les outils nécessaires à la mise en œuvre d'une telle mesure existent d'ores et déjà.

Les indicateurs de performance ont fait l'objet de nombreux travaux des partenaires sociaux, des entreprises et des services de l'Etat, notamment au sein de la plateforme RSE mise en place auprès du Premier ministre et du groupe de dialogue inter-partenaires sur les discriminations dans l'emploi animé par Jean-Christophe Sciberras.

Un grand nombre d'entreprises se sont d'ailleurs déjà engagées dans la mise en place d'indicateurs, notamment sur la « perception des salariés », comme le préconise l'article 15 de l'Accord National Interprofessionnel sur la Qualité de vie au travail. Ainsi, 74 % des entreprises affirment pratiquer une évaluation annuelle de la politique « diversité ». Dans 13 % des cas, cette évaluation est semestrielle. La Poste et Areva ont déjà mis en place un indicateur diversité⁴.

De son côté, le Guide CNIL/ Défenseur des droits « Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances⁵ » et le processus de recension des bonnes pratiques initié par la Halde et poursuivi dans le Guide Agir pour l'égalité dans l'emploi ont permis à la Halde, au Défenseur des droits et à la CNIL de proposer des critères mobilisables pour effectuer des diagnostics d'entreprise sur les discriminations, notamment s'agissant de l'identification d'indicateurs des discriminations fondées sur l'origine. Ces guides retiennent la possibilité d'analyser les fichiers ressources humaines et/ou de faire procéder à des études extérieures à partir des données de l'entreprise. Ils identifient comme indicateurs acceptés et partagés en vue d'un diagnostic quantitatif, le patronyme, la nationalité ou le lieu de naissance. Ils sont des repères déjà largement utilisés par les employeurs, les chercheurs et les consultants RH. Ils pourront donc contribuer au travail relatif à l'identification des indicateurs qui pourraient être retenus au stade de l'adoption d'un décret en Conseil d'Etat.

Dans ses conclusions, le groupe de dialogue sur les discriminations dans l'emploi⁶ a également retenu l'opportunité d'utiliser les indicateurs RSE pour étendre le rapport de situation comparée et créer des obligations de rapport en matière de discrimination. Il a déjà proposé des méthodes innovantes comme la méthode diagnostique permettant de détecter les situations suspectes

⁴ Guide Agir pour l'égalité dans l'emploi, décembre 2015, page 35 :

https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_guide_eval_web.pdf

⁵ Guide CNIL/ Défenseur des droits « Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances », mars 2012 :

http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_gui_20120501_egalite_chances_0.pdf

⁶ Rapport de synthèse des travaux du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprise, 13 mai 2015 : http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Sciberras.pdf; Rapport de suivi, 16 novembre 2016, notamment la Proposition n°8 : Préparer, à partir des travaux conduits par le groupe de dialogue, les textes nécessaires à la mise en œuvre de la proposition relative aux indicateurs permettant de suivre l'évolution des carrières et des rémunérations et de la proposition relative à la création d'un « référent égalité des chances » dans les entreprises de plus de 300 salariés : http://www.jeunes.gouv.fr//IMG/UserFiles/Files/rapport_sur_le_suivi_de_la_mise_en_oeuvre_des_propositions_du_groupe_de_dialogue_sur_la_lutte_contre_les_discriminations_en_entreprise.pdf

exigeant une analyse des ressources humaines en s'appuyant sur des panels de comparaison fondés sur l'âge, l'expérience et le niveau de formation :

« Il s'agit de compléter le rapport de situation comparée.

Inscrit dans l'article R.2323-12 du Code du travail, cela donne la formulation suivante :

1° Dans les Conditions générales de l'emploi, e) Positionnement dans l'entreprise, après « Répartition des effectifs par catégories professionnelle », ajouter :

- « Selon le niveau de formation, au sens de la Circulaire II-67-30 du 11 juillet 1967 de l'Education nationale, acquis par les salariés, répartition de ces salariés selon le niveau de qualification, par tranche d'âge » ;

2° dans « Rémunérations, comme il est écrit, « Données chiffrées par sexe et par catégorie professionnelle », ajouter :

« Données chiffrées par sexe :

- Selon le niveau de formation, au sens de la circulaire II-67-30 du 11 juillet 1967 de l'Education nationale, acquis par les salariés, répartition de ces salariés selon le niveau de rémunération, par tranche d'âge »

Pour une bonne lisibilité, ces données pourraient être présentées sous forme de deux graphiques avec en abscisse la tranche d'âge et en ordonnée le niveau de qualification pour le premier graphique et la rémunération pour le second. Chaque salarié(e) serait représenté par un point situé à l'intersection entre son âge, sa qualification ou sa rémunération. Les femmes et les hommes seraient indiqués par une couleur différente et l'anonymat serait préservé. »

Ces indicateurs sont faciles à mettre en œuvre, les données sur lesquelles ils s'appuient ne sont pas confidentielles et sont toutes en possession de l'employeur. Ils permettraient d'intégrer aux outils de gestion de l'entreprise et d'étude du ministère du travail, des méthodes diagnostiques posant la lutte contre les discriminations comme enjeu fondamental de la responsabilité des politiques de l'emploi.

A l'heure où les analyses statistiques ont démontré leur efficacité pour poser des diagnostics et évaluer les mesures mises en œuvre au sein de l'entreprise, il s'agit d'ajouter aux outils d'évaluation de l'entreprise et des politiques publiques, une analyse dynamique des trajectoires professionnelles des salariés et des blocages. Une lecture attentive de ces indicateurs permettrait, sans les nommer, de déterminer les cas qui posent problème, et dans un second temps, de s'interroger sur ces situations.

De plus, l'article L 225-100-2 du Code de commerce tel qu'il résulte de la loi Égalité et Citoyenneté crée une obligation de présenter, au sein du rapport consolidé de gestion, une analyse comportant des indicateurs clés de performance de nature tant financière que non financière, ayant trait à l'activité spécifique des entreprises, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel.

Le Défenseur des droits a déjà écrit que l'évaluation d'une politique d'égalité est la garantie de sa performance⁷. Aujourd'hui, la publication des indicateurs partagés sur l'égalité femmes / hommes et le handicap structurent tous les travaux de l'entreprise et du secteur de l'emploi sur le sujet.

Alors que la question des discriminations reste un problème non résolu dans le monde du travail comme dans le reste de la société, la déclinaison de la responsabilité sociale de l'entreprise en direction de l'égalité des groupes sociaux au travail apparaît comme une nécessité économique et sociale.

L'adoption de l'article 61 du projet de loi consacrant la responsabilité sociale des entreprises offre un cadre et une opportunité à saisir pour avancer dans la prévention et la lutte contre les discriminations systémiques en intégrant pleinement cette question à la responsabilité sociale des entreprises et en posant une obligation nouvelle d'adopter des indicateurs non financiers en matière de lutte contre les discriminations.

Dans le contexte de travaux déjà très avancés sur les possibilités d'établir des indicateurs non financiers au soutien de la lutte contre les discriminations, le Défenseur des droits propose donc d'amender l'article 61 du projet de loi afin de :

- modifier les articles L2312-18, L2312-26, L2312-27 et L2312-36 du Code du travail pour prévoir explicitement, à l'instar des rapports au soutien de l'égalité femmes / hommes, que des données relatives à la lutte contre les discriminations apparaissent au sein de la base de données économiques et sociales et au bilan social selon des modalités à déterminer par décret en Conseil d'Etat ;
- modifier l'article L 225-100-2 du Code de commerce pour préciser que le rapport consolidé de gestion doit présenter une analyse comportant des indicateurs « en matière de lutte contre les discriminations » selon des modalités à déterminer par décret en Conseil d'Etat.

⁷ Guide pratique, Agir pour l'égalité en emploi, les recommandations du Défenseur des droits aux grandes entreprises, décembre 2015 :

https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_guide_eval_web.pdf