

Paris, le 11 décembre 2020

Avis du Défenseur des droits n°20-11

La Défenseure 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 ;

Auditionnée par la mission d'information de l'Assemblée nationale sur l'émergence et l'évolution des différentes formes de racisme et les réponses à y apporter,

Emet l'avis ci-joint.

La Défenseure des droits,

Claire HÉDON

Table des matières

I.	<i>I. LES COMPÉTENCES DU DEFENSEUR DES DROITS EN MATIERE DE DISCRIMINATIONS LIÉES À L'ORIGINE</i>	3
	Racisme et discrimination : de quoi parle –t-on ?	3
	Les discriminations raciales sur le plan juridique.....	4
	Les discriminations raciales : le poids des stéréotypes	5
II.	<i>II. LES DIFFÉRENTES FORMES DE DISCRIMINATION LIÉES À L'ORIGINE</i>	5
	État des lieux des saisines adressées au Défenseur des droits sur les discriminations liées à l'origine en 2020.....	5
	Domaines d'intervention et évolution de la jurisprudence en matière de discriminations liées à l'origine.....	6
	L'ampleur des discriminations liées à l'origine dans la société française	7
III.	<i>III. Quelles politiques publiques et quels leviers pour lutter contre les discriminations fondées sur l'origine ?</i>	8
	Aucune politique publique dédiée.....	8
	Les limites du recours au contentieux.....	9
	La lutte contre les discriminations fondées sur l'origine doit ainsi devenir une priorité politique	9

Le Défenseur des droits travaille depuis de nombreuses années sur la question des discriminations fondées sur l'origine. Il a publié de nombreux travaux sur ces enjeux, notamment le récent rapport intitulé « Discriminations et Origines : l'urgence d'agir », publié en juin 2020.

La crise sanitaire actuelle et les périodes de confinement qui en ont résulté ont mis en lumière les inégalités sociales et **exacerbé les discriminations subies** en particulier par les personnes d'origine étrangères ou perçues comme telles. Le racisme anti-asiatique a notamment pris une ampleur nouvelle, allant des insultes et des agressions dans l'espace public au harcèlement des enfants à l'école. Des études récentes ont aussi mis en évidence la surexposition des personnes d'origine immigrée au risque sanitaire et à la maladie, en raison des fortes inégalités qu'elles subissent dans l'emploi, le logement ou la santé. Pour résumer, cette crise n'a fait qu'amplifier une réalité trop souvent ignorée ou minimisée.

Comme l'ont documenté de nombreuses études, les discriminations raciales restent massives en France et affectent la vie quotidienne et les parcours de millions d'individus.

Il y a donc urgence à agir et à défendre le droit à la pleine participation des citoyens et résidents de toutes origines.

Il convient donc en premier lieu de clarifier quel est le champ de compétences du Défenseur des droits en matière de discriminations fondées sur l'origine (I). L'analyse de ses saisines et de ses rapports permettent d'avoir une vision sur l'ampleur des discriminations fondées sur l'origine dans la société française (II) et sur cette base le Défenseur des droits formule une série de recommandations qui semblent fondamentales pour lutter efficacement contre ces discriminations (III).

I. LES COMPÉTENCES DU DEFENSEUR DES DROITS EN MATIERE DE DISCRIMINATIONS LIÉES À L'ORIGINE

Le Défenseur des droits dispose, en tant qu'autorité administrative indépendante, des missions et pouvoirs spécifiques qui lui permettent de déployer des canaux d'action et des réseaux différents de ceux mobilisés par les autres acteurs engagés dans la lutte contre les discriminations.

Le Défenseur des droits intervient pour lutter contre les manifestations du racisme lorsqu'elles prennent la forme de discriminations fondées sur l'origine.

Racisme et discrimination : de quoi parle-t-on ?

La discrimination fondée sur l'origine se distingue en partie du racisme.

Le racisme renvoie à une idéologie ou à un système de domination fondés sur une hiérarchisation des groupes en raison de leur prétendue origine ou « race ». Il constitue donc un phénomène complexe, aux manifestations multiples (qui englobent à la fois des propos, des pratiques, des attitudes, des préjugés, des idéologies et des discriminations).

La loi différencie les discriminations des autres manifestations du racisme, et les juges ne les appréhendent pas de la même façon.

- En droit, la sanction des paroles, écrits, images qui stigmatisent, humilient ou attisent le racisme est prévue par la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881.
- Les violences racistes relèvent des circonstances aggravantes des crimes et délits du code pénal.

Les discriminations raciales sur le plan juridique

En matière de racisme, le Défenseur des droits mobilise quant à lui le droit de la non-discrimination issu du droit européen : il défend les droits des personnes et le principe de l'égalité de traitement garantis par la loi.

La discrimination fondée sur l'origine est caractérisée juridiquement comme une inégalité de traitement en raison d'un critère prohibé (ici l'origine) dans un certain nombre de contextes définis par la loi (emploi, logement, accès aux biens et services, etc.). Pour ne donner qu'un exemple, dans le domaine de l'emploi, cela peut se traduire par un refus d'embauche ou de promotion en raison de l'origine du candidat ou de la candidate.

La discrimination, telle qu'elle est définie par la loi du 27 mai 2008, pourra être sanctionnée, que cette inégalité de traitement soit volontaire ou non, consciente ou non. Le droit de la discrimination permet ainsi de viser des pratiques en apparence neutres et des mesures du quotidien, souvent plus insidieuses ou invisibles.

Les discriminations fondées sur l'origine peuvent être appréhendées non seulement par le critère de l'origine mais également par d'autres critères prohibés de discrimination tels que l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race ; l'apparence physique ; le nom ; la nationalité ; l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une religion déterminée ; le lieu de résidence ; la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.

Néanmoins, les discriminations fondées sur l'origine et le racisme forment un continuum et certains sociologues qualifient ainsi la discrimination de « racisme en acte ».

Ainsi que le démontrent les résultats du dernier Baromètre sur la perception des discriminations dans l'emploi réalisé par le Défenseur des droits et l'OIT, les discriminations s'inscrivent souvent dans un continuum d'attitudes hostiles comprenant des préjugés et des stéréotypes, des propos et des comportements stigmatisants, des situations de dévalorisation, pouvant *in fine* constituer un harcèlement discriminatoire au travail.

D'après la loi, le harcèlement discriminatoire est une forme de discrimination et se définit comme : « Tout agissement lié à [un motif prohibé], subi 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 ». Suite aux recommandations du Défenseur des droits, les agissements n'ont désormais pas besoin d'être répétés pour qu'une situation puisse être qualifiée de harcèlement discriminatoire, un

acte unique jugé particulièrement grave peut suffire [Décision du Défenseur des droits MLD-2014-105 du 31 juillet 2014, Cour d'appel de Rennes n° 14/00134, 10 décembre 2014].

Les discriminations raciales : le poids des stéréotypes

Les discriminations raciales ne se réduisent pas à une question de nationalité ou de parcours migratoire. Elles touchent à la fois la population étrangère ou d'origine étrangère (près de 21 % de la population française selon l'INSEE) mais aussi l'ensemble des générations nées de parents français comme les résidents des outre-mer et qui sont perçus comme ayant une origine différente.

La discrimination fondée sur l'origine vise des individus non pour ce qu'ils font mais pour ce qu'ils sont ou sont supposés être. Elle repose donc sur la mise en œuvre de stéréotypes associés aux individus en fonction de signes extérieurs sur lesquels ils n'ont pas de prise (couleur de peau, traits du visage, texture des cheveux, patronyme, prénom, accent) ou de caractéristiques socio-culturelles (religion, lieu de résidence), qui laissent supposer une origine étrangère.

La vigilance quant à la banalisation des stéréotypes et la prévention des discriminations doit se faire le plus tôt possible. Deux dispositifs pilotés par le Défenseur des droits contribuent à la sensibilisation des jeunes à la lutte contre les stéréotypes et à la promotion de la culture des droits et de l'égalité : le programme des Jeunes ambassadeurs des droits dit JADE et la plateforme pédagogique Educadroit.

Le Défenseur des droits a également mis en place un site internet intitulé [Egalite contre le racisme](#) qui constitue un véritable centre de ressources en matière de connaissance juridique et de moyens d'action. Il centralise les informations et propose des réponses adaptées, qui couvrent les différentes manifestations du racisme. Il s'adresse ainsi à toutes celles et ceux souhaitent agir, qui sont témoins ou qui subissent des propos ou actes racistes.

II. LES DIFFÉRENTES FORMES DE DISCRIMINATION LIÉES À L'ORIGINE

État des lieux des saisines adressées au Défenseur des droits sur les discriminations liées à l'origine en 2020

Sur l'ensemble des dossiers reçus au siège de janvier à septembre 2020, 12% des réclamations concernent le champ des discriminations. L'origine est invoquée dans 12% des cas de discrimination, soit le deuxième critère de discrimination après le handicap (19%).

Toutefois, si l'on prend en considération à la fois les discriminations liées à la nationalité (6,4% des saisines), aux convictions religieuses (2,6%), à l'apparence physique (2,5%), au patronyme (0,7%) ou au lieu de résidence (3,4%), l'origine, dans une acceptation large, concerne environ 28% de nos saisines en matière de discriminations pour 2020.

Domaines d'intervention et évolution de la jurisprudence en matière de discriminations liées à l'origine

Parmi l'ensemble des saisines reçues en 2020 pour discrimination à raison de l'origine, l'emploi est le domaine majoritairement invoqué avec 39% des saisines reçues visant l'emploi privé et 21% l'emploi public. Sont également concernés l'accès aux biens et services privés (11%) et le logement (10%).

Depuis sa création, le Défenseur des droits est intervenu sur de nombreuses thématiques relatives aux discriminations fondées sur l'origine. Les observations que l'institution a pu produire devant les juridictions saisies par les victimes ont contribué :

- non seulement à présenter la grille de lecture du droit européen des discriminations devant les juges
- mais également à faire avancer la jurisprudence et les pratiques sur certains enjeux.

Voici quelques exemples emblématiques de la diversité des dossiers de discriminations liées à l'origine instruits par le Défenseur des droits :

- Les refus d'inscription à l'école par les maires d'enfants Roms résidant dans des campements ou des hôtels : les différentes enquêtes menées suite à des saisines ont permis de conclure notamment :
 - o à l'existence de discriminations fondées sur l'origine, le lieu de résidence et la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique ;
 - o et de rappeler aux maires concernés leurs obligations en matière de scolarisation des enfants quels que soient leur droit au séjour ou mode d'habitat sur le territoire de la commune.
- Le comportement discriminatoire de forces de l'ordre : en 2018, le Défenseur des droits est notamment intervenu après avoir été saisi d'une situation relative à des ordres, des consignes et des mentions discriminatoires émanant d'un commissariat de police parisien visant l'éviction systématique de Roms et de SDF (décision 2019-090 du 2 avril 2019). L'enquête menée a permis de conclure à la pratique d'un « profilage racial et social » de 2012 à 2018 par une brigade de police secours et protection (BPSP).
- Les discriminations fondées sur l'apparence physique, avec notamment une décision-cadre sur l'apparence physique rendue publique en 2019 qui a été particulièrement saluée par les employeurs et partenaires sociaux. Elle est venue rappeler que « *les exigences et restrictions obéissant à des normes euro-centrées dans l'emploi sont susceptibles de caractériser des discriminations directes fondées sur l'apparence physique mais également des discriminations indirectes fondées sur l'origine* ».

Cette décision-cadre décrit des situations concrètes auxquelles les employeurs peuvent être confrontés et propose des recommandations sur certaines formes spécifiques de discriminations fondées sur l'origine ou sur la religion, notamment celles liées au port de la barbe ou à la coiffure des cheveux. Concernant ce dernier point, le Défenseur des droits souligne que les exigences et restrictions obéissant à des normes euro-centrées dans l'emploi

sont susceptibles de caractériser des discriminations directes fondées sur l'apparence physique mais également des discriminations indirectes fondées sur l'origine.

Dans cette décision-cadre, le Défenseur des droits rappelle le cadre légal en précisant qu'une certaine présentation peut être exigée selon les secteurs professionnels mais les restrictions doivent toujours répondre à une finalité légitime et être nécessaires, appropriées et proportionnées.

L'institution recommande également aux employeurs de définir dans un document écrit toutes les contraintes et restrictions éventuelles en matière d'apparence physique et de présentation qui sont justifiées par la nature de l'emploi occupé ou la tâche à accomplir.

- Et enfin, la reconnaissance de la discrimination systémique en 2019, concernant la situation de 25 travailleurs maliens dans le secteur du BTP. Suivant les observations du Défenseur des droits, le Conseil de Prud'hommes de Paris a reconnu dans son jugement du 17 décembre 2019 la « discrimination raciale et systémique » dont ils ont été victimes [Décision 2019-108]. Cette décision concerne la situation de 25 travailleurs maliens en situation irrégulière dans le secteur du BTP et a permis de faire avancer dans la jurisprudence la notion de discrimination systémique. Au terme de son enquête, et à la lumière des études sociologiques sur la place de ce groupe de travailleurs sans papiers maliens dans le secteur du BTP, le Défenseur des droits a mis en évidence l'existence d'un système d'organisation et de hiérarchisation des tâches de chacun sur le chantier, non en fonction des compétences, mais en fonction des origines réelles ou supposées, le groupe de travailleurs sans papiers maliens étant affecté et maintenu aux tâches les plus pénibles et dangereuses.
- Les discriminations fondées sur la religion : les décisions instruites par le Défenseur des droits ont notamment concerné les collectivités territoriales :
 - o les refus discriminatoires d'accès aux centres de loisirs du fait du port du voile ;
 - o ou la suppression de menus de substitution dans certaines cantines scolaires.

L'ampleur des discriminations liées à l'origine dans la société française

Bien que très diversifiées dans leur objet et leurs motifs, les saisines reçues par le Défenseur des droits pour discrimination liées à l'origine ne révèlent que la partie « émergée » de ce phénomène : elles ne rendent compte que de situations explicitement identifiées, dénoncées grâce aux démarches entreprises par la personne qui les a subies, ce qui suppose qu'elle connaisse ses droits et les moyens à sa disposition pour former un recours.

Au-delà des saisines, les enquêtes et les études, qu'elles soient menées par le Défenseur des droits, le monde de la recherche ou ses organismes de la statistique publique, permettent de saisir l'ampleur des discriminations dans l'emploi, qui dépasse largement le nombre de réclamations que le Défenseur des droits reçoit.

Ce constat est corroboré par toutes les enquêtes : les personnes perçues comme non-blanches sont désavantagées dans l'intégralité des sphères de la vie sociale : dans l'accès à l'emploi, au logement, à l'éducation ou à certains biens et services, mais également dans leurs rapports avec les institutions et les forces de l'ordre. Elles sont ainsi davantage exposées au chômage, à la précarité sociale, à de

mauvaises conditions de logement, à un état de santé plus dégradé et à des contrôles policiers plus fréquents.

Par ailleurs, les discriminations fondées sur l'origine se combinent aussi à d'autres formes de discriminations et d'inégalités, liées aux ressources économiques, au statut dans l'emploi, au genre, à l'orientation sexuelle, à la religion, et produisent ainsi des inégalités collectives durables. Certaines personnes se trouvent au croisement de différentes formes de discrimination et sont ainsi particulièrement exposées aux processus de stigmatisation et d'exclusion. Il est donc nécessaire de privilégier une approche intersectionnelle des discriminations, à l'instar des études que le Défenseur des droits a pu mener sur la question. Pour ne donner qu'un chiffre, les femmes de 18 à 44 ans vues comme noires, arabes ou asiatiques ont ainsi une probabilité 2,5 fois plus élevée d'expérimenter des discriminations dans l'emploi que les femmes vues comme blanches.

Il est également nécessaire de considérer ces discriminations dans une perspective systémique, autrement dit dans un cadre plus large qui prenne en considération :

- les représentations stigmatisantes (stéréotypes et préjugés) ;
- l'interaction entre les différents types de discriminations subies ;
- les inégalités socio-économiques plus larges qui structurent la société ;
- et la part non négligeable des institutions dans la production de ces discriminations.

L'expérience répétée des discriminations et leur nature systémique ont des conséquences délétères et durables sur les parcours individuels et la société. Pour les personnes concernées, la discrimination se traduit à la fois par une « perte de bien-être » et « une perte de chance », autrement dit par des efforts décuplés pour trouver un emploi ou un logement, des temps de transport plus longs, des sentiments de colère, de perte de confiance en soi ou de découragement, de l'autocensure et une altération éventuelle de la santé mentale et physique.

III. Quelles politiques publiques et quels leviers pour lutter contre les discriminations fondées sur l'origine ?

Quelles politiques publiques et quels leviers faut-il alors mettre en place pour lutter efficacement contre les discriminations raciales dans leur dimension systémique ?

Deux constats doivent tout d'abord être rappelés.

Aucune politique publique dédiée

Malgré l'adoption des directives européennes en 2000, les discriminations raciales n'ont fait l'objet d'aucune politique publique dédiée, contrairement à ce qui a été mis en place depuis quelques années en matière de lutte contre les discriminations fondées sur le genre ou l'orientation sexuelle.

La concurrence d'autres paradigmes, particulièrement celui de la promotion de la diversité, est venue freiner l'émergence d'une véritable politique de lutte contre les discriminations fondées sur l'origine. La mobilisation politique sur ces questions a été rapidement reléguée aux territoires de la politique de la ville et s'est progressivement effacée au bénéfice d'une approche centrée sur les enjeux républicains de sécurité, de laïcité et d'antiracisme.

Les limites du recours au contentieux

Par ailleurs, la voie du contentieux constitue un levier insuffisant pour lutter contre des discriminations de dimension systémique. Le droit anti-discriminatoire a connu de nombreuses évolutions depuis vingt ans, mais le recours à la justice reste une démarche lourde et douloureuse pour les victimes. Le taux de non-recours demeure très élevé (parmi les personnes ayant rapporté avoir vécu une discrimination en raison de leur origine dans l'emploi, seules 12% environ ont entamé une démarche judiciaire).

De nombreux facteurs permettent de comprendre les limites du recours judiciaire : la complexité de la preuve (notamment au pénal), la faiblesse des sanctions et des indemnités ainsi que le coût financier et psychologique pour la victime sont autant d'obstacles à l'efficacité du recours juridictionnel.

Certaines contraintes et spécificités de la rhétorique du droit pénal, notamment les exigences particulièrement lourdes de la preuve de l'intention discriminatoire dans la jurisprudence actuelle, rendent le recours pénal peu opérationnel.

Malgré la création des pôles anti-discrimination mis en place au sein des parquets depuis plus de 10 ans, peu d'affaires sont instruites, et très peu sont poursuivies avec succès. Les rares victoires restent donc symboliques et les peines minimales qui sont prononcées n'ont pas d'effet dissuasif.

L'action de groupe en matière de discrimination au travail représente, à l'instar de la « class-action » américaine, un outil avec un potentiel majeur, à la fois curatif et préventif. Elle pourrait conférer aux recours une forme et une portée inédites pour lutter contre des discriminations structurelles et collectives et remettre en cause les pratiques qui les génèrent et les favorisent.

Cependant, le dispositif créé en 2016 présente plusieurs limites, qu'il s'agisse des filtres d'accès au recours, réservé aux associations et aux syndicats, de l'absence de financement public ou encore de la complexité de la procédure. À l'heure actuelle, à peine quelques actions de groupe ont été initiées, et aucune ne vise des situations de discriminations fondées sur l'origine. Il est donc indispensable que l'action collective évolue pour devenir un outil d'intervention efficace à l'avenir.

La lutte contre les discriminations fondées sur l'origine doit ainsi devenir une priorité politique

Il est donc urgent de faire de la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine une priorité politique. Elle doit mobiliser l'ensemble des organisations, des administrations et des acteurs de la société civile, et l'État doit faire preuve à cet égard d'une parfaite exemplarité.

Afin de lutter contre les discriminations dans leur dimension systémique, il apparaît crucial de lutter conjointement sur deux fronts, en déployant à la fois :

- des stratégies publiques contre la pauvreté, le chômage ou l'insalubrité ;
- et des politiques contre les discriminations liées à l'origine en tant que telles, avec des objectifs antidiscriminatoires ambitieux.

A cet égard, plusieurs recommandations ont été formulées dans le dernier rapport du Défenseur des droits.

Plusieurs leviers doivent ainsi être actionnés et conjugués :

- en approfondissant les connaissances et les recherches sur le sujet, notamment par la mise en place d'un observatoire des discriminations ;
- par la mise en place au sein des organisations professionnelles de plans d'action structurés, précisant un calendrier, des objectifs clairs, de véritables diagnostics (s'appuyant sur des indicateurs non financiers), des méthodes d'action concrètes et transversales, ainsi que les acteurs chargés de les mettre en œuvre. Ces plans pluriannuels, qui feraient l'objet d'évaluations périodiques, devraient prévoir différentes étapes, de la formalisation de l'engagement de la direction de l'organisation et de son plan d'action, jusqu'à la mise en place de dispositifs de prévention et de traitement des signalements de discriminations liées à l'origine, en passant par la réalisation d'audits internes et de campagnes de formation du personnel ;
- en assurant l'effectivité du droit au recours et garantissant la fonction dissuasive de la condamnation judiciaire apparaît comme un enjeu crucial.

Enfin, un des axes prioritaires de cette lutte contre les discriminations raciales est d'agir en collaboration étroite avec les acteurs de la société civile et les associations engagées sur le terrain. Depuis 2017, le Défenseur des droits a mis en place un comité d'entente réunissant deux fois par an des associations engagées dans la lutte contre les discriminations liées à l'origine et à la religion. Ce comité constitue une instance de dialogue et de concertation avec les associations qui permet d'alimenter une réflexion fructueuse et de replacer la lutte contre les discriminations au centre de ces enjeux. Quelles que soient les différentes approches promues par ces associations, ces échanges permettent de dessiner un horizon commun, celui d'une société sans discriminations raciales.