



Projet portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : position de l'Inter-LGBT

La directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, adoptée le 27 novembre 2000, donnait trois ans aux États membres de l'Union pour modifier leur droit interne, et transposer les outils juridiques proposés. En France cette directive a été partiellement transposée, et, à ce jour, toutes ses dispositions n'ont pas été intégrées dans le droit français.

Le gouvernement présente un projet de loi dont la vocation est de terminer la transposition de trois directives, dont la directive 2000/78/CE. L'Inter-LGBT souhaite apporter des éléments de réflexion et contribuer au débat législatif, notamment par la soumission d'amendements au projet de loi.

1. Un droit français non entièrement conforme à la directive 2000/78/CE : analyse de l'Inter-LGBT

En France, une partie des mesures de la directive a été transposée, par diverses lois, entre 2001 et 2006. Toutefois, l'Inter-LGBT a relevé plusieurs dispositions qui n'ont toujours pas été transposées en droit interne (voir aussi document en annexe) :

• **Article 2 de la directive : Concept de discrimination :**

- La discrimination indirecte est mentionnée dans la loi mais non définie ;
- Le harcèlement est pénalisé, mais n'est pas considéré comme pouvant être une forme de discrimination ;
- L'injonction à la discrimination n'est pas considérée comme une discrimination ni dans le code du travail, ni dans le code pénal.

• **Article 9 : Défense des droits :**

Les associations dont la mission est d'accompagner les victimes de discrimination n'ont pas la possibilité d'intervenir aux côtés des victimes devant le tribunal administratif, si la victime est un-e agent-e de la fonction publique.

• **Article 10 : charge de la preuve**

L'aménagement de la charge de la preuve prévu pour les salariés du privé n'a pas été ouvert aux agents de la fonction publique.

• **Article 11 : protection contre les rétorsions**

Les agents de la fonction publique ne bénéficient pas de cette protection, réservée aux salariés du privé.

D'autres articles, qui concernent les politiques publiques des États et non leur droit interne, sont également insuffisamment transposés. Ainsi, en matière de diffusion de l'information (article 12), de dialogue social (article 13) et de dialogue avec les ONG (article 14), la France est en-deçà des obligations qui sont les siennes. Les conditions d'examen de ce projet de loi en sont une illustration malheureusement spectaculaire. **Le texte n'a fait l'objet d'aucune concertation, ni avec les syndicats, ni avec les associations**, tant dans la préparation du projet de loi par le gouvernement que lors de son examen par la Commission des affaires culturelles et sociales de l'Assemblée nationale. **Cette absence de dialogue contrevient aux obligations pourtant explicites de la directive.**

2. Un droit français non entièrement conforme à la directive 2000/78/CE : analyse de la Commission européenne

Dans la communication qu'elle a adressée aux États membres, la Commission européenne avance en partie les mêmes lacunes de transposition que l'Inter-LGBT, et en relève quelques autres :

- « • *Définition incorrecte de la discrimination directe et indirecte et du harcèlement;*
- *Interdiction de l'injonction à discriminer trop restrictive;*
- *Pas de prohibition de discrimination dans l'accès au travail indépendant et pour ce qui est des organisations professionnelles;*
- *Limitation du droit des entités intéressées (notamment associations) à ester en justice pour défendre les victimes de discrimination;*
- *Sanction insuffisante des mesures de rétorsion autres que le licenciement. »*

En conséquence, le 31 janvier dernier, la Commission européenne a adressé un avis à l'État français, première étape d'une procédure qui, si les réponses données ne la satisfont pas, peut conduire la Commission à saisir la Cour européenne de Justice.

3. Un projet de loi qui rétablit une hiérarchie entre les discriminations

Depuis 2001, les lois votées ont progressivement uniformisé les dispositifs de lutte contre les discriminations, de sorte que le droit n'établit plus de hiérarchie entre les discriminations selon les motifs, que ce soit au niveau des peines encourues ou bien au niveau des procédures.

Ce mouvement n'est pas uniquement dû aux obligations européennes. En matière de droit pénal (code de procédure pénale, code pénal, loi sur la liberté de la presse), ces évolutions n'ont pas été imposées par la directive 2000/78/CE, qui ne traite que de l'emploi et du travail, mais ont été de la propre initiative du législateur français.

La création de la HALDE est ainsi un exemple d'une transposition ouverte, puisque que le législateur a fait le choix de lui donner pour mission de couvrir toutes les discriminations combattues par la loi, et non les seules discriminations liées à l'origine. Un choix plus restrictif serait resté conforme à la directive 2000/43/CE 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 imposait la création de cette autorité administrative. Mais cette directive, ainsi que la directive 2000/78/CE, permettent l'adoption ou le maintien de « *dispositions plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement que celles prévues dans la directive* », option que le législateur a su utiliser à plein. De plus, l'adoption probable d'une prochaine directive étendant les effets de la directive 2000/43/CE à la lutte contre toutes les discriminations, quels qu'en soient les motifs, rendra nécessaire une nouvelle écriture, et donc un nouveau projet de loi.

L'Inter-LGBT déplore donc que, pour cette fois, le législateur n'envisage qu'une transposition minimale des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, en rétablissant une hiérarchie entre les discriminations qui avait pourtant été éliminée du droit français.

L'article 2 du projet de loi précise ainsi :

« *Sans préjudice de l'application des autres règles assurant le respect du principe d'égalité :*

1° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services ;

2° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle ou les convictions est interdite en matière 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, de formation professionnelle et de travail, y compris le travail indépendant ou non salarié. »

Cet article crée donc des protections supplémentaires pour les victimes de discriminations raciales, notamment en matière de protection sociale, de santé et d'éducation, domaines actuellement non explicitement couverts par les lois anti-discrimination sans les étendre aux autres victimes de discriminations, notamment celles liées au handicap ou à l'orientation sexuelle.

L'Inter-LGBT dénonce cette hiérarchisation qui contredit sept années d'évolution législative. Elle s'interroge sur la constitutionnalité d'un article qui crée une différence de traitement entre les victimes selon les motifs de discriminations, et qui s'avère contraire au principe d'égalité. Elle suggère l'adoption d'un amendement qui offre une transposition plus ouverte des deux directives (amendement n°1).

4. Concernant le droit des associations à agir en justice : le projet de loi ne transpose pas entièrement la directive

Pour l'Inter-LGBT, il est assez paradoxal qu'un projet de loi ayant vocation à compléter une transposition, et donc à mettre la France en conformité avec ses obligations européennes, n'intègre pas la totalité des éléments pourtant exigés par la Commission européenne.

La directive impose, dans son article 9 :

« Les États membres veillent à ce que les associations, les organisations ou les personnes morales qui ont, conformément aux critères fixés par leur législation nationale, un intérêt légitime à assurer que les dispositions de la présente directive sont respectées puissent, pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de la présente directive. »

L'article 2-6 du code de procédure pénale précise :

*« Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans [*durée-délai*] à la date des faits, se proposant par ses statuts de combattre les discriminations fondées sur le sexe ou sur les mœurs, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les discriminations réprimées par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal, lorsqu'elles sont commises en raison du sexe, de la situation de famille ou des mœurs de la victime, et par l'article L. 123-1 du code du travail. »*

L'article L122-45-1, 2e alinéa prévoit également :

« Les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations 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, sous réserve qu'elles justifient d'un accord écrit de l'intéressé. Celui-ci peut toujours intervenir à l'instance engagée par l'association et y mettre un terme à tout moment. »

Toutefois, on n'en trouve aucun équivalent dans la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (dite loi Le Pors). **Les agents de la fonction publique victime de discrimination ne peuvent donc recevoir l'assistance juridique d'une association en cas de conflit devant la justice administrative.** Ce qui contrevient à la directive. D'où notre proposition d'amendement (amendement n°2).

5. Une codification partielle qui rend la lecture de la loi peu lisible, et d'une application difficile

Les dispositions législatives du droit français en matière de lutte contre les discriminations sont pour la plupart codifiées (code pénal, code du travail, code du logement), ou intègre des dispositifs législatifs globaux (loi sur la liberté de la presse, loi portant droits et obligations des fonctionnaires). Seule la loi portant création de la HALDE est une loi à part.

Le projet de loi portant transposition ne fait aucun de ces choix.

Ainsi, l'article 1 donne des définitions générales de discriminations et l'article 2 définit des champs dans lesquels les discriminations sont interdites. Ces définitions recoupent partiellement mais non entièrement l'article 225-1 du code pénal, de sorte qu'on ne sait pas bien quel est le statut de cette nouvelle définition. Pourtant, l'auteur du projet de loi a jugé nécessaire d'en codifier une partie des effets, de la transposition, mais seulement lorsqu'il s'agit d'apporter des limitations aux protections créées (article 8 qui modifie l'article 225-3 du code pénal). **Le projet de loi a ainsi pour effet de restreindre la portée de l'application des articles du code pénal relatifs à la lutte contre les discriminations**, sans que ces restrictions ne soient contrebalancées, dans le même code, par la codification des définitions nouvelles des discriminations. Une transposition d'une

directive contre les discriminations qui aboutit à l'affaiblissement des dispositions pénales anti-discriminatoires, ce n'est pas le moindre des paradoxes de ce texte.

Par ailleurs, alors que l'article 5 précise que la loi a vocation à s'appliquer aux personnes publiques et privées, seul le code du travail intègre, en partie, les éléments nouveaux. La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires n'est cependant pas modifiée, alors que, par le passé, une autre loi de transposition est venue en réformer certains articles (Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique). Le projet de loi porte donc en lui une double incohérence : une incohérence de rédaction (seule une partie des lois existantes sont modifiées) et une incohérence par rapport aux transpositions passées (**. Ce qui rend, pour les fonctionnaires en particulier, la loi peu lisible, laissant planer ainsi un doute sur l'efficacité de son application.**

C'est pourquoi, afin de ne pas ajouter à l'empilement législatif qui se fait au détriment de la lisibilité et de l'accessibilité du droit, l'Inter-LGBT souhaite que chaque article du projet de loi créant un droit nouveau ou une définition nouvelle modifie explicitement les lois existantes, notamment le code pénal, le code du travail et la loi portant droits et obligations des fonctionnaires (amendements n°2 et 3). Dans l'état actuel des choses, **ce texte donne l'impression d'un travail inachevé, et semble avoir été rédigé d'abord dans l'intention de satisfaire aux exigences de la Commission européenne, plutôt que dans l'intérêt des victimes.**