

18-002300

Paris, le **09 JUIL. 2020**

Décision du Défenseur des droits n°2020-146

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 ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu la Convention internationale des droits de l'enfant ;

Vu la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu le code pénal ;

Vu le code du service national ;

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Saisi par plusieurs jeunes et des associations, notamment Unis-Cité, le CEMEA de Mayotte et le Gisti, des difficultés rencontrées par certains ressortissants d'Etats tiers à l'Union européenne pour conclure un contrat d'engagement de service civique ;

Recommande à la présidente de l'Agence du service civique de faire cesser les pratiques des directions territoriales consistant à refuser la conclusion de contrats

d'engagement de service civique par une interprétation restrictive des dispositions du code du service national ;

Recommande au ministre de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports d'engager une réforme législative afin que la liste limitative des titres de séjour dressée à l'article L.120-4 du code du service national soit abandonnée au profit d'une formulation autorisant l'accès au service civique à tous les jeunes étrangers en situation régulière ;

Le Défenseur des droits décide de porter les présentes recommandations à la connaissance des directions territoriales de l'Agence du service civique mises en cause dans les réclamations dont il a été saisi.

Le Défenseur des droits demande au ministre de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports ainsi qu'à la présidente de l'Agence du service civique de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de quatre mois à compter de la date de notification de la présente décision.



Jacques TOUBON

Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

Le Défenseur des droits a été saisi par plusieurs jeunes et des associations, notamment Unis-Cité, le CEMEA de Mayotte et le Gisti, des difficultés rencontrées par certains ressortissants d'Etats tiers à l'Union européenne pour conclure un contrat d'engagement de service civique.

OBJET DE LA RECLAMATION

Conformément à l'article L.120-1 du code du service national, l'objet du service civique est de :

« [...] renforcer la cohésion nationale et la mixité sociale et offre à toute personne volontaire l'opportunité de servir les valeurs de la République et de s'engager en faveur d'un projet collectif en effectuant une mission d'intérêt général [...] ».

La principale forme de ce dispositif est l'engagement de service civique lequel contribue à l'insertion sociale et professionnelle de jeunes âgés de 16 à 25 ans - 30 ans s'agissant de personnes en situation de handicap - en leur fournissant une activité et des ressources¹.

D'une durée de 6 à 12 mois, l'engagement de service civique donne en effet droit, en échange de la réalisation de missions concourant à un projet d'intérêt général reconnu prioritaire par la Nation et mené au sein d'une structure agréée et complémentaires à celles assurées par les salariés ou agents de ladite structure, à une indemnisation mensuelle versée par l'Agence de services et de paiement (ASP) pour le compte de l'Agence du service civique.

Dans ce cadre, un contrat d'engagement de service civique est conclu entre la personne volontaire et une personne morale agréée par l'Agence du service civique qui doit être un organisme sans but lucratif de droit français ou des personnes morales de droit public². Dans le cas où le volontaire est mis à disposition d'un autre organisme, une convention tripartite doit être signée entre le volontaire, l'organisme agréé et l'organisme tiers³.

Conformément à l'article L.120-4 du code du service national, la personne volontaire doit posséder la nationalité française, celle d'un Etat membre de l'Union européenne ou celle d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen. Certains ressortissants non européens peuvent également conclure un contrat d'engagement de service civique, à savoir :

« 1° l'étranger auquel un titre de séjour a été délivré dans les conditions prévues à l'article L.311-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et qui séjourne en France depuis plus d'un an ;

2° l'étranger âgé de seize ans révolus qui séjourne en France depuis plus d'un an sous couvert de l'un des titres de séjour prévus à l'article L.313-10, aux 1° à 9° de l'article

¹ Les autres formes de service civique sont : 1° Le volontariat associatif, d'une durée de 6 à 24 mois, ouvert aux personnes âgées de plus de vingt-cinq ans ; 2° Le volontariat international en administration et le volontariat international en entreprise, le volontariat de solidarité internationale ou le service volontaire européen ; 3° Le service civique des sapeurs-pompiers (art L.120-1 du code du service national).

² Art. L.120-1 II al. 1^{er} et L.120-30 du code du service national relatifs aux organismes concernés et à l'agrément : organismes sans but lucratif de droit français ou personnes morales de droit public, organisme d'habitations à loyer modéré, société d'économie mixte ou société publique locale, société dont l'Etat ou la banque de France détient du capital ou à laquelle le ministre en charge de la culture a attribué un label, organisation internationale dont le siège est implanté en France ou entreprise solidaire d'utilité sociale

³ Art. L.120-32 code du service national

L.313-11, aux articles L.313-20, L.313-21, L.313-26, L.314-8 ou L.314-9 ainsi qu'aux 2° à 7°, 9° ou 10° de l'article L.314-11 du même code ;

3° l'étranger âgé de seize ans révolus détenteur de l'un des titres de séjour prévus aux articles L.313-7, L.313-17, L.313-25 ou au 8° et 12° de l'article L.314-11 dudit code. »

Les mêmes conditions sont applicables au volontariat associatif ouvert aux personnes de plus de 25 ans, sans limite d'âge⁴.

La lecture de cet article laisse apparaître que de nombreux ressortissants étrangers non européens, en situation régulière, sont exclus du dispositif. C'est le cas pour les jeunes étrangers dont le titre de séjour n'est pas visé dans la liste de l'article L.120-4 du code du service national. C'est également le cas pour ceux qui sont titulaires de l'un des titres visés mais qui ne justifient pas d'une antériorité de résidence de plus d'un an⁵, voire pour certains jeunes étrangers qui ne sont pas tenus de disposer d'un titre, notamment en raison de leur âge, mais qui se retrouvent exclus de fait du dispositif.

Or, ces jeunes ne sont pourtant pas placés dans une situation différente que les ressortissants français ou les autres ressortissants étrangers au regard de l'objectif poursuivi par le service civique.

Plusieurs associations et jeunes concernés ont, dans ces conditions, sollicité l'intervention du Défenseur des droits et l'ont interrogé sur le caractère potentiellement discriminatoire de telles exclusions.

INSTRUCTION

Par courrier du 19 mars 2020, adressé par lettre recommandée avec accusé de réception, le Défenseur des droits, après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité, a adressé à la présidente de l'Agence du service civique une note récapitulant les éléments selon lesquels il pourrait conclure à l'existence d'une discrimination et d'une atteinte aux droits de l'enfant et l'a invitée à formuler toute observation qu'elle jugerait utile de porter à sa connaissance.

Le ministre de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports a été rendu destinataire de la note susvisée.

À ce jour, aucune réponse n'est parvenue aux services du Défenseur des droits.

CADRE JURIDIQUE

À titre liminaire, il convient de déterminer dans quelle mesure le principe de non-discrimination est applicable en matière d'accès au service civique. En d'autres termes, il s'agit de savoir si le refus opposé à un candidat de conclure un contrat d'engagement de service civique peut être contesté au regard des règles de droit posées tant au niveau européen qu'au niveau interne visant à sanctionner les discriminations, quel qu'en soit le critère et notamment en lien avec la nationalité. Cette question revient à qualifier juridiquement le service civique.

⁴ Art. L.120-1 du code du service national II : « 1° Un volontariat associatif, d'une durée de six à vingt-quatre mois, ouvert aux personnes âgées de plus de vingt-cinq ans, auprès d'associations de droit français ou de fondations reconnues d'utilité publique agréées dans les conditions prévues à la section 6 du chapitre II du présent titre »

⁵ Seuls les titulaires d'une carte "étudiant" sont exemptés de cette condition d'antériorité

En matière civile, la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations prohibe les différences de traitement fondées sur l'appartenance, vraie ou supposée, à une nation, notamment en matière d'emploi, d'accès à un bien ou à un service ou de fourniture d'un bien ou d'un service.

Son article 1^{er} prévoit en effet que :

« Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, [...] de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes 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 réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

Et son article 2 précise que :

« [...] 2° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1^{er} est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurée par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de formation professionnelle.

Ce principe ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur les motifs visés à l'alinéa précédent lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ;

3° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1^{er} est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, l'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services.

Ce principe ne fait pas obstacle à ce que des différences soient faites selon l'un des motifs mentionnés au premier alinéa du présent 3° lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés [...] ; ».

Le contrat d'engagement de service civique dont il est question en l'espèce constitue un dispositif particulier, à la frontière entre éducation, formation et travail.

Selon l'ancien président de l'Agence du service civique, Monsieur Yannick Blanc, il constitue en effet, pour les jeunes concernés, un « *moment clé de leur orientation et de leur formation* ». et n'est pas « *sans contrepartie : il permet au jeune d'élargir sa surface sociale, d'acquérir une première expérience de vie active, de vérifier ou de remettre en cause son orientation*

professionnelle »⁶. Remplissant pleinement ces objectifs, il est devenu extrêmement attractif. Le nombre de volontaires est ainsi passé de 53 000 en 2015 à plus de 140 200 en 2018, et se trouve de plus en plus valorisé dans les parcours de formation et professionnels des intéressés.

Il est vrai que l'article L.120-7 du code du service national prévoit expressément que le contrat d'engagement de service civique « *organise une collaboration exclusive de tout lien de subordination* » entre l'organisme d'accueil et la personne volontaire et « *ne relève pas des dispositions du code du travail* ». Les relations nouées dans ce cadre ne relèvent pas non plus du droit de la fonction publique.

Par détermination de la loi, les contentieux relatifs à la conclusion, à l'exécution et à la rupture du contrat d'engagement de service civique sont de la compétence du juge judiciaire⁷, à savoir le tribunal judiciaire, juridiction de droit commun de première instance en matière civile et pénale depuis le 1^{er} janvier 2020⁸, et non de la juridiction prud'homale⁹ ou du juge administratif.

Ceci ne signifie cependant pas que l'engagement de service civique ne constitue pas une forme d'activité professionnelle non salariée au sens de l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 susvisée.

En effet, il s'agit bien pour le volontaire d'effectuer des tâches en lien avec une mission d'intérêt général, pour le compte d'un organisme agréé et dans le respect des règles de service en vigueur dans ledit organisme.

En échange de ces missions, le volontaire perçoit une indemnité mensuelle et bénéficie d'un certain nombre de droits en matière de remboursement de frais, d'attribution de titres-repas, de durée du travail (24 heures au moins par mois sans pouvoir dépasser 48 heures - 35 heures pour les mineurs¹⁰), de congés payés (2 jours ouvrés de congés par mois de service effectif) ou de protection sociale (affiliation obligatoire au régime d'assurance maladie, maternité et accident du travail du régime général¹¹, prise en compte des périodes de service civique au titre de l'assurance vieillesse, suspension du versement des allocations délivrées par Pôle emploi et du RSA).

Il est également prévu une visite médicale préalable obligatoire et, dans le secteur privé, que les noms et prénoms des volontaires accueillis par un employeur figurent dans le registre unique du personnel, au sein d'une partie spécifique.

Enfin, des règles proches de celles existant en matière de rupture du contrat de travail à durée déterminée sont prévues, à savoir qu'il peut être mis fin de façon anticipée à un contrat d'engagement de service civique en cas de force majeure, de faute grave d'une des parties - si l'organisme en est à l'origine, une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou remis en main propre contre décharge précise le ou les motifs de rupture - et moyennant un préavis dans tous les autres cas.

⁶ Interview dans *Jurisassociations* 555 – 15 mars 2017 page 12

⁷ Art. L.120-35 du code du service national

⁸ Avant le 1^{er} janvier 2020, compétence du tribunal d'instance s'agissant de litiges inférieurs à 10 000 euros

⁹ Cass. soc., 26 oct. 2016, n°15-16280 s'agissant d'un volontariat international en entreprise

¹⁰ Article L.120-8 du code du service national

¹¹ Article L.311-3 et L.412-8 du code de la sécurité sociale

La mission pourra d'ailleurs être requalifiée en contrat de travail si elle se poursuit au-delà de la durée d'engagement initialement prévue ou en cas d'heures de présence supérieures aux limites autorisées, si les tâches confiées relèvent d'emplois et de métiers définis ou si un lien de subordination hiérarchique peut être caractérisé¹².

L'organisme d'accueil prend également le risque d'une requalification lorsque le volontaire débute sa mission avant la conclusion du contrat d'engagement de service civique. L'Agence du service civique précise bien que le contrat doit être signé avant de commencer la mission ou au plus tard le premier jour¹³.

Ainsi, si la relation ainsi nouée dans le cadre de l'exécution d'un contrat de service civique ne relève pas légalement du code du travail ou des statuts des agents de la fonction publique, elle n'en demeure pas moins une activité professionnelle non salariée au sens de la loi du 27 mai 2008 susvisée.

En droit européen, le principe de non-discrimination est notamment posé à l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH), adoptée le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France le 3 mai 1974, au terme duquel :

« La jouissance des droits et libertés reconnus par 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 distinction ».

La liste des critères visés dans ce texte n'est pas exhaustive. Ainsi, si la nationalité n'est pas un critère de discrimination expressément visé par l'article 14 de la CEDH, contrairement aux textes de droit interne, la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) a jugé à plusieurs reprises que la nationalité était un motif de distinction prohibé¹⁴. Elle reconnaît aux États une marge d'appréciation en la matière mais considère toutefois que *« seules des considérations très fortes peuvent l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité »*¹⁵.

La violation de l'article 14 de la CEDH, d'applicabilité directe, ne peut toutefois être invoquée qu'en lien avec celle d'un autre droit conventionnel, comme le droit à mener une vie privée et familiale normale, lequel est consacré à l'article 8 de la CEDH dans les termes suivants :

- « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*
- 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention*

¹² L'affaire devra dans ce cas être portée devant le conseil de prud'hommes ou le juge administratif compétent

¹³ <https://www.service-civique.gouv.fr/faq-volontaire#collapse-3-1-1>

¹⁴ V. par ex., Cour EDH, 16 déc. 1996, *Gaygusuz c/Autriche*, req. 17371/90 (en matière d'attribution d'allocations, la Cour sanctionne les législations qui en réservent le bénéfice aux seuls nationaux ou aux seuls ressortissants de l'Union européenne)

¹⁵ Cour EDH, 28 oct. 2010, *Saidoun c/ Grèce*, req. 40083/07 ; *Dhahbi c/ Italie*, 8 avr. 2014, req. 17120/09

des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Selon la Cour EDH, le droit à mener une vie privée et familiale normale ainsi posé doit être interprété largement. Il inclut ainsi non seulement le droit à l'intimité mais aussi celui d'entretenir des relations avec autrui dans la vie professionnelle¹⁶.

La Cour a ainsi consacré le droit de gagner sa vie par le travail comme un droit garanti dérivé du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la CEDH en jugeant que l'interdiction faite par le gouvernement lituanien aux anciens agents du KGB d'occuper des postes dans la fonction publique et dans certaines branches du secteur privé relevait de l'application des articles 8 et 14 combinés dans la mesure où :

« elle affectait au plus haut point leur capacité à nouer des liens avec le monde extérieur et leur causait de graves difficultés quant à la possibilité de gagner leur vie, ce qui avait des répercussions évidentes sur leur vie privée »¹⁷.

L'article 14 de la CEDH est donc applicable aux relations de travail, y compris non salariées.

En conséquence, en l'espèce, le refus opposé à des candidats de conclure un contrat d'engagement de service civique, lequel contribue sans nul doute à nouer des liens avec le monde extérieur et à favoriser l'insertion sociale et professionnelle des intéressés, peut être contrôlé par le juge au regard des obligations de l'Etat s'agissant de la protection qu'il doit assurer à ses administrés en application des articles 14 et 8 de la CEDH¹⁸.

En matière pénale, en vertu du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale prévu par l'article 111-4 du code pénal, le service civique ne peut être considéré comme une activité professionnelle non salariée. En effet, l'article 225-2 3° du code pénal qui définit le délit de discrimination ne prévoit que les cas de refus d'embauche, de sanction ou de licenciement.

Les dispositions du code du service national distinguent bien le service civique des notions d'emploi ou de stage¹⁹.

Dès lors, pour que le refus de service civique puisse être pénalement réprimé, s'agissant des pratiques qui ne seraient pas autorisées par la loi²⁰, il doit être appréhendé sous l'angle du refus d'accès à un service ou de la subordination d'une offre de service ou de formation au sens des articles 225-1 et 225-2 1°, 4° et 5° du code pénal.

L'article 225-1 du code pénal, dans son alinéa 1^{er}, prévoit que :

« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, [...] de leur appartenance ou de leur non-

¹⁶ Cour EDH, 24 fév. 1998, *Botta c/ Italie* ; *Bărbulescu c. Roumanie*, 5 sept. 2017, req. 61496/08

¹⁷ Cour EDH, 27 juillet 2004, *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*, req. 55480/00 et 59330/00

¹⁸ La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont reconnu à plusieurs reprises que la protection contre les discriminations visées par les conventions de l'OIT, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les directives européennes étaient d'application directe (Cass. soc. 28 Novembre 2000 Mme Harba c/ Fédération nationale de la mutualité française, n°97-43.715 ; CE Ass. 30 octobre 2009 Perreux)

¹⁹ L'article L.120-7 du code du service national exclut l'application des dispositions du code du travail et l'article L.120-1 du même code prévoit que « [Les missions du volontaire] sont complémentaires des activités confiées aux salariés ou aux agents publics et ne peuvent se substituer ni à un emploi ni à un stage »

²⁰ L'article 122-4 alinéa 1^{er} du code pénal prévoit en effet que « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires »

appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée ».

L'article 225-2 du même code précise :

« La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; [...]

4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ;

5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise²¹ à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ;

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende ».

L'article 432-7 du code pénal prévoit, quant à lui, que :

« La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ; [...] ».

La discrimination prohibée par les dispositions du code pénal est prouvée dès lors que les éléments constitutifs du délit sont caractérisés par un élément matériel – c'est-à-dire la différence de traitement fondée sur un critère prohibé – et un élément intentionnel – c'est-à-dire la conscience de l'auteur de se livrer à des agissements discriminatoires. Un lien de causalité devra être établi entre l'acte et le motif discriminatoire.

La notion de discrimination indirecte n'est pas admise en matière pénale. Par définition, elle ne requiert pas de caractériser l'intention de l'auteur alors qu'il s'agit d'un élément constitutif du délit pénalement réprimé. Toutefois, la Chambre criminelle de la Cour de cassation est venue préciser que la preuve de l'élément intentionnel du délit de discrimination fondée sur la nationalité pouvait résulter du fait de subordonner une offre d'emploi à la présentation d'une carte d'électeur puisque le droit de vote n'est accordé qu'aux nationaux²². Certains auteurs y ont vu une reconnaissance de la notion de discrimination indirecte²³.

S'agissant du refus de service prévu au **1° de l'article 225-2 du code pénal**, par un arrêt du 17 février 2000, la cour d'appel de Montpellier est venue préciser que *« seul peut refuser de fournir un bien ou un service, celui qui a pris l'initiative de le fournir ou de l'offrir »*²⁴. C'est le

²¹ Dès lors que l'entreprise répond aux conditions de l'art. L.120-1 II al. 1^{er} du code du service national

²² Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 08-83710

²³ Detraz S., Discrimination indirecte à l'embauche fondée sur la nationalité, D. 2009, p. 997

²⁴ CA Paris, 12 nov. 1974, D.1975, jur., p.471 ; CA Montpellier, 3^{ème} chambre des appels correctionnels, 17 fév. 2000

cas en matière de service civique, les structures accueillant les volontaires devant préalablement solliciter et obtenir un agrément délivré par l'Agence du service civique²⁵.

Plusieurs juridictions du fond ont considéré que :

« La notion de service au sens de l'article 225-2 du code pénal comprend toute chose susceptible d'être l'objet d'un droit et qui représente une valeur pécuniaire ou un avantage et désigne toutes les prestations même à titre gratuit »²⁶.

En ce sens, le service civique doit être perçu comme un avantage puisqu'il permet au volontaire de participer à une activité citoyenne en s'inscrivant dans un parcours de formation contribuant à ce qu'il se forge une expérience à caractère professionnel.

Plusieurs dispositions du code du service national inscrivent en effet le service civique dans le cursus scolaire et de formation du volontaire.

L'article L.120-1 dudit code prévoit par exemple que :

« Le service civique est valorisé dans les cursus des établissements secondaires et des établissements dispensant des formations sanctionnées par un diplôme d'études supérieures selon des modalités fixées par décret ».

La « carte du volontaire » remise par l'Agence du service civique calque le statut du volontaire sur celui des étudiants des établissements d'enseignement supérieur²⁷.

L'organisme qui accueille le volontaire doit accompagner ce dernier dans sa réflexion sur son projet d'avenir²⁸.

Enfin, l'article L.120-36 du code du service national dispose, quant à lui :

« Toute personne française âgée de seize à dix-huit ans ayant conclu le contrat mentionné à l'article L.120-3 est réputée être inscrite dans un parcours lui permettant de préparer son entrée dans la vie active ».

S'agissant du délit de subordination visé aux **4° et 5° de l'article 225-2 du code pénal**, l'infraction présente un caractère formel, c'est-à-dire qu'elle peut être caractérisée en l'absence de dommage ou de victime identifiée²⁹. La diffusion de l'offre discriminatoire suffit en elle-même à retenir le délit de discrimination. La Cour de cassation est venue préciser que la condition discriminatoire subordonnant l'offre pouvait être implicite³⁰.

S'agissant du délit commis par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public prévu par **l'article 432-7 du code pénal**, la possibilité de conclure un contrat d'engagement de service civique peut être qualifiée de droit accordé par

²⁵ La demande d'agrément sera instruite par la Direction Régionale de la Jeunesse, des Sports et de la Cohésion Sociale (DRJSCS) territorialement compétente lorsque la personne morale formant la demande exerce une activité à l'échelle régionale ou lorsque les volontaires ne sont accueillis que dans une seule région et par la Direction Départementale interministérielle chargée de la Cohésion Sociale (DDCS) territorialement compétente lorsque la personne morale formant la demande exerce une activité à l'échelle départementale ou infra-départementale, ou lorsque les volontaires ne sont accueillis que dans un seul département

²⁶ CA Montpellier, 3^{ème} chambre des appels correctionnels, 12 décembre 2006, n°06/00769

²⁷ Art. L.120-3 du code du service national

²⁸ Art. L.120-14 du code du service national

²⁹ Cass. crim., 23 juin 2009, n°07-85109

³⁰ Cass. crim., 11 mars 2014, n°12-88313

la loi dans le sens où un volontaire doit pouvoir présenter sa candidature à la conclusion d'un tel contrat, conformément aux dispositions de l'article L.120-1 II du code du service national, sans qu'elle soit rejetée pour un motif de discrimination prohibé.

Les conditions de conclusion, d'exécution et de rupture du contrat d'engagement de service civique doivent dans ces conditions être contrôlées par le juge judiciaire compétent au regard du principe de non-discrimination.

ANALYSE JURIDIQUE

Cela étant dit, il ressort de l'examen attentif des réclamations dont le Défenseur des droits a été saisi que, si le fait de soumettre l'accès au service civique à une condition de régularité du séjour peut paraître légitime compte tenu du fait qu'il s'agit d'une activité professionnelle non salariée, toutes les restrictions découlant de l'article L.120-4 du code du service national ne paraissent pas justifiées au regard de l'objectif poursuivi par ce dispositif.

Ces restrictions caractérisent des discriminations en raison de la nationalité prohibées tant par le droit interne que le droit européen, voire une atteinte, s'agissant des mineurs concernés, à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE).

De surcroît, l'interprétation par certaines directions territoriales de l'Agence du service civique faite de cet article, notamment de son 1°, en restreint davantage encore le champ d'application.

I. Sur la condition de résidence en France d'un an prévue aux 1° et 2° de l'article L.120-4 du code du service national

A. Une condition de résidence d'un an exigée des jeunes étrangers mentionnés à l'article L.120-4 1° du code du service national

L'article L.120-4 1° du code du service national vise la situation des étrangers âgés de 16 à 18 ans mis en possession d'une carte de séjour temporaire ou d'une carte de résident parce qu'ils ont déclaré vouloir exercer une activité professionnelle au cours de leur minorité.

Cette situation est prévue à l'article L.311-3 du CESEDA, lequel dispose :

« Les étrangers âgés de seize à dix-huit ans qui déclarent vouloir exercer une activité professionnelle reçoivent, de plein droit, une carte de séjour temporaire s'ils remplissent les conditions prévues à l'article L.313-11, la carte de séjour portant la mention "passeport talent (famille)" s'ils remplissent les conditions prévues à l'article L.313-21 ou une carte de résident s'ils remplissent les conditions prévues à l'article L.314-11. Ils peuvent, dans les autres cas, solliciter une carte de séjour temporaire ou une carte de résident en application des articles L.314-8 et L.314-9. »

Pour les jeunes concernés, l'article L.120-4 1° pose deux conditions distinctes : d'une part, détenir l'un des titres visés à l'article L.311-3 du CESEDA et, d'autre part, séjourner en France depuis plus d'un an. Il n'est toutefois pas prévu que cette durée de séjour en France doit l'être sous couvert d'un titre de séjour spécifique.

Or, ont été portées à la connaissance du Défenseur des droits des pratiques consistant à refuser la conclusion d'un contrat d'engagement de service civique à un étranger entrant dans les prescriptions de l'article L.311-3 du CESEDA au motif qu'il ne détenait pas ce titre depuis plus d'un an.

De telles pratiques doivent être considérées comme illégales en ce qu'elles ajoutent une condition à celles posées à l'article L.120-4 1° du code du service national.

B. Une condition de résidence d'un an exigée des jeunes étrangers visés à l'article L.120-4 2° du code du service national

Les jeunes étrangers visés au 2° de l'article L.120-4 du code du service national doivent quant à eux remplir une condition de séjour en France depuis plus d'un an sous couvert d'un titre de séjour particulier, à savoir l'un des titres suivants :

- Une carte de séjour temporaire portant la mention "salarié", "travailleur temporaire" ou "entrepreneur/profession libérale" délivrée sur le fondement de l'article L.313-10 du CESEDA ;
- Une carte de séjour temporaire portant la mention "vie privée et familiale" délivrée sur le fondement de l'article L.313-11 1° à 9° du CESEDA ;
- Une carte pluriannuelle portant la mention "passeport talent" (article L.313-20 du CESEDA) ou "passeport talent famille" (article L.313-21 du CESEDA) ;
- Une carte pluriannuelle pour les apatrides et membres de leur famille (article L.313-26 du CESEDA) ;
- Une carte de résident portant la mention "résident de longue durée-UE" (article L.314-8 du CESEDA) ;
- Une carte de résident portant la mention "résident de longue durée-UE famille" (article L.314-9 du CESEDA) ;
- Une carte de résident attribuée de plein droit au titre des 2° à 7°, 9° et 10° de l'article 314-11 du CESEDA.

Cette disposition ouvre donc assez largement aux ressortissants étrangers l'accès au service civique. Pourtant, dans les faits, il apparaît que, pour de nombreux jeunes étrangers de moins de 19 ans, la condition de séjour en France depuis plus d'un an ainsi posée est impossible à remplir.

En effet, en vertu de l'article L.311-1 du CESEDA :

« Tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaite séjourner en France doit, après l'expiration d'un délai de trois mois depuis son entrée en France, être muni d'une carte de séjour ».

Conformément à cette disposition, l'obligation de détenir un titre de séjour ne concerne que les étrangers de plus de 18 ans, la demande de titre devant, dans ce cas et conformément à l'article R.311-2 1° du CESEDA, être faite dans l'année qui suit le dix-huitième anniversaire.

Dès lors, le mineur étranger n'est pas tenu de disposer d'un titre de séjour et se trouve de fait en séjour régulier lors de son accession à la majorité, ce jusqu'à 19 ans. Le droit français ne prévoit d'ailleurs pas la possibilité d'octroyer un titre de séjour à un mineur étranger, sauf l'hypothèse de délivrance anticipée d'un titre de séjour prévue à l'article L.311-3 du CESEDA s'agissant des mineurs étrangers de plus de 16 ans souhaitant travailler (situation visée au 1° de l'article L.120-4 du code du service national).

En conséquence, des jeunes étrangers, qui ont pourtant sollicité un titre de séjour au moment où ils pouvaient le faire – c'est-à-dire à leur majorité, dans l'année qui suit leur dix-huitième

anniversaire – et vivent en France depuis parfois bien plus d'un an en séjour régulier, ne peuvent remplir la condition visée au 2° de l'article L.120-4 du code du service national.

Cet article de loi exclut donc systématiquement du champ d'application du service civique les étrangers entrés mineurs en France et se voyant délivrer, dans l'année qui suit leur dix-huitième anniversaire et seulement à ce moment, l'un des titres visés à l'article L.120-4 2° mentionnés ci-dessus, c'est-à-dire une carte de séjour "salarié" ou "vie privée et familiale" ou même une carte de résident.

Cela revient en réalité à exclure du dispositif des jeunes âgés de 16 à 20 ans, la condition de résidence d'un an, sous couvert d'un titre de séjour, n'étant remplie en toute logique qu'un an après la délivrance du premier titre de séjour laquelle n'intervient parfois qu'à la fin de la dix-huitième année.

Une telle condition doit donc, dans ces circonstances, être considérée comme illégale car impossible à remplir. Elle apparaît de surcroît injustifiée au regard de l'objectif même du dispositif de service civique qui vise précisément l'insertion sociale et professionnelle d'un public de cette tranche d'âge.

C. Une dérogation à la condition de présence d'un an pour les jeunes étrangers visés à l'article L.120-4 3° du code du service national privée d'effet pour nombre de mineurs

L'article L.120-4 3° du code du service national prévoit l'accès au service civique sans condition de durée de présence en France pour les étrangers titulaires :

- D'une carte de séjour portant la mention "étudiant" visée à l'article L.313-7 du CESEDA ;
- D'une carte de séjour pluriannuelle délivrée après un premier titre de séjour telle que prévue à l'article L.313-17 du CESEDA ;
- D'une carte de séjour pluriannuelle pour les bénéficiaires de la protection subsidiaire et les membres de leur famille mentionnée à l'article L.313-25 du CESEDA ;
- D'une carte de résident pour les réfugiés ou les membres de leur famille telle que visée au 8° de l'article L.314-11 du CESEDA ;
- D'une carte de résident délivrée au bénéficiaire de la protection subsidiaire (et les membres de sa famille) titulaire d'une carte de séjour pluriannuelle et justifiant de 4 années de résidence régulière en France (article L.314-11 12° du CESEDA).

Or, comme indiqué précédemment, l'obligation de détenir un titre de séjour ne concerne que les étrangers de plus de 18 ans et il n'est pas prévu que de tels titres soient délivrés à des mineurs, même s'ils en remplissent les conditions, sauf à ceux souhaitant exercer une activité professionnelle.

Dès lors, il s'avère là-aussi impossible pour ces jeunes étrangers-là âgés de 16 à 18 ans de conclure un contrat d'engagement de service civique en bénéficiant de cette dérogation à la condition de résidence en France depuis plus d'un an.

Une telle situation constitue une atteinte manifeste à l'intérêt supérieur des enfants en présence, tel que protégé par l'article 3-1 de la CIDE lequel dispose :

« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »

Participer à une mission de service civique avant la majorité permet indéniablement à des jeunes – public-cible du dispositif –, d'augmenter leur chance d'insertion sociale et professionnelle. Il présente une opportunité réelle pour tous et plus encore pour ceux en rupture scolaire ou rencontrant des difficultés d'orientation particulière. Leur refuser par principe d'accéder au dispositif est contraire à leur intérêt ainsi qu'à leur droit à l'accès à la formation sans discrimination.

De manière plus générale, le Défenseur des droits s'interroge sur l'opportunité d'une telle condition de durée de séjour en France s'agissant de très jeunes personnes engagées dans une démarche d'intégration.

La condition de résidence en France d'un an prévue aux 1° et 2° de l'article L.120-4 du code du service national et l'impossibilité de bénéficier en pratique de la dérogation prévue au 3° du même article revient à priver les jeunes étrangers de la possibilité de se forger une expérience professionnelle en raison de leur nationalité, alors que 5,4 millions d'emplois dans les secteurs public et privé demeurent déjà fermés aux étrangers non ressortissants de l'Union européenne³¹.

II. Sur l'exclusion du dispositif de certaines catégories de jeunes étrangers quelle que soit la durée de leur séjour en France

En vertu de l'article L.120-4 du code du service national, certains ressortissants étrangers, de par leur nationalité ou les motifs de leur séjour en France, sont purement et simplement exclus du dispositif.

A. L'impossibilité pour les ressortissants algériens de conclure un contrat d'engagement de service civique

Les certificats de résidence algériens n'étant pas visés à l'article L.120-4 du code du service national, les jeunes algériens, quels que soient la stabilité, l'ancienneté et les motifs de leur séjour en France, sont exclus du dispositif de service civique.

Cette exclusion est confirmée sur le site internet de l'Agence du service civique³² où il est indiqué :

*"Les étrangers dont les droits de séjour sont régis par des **régimes juridiques spéciaux**, non visés par l'article L120-4 du code du service national, tels que l'Accord du 27 décembre 1968 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour en France des ressortissants algériens et de leurs familles, **ne sont pas éligibles** au Service Civique".*

³¹ Source : Observatoire des inégalités, 19 août 2019

³² <http://www.service-civique.gouv.fr/page/accueillir-un-volontaire-etranger>

Une telle exclusion peut être analysée comme une discrimination fondée sur la nationalité prohibée tant par le droit interne que par le droit européen mais aussi, s'agissant des mineurs, comme une atteinte aux droits de l'enfant protégés par la CIDE.

Il n'existe en effet aucune justification légitime à exclure les ressortissants d'un pays en particulier de ce dispositif, encore moins ceux d'un pays dont l'histoire est très fortement liée à celle de la France.

Une proposition de loi en faveur de l'engagement associatif a été déposée le 4 avril 2018 puis adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale et le Sénat et en seconde lecture par l'Assemblée nationale.

Son article 3, non modifié en 2^{ème} lecture, prévoit de modifier l'article L.120-4 du code du service national en ouvrant dans un 4^o la possibilité d'effectuer un service civique à :

« L'étranger âgé de seize ans révolus qui séjourne en France sous couvert d'un certificat de résidence algérien portant la mention "étudiant" prévu au titre III du protocole à l'accord du 27 décembre 1968 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour en France des ressortissants algériens et de leurs familles ou qui séjourne depuis plus d'un an sous couvert de l'un des titres de séjour prévus aux 1 à 6 de l'article 6, aux b à g de l'article 7 ainsi qu'à l'article 7 bis de l'accord précité ou d'un certificat de résidence algérien prévu au titre IV du protocole à l'accord précité ».

En ouvrant l'accès au service civique à certains ressortissants algériens, cette modification textuelle constitue une amélioration du dispositif conforme à l'une des recommandations du Défenseur des droits émises dans son avis n°18-09 du 15 mars 2018 relatif au projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif.

Néanmoins, cette proposition de loi, qui doit encore être adoptée en 2^{ème} lecture par le Sénat, prévoit une condition de présence d'un an similaire aux 1^o et 2^o de l'article L.120-4 du code du service civique. Les mêmes difficultés d'accès au service civique à certains jeunes étrangers sont donc susceptibles de se poser.

Sur ce point, le Défenseur des droits regrette que l'ensemble des recommandations émises dans son avis n°18-09 visant à élargir l'accès au service civique à tous les jeunes étrangers en situation régulière, sans référence à une liste de titre, n'ait pas été repris dans la proposition de loi³³.

B. Les autres catégories d'étrangers exclus du dispositif quelle que soit la durée de leur séjour en France

Enfin, sont exclues du service civique, quelle que soit la durée de leur séjour en France, certaines catégories d'étrangers notamment :

- Les titulaires d'une carte de séjour temporaire "étranger malade" alors que les autres cartes "vie privée et familiale" de l'article L.313-11 du CESEDA sont concernées ;

³³ Cf. pages 62 à 64 de l'avis n°18-09 du 15 mars 2018

- Les conjoints de Français ou d'étrangers entrés par regroupement familial en cas de violence commise après l'arrivée en France et avant la délivrance de la première carte de séjour délivrée sur le fondement des articles L.313-11, 4° ou L.431-1 (articles L.313-12 et L.431-2 du CESEDA) ;
- Les personnes protégées contre des violences familiales ou conjugales : ordonnance de protection en cas de violence au sein du couple ou par un ancien conjoint/concubin, ou menace de mariage forcé (article L.316-3 du CESEDA) ;
- Les personnes qui déposent plainte contre une personne qu'elle accuse d'avoir commis à son encontre certaines infractions (victimes de traite des êtres humains, proxénétisme) ou qui témoignent dans une procédure pénale concernant une personne poursuivie pour ces mêmes infractions (article L.316-1 du CESEDA) ;
- Les personnes régularisées pour des motifs exceptionnels (article L.313-14 du CESEDA).

D'anciens mineurs non accompagnés (MNA), victimes de la traite des êtres humains sont susceptibles d'être concernés par ces dispositions et donc exclus du service civique alors même que son objectif est d'assurer la cohésion sociale et permettre l'insertion sociale et professionnelle des publics les plus vulnérables.

III. Sur l'absence de prise en compte des récépissés

Quelle que soit la situation des intéressés, les récépissés de demande de titre de séjour ne font pas partie de la liste des titres de séjour mentionnés à l'article L.120-4 du code du service national.

Ceci accroît encore un peu plus les difficultés rencontrées par les jeunes concernés.

Il n'est pas rare en effet que les intéressés ne se voient pas délivrer immédiatement le titre de séjour auquel ils peuvent prétendre à la majorité. Un récépissé de première demande de titre de séjour leur est alors délivré et, parfois, renouvelé à plusieurs reprises. La durée du séjour sous couvert d'un récépissé n'étant pas visée à l'article L.120-4 du code du service national, la possibilité de conclure un contrat de service civique s'en trouve d'autant décalée dans le temps.

Il en est de même dans l'hypothèse où les intéressés, lors du renouvellement de leur titre de séjour, se voient délivrer un récépissé et non directement la carte de séjour à laquelle ils peuvent prétendre.

Certes, la page « Accueillir un volontaire étranger » du site de l'Agence du service civique précise :

« Pour tous les titres de séjour permettant d'accéder au service Civique, un récépissé de renouvellement confère les mêmes droits que le titre de séjour précédemment détenu. Cela vaut pour l'accès ou la poursuite du service Civique. »

Toutefois, cela ne vaut que pour les jeunes dont le renouvellement de leur titre de séjour est en cours d'instruction et non ceux en attente de leur premier titre de séjour.

De plus, cette souplesse n'étant pas prévue par les textes, certaines directions territoriales peuvent tout simplement la méconnaître et refuser de l'appliquer.

IV. Sur la situation particulière rencontrée par des jeunes étrangers souhaitant effectuer un service civique à Mayotte

Enfin, il a été porté à la connaissance du Défenseur des droits que la condition en cause peut également poser un grave préjudice à certains jeunes étrangers résidant à Mayotte qui, en raison des difficultés structurelles rencontrées par les services de ce département, ne parviennent pas, malgré des demandes faites dans les délais prévus par la loi, à obtenir la délivrance d'un titre de séjour dans des délais raisonnables.

Une attestation de la préfecture devrait dans ces conditions exceptionnelles suffire à attester que les jeunes remplissent la condition visée à l'article L.120-4 du code du service national.

*

-

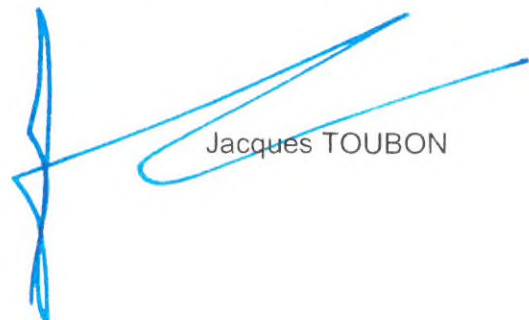
Compte tenu des éléments développés ci-dessus, le Défenseur des droits considère que les dispositions de l'article L.120-4 du code du service national ont des conséquences discriminatoires en excluant certains ressortissants étrangers du dispositif du service civique, également constitutives d'une atteinte à l'intérêt supérieur des enfants concernés.

Afin de permettre l'accès au plus grand nombre de jeunes étrangers au service civique, le Défenseur des droits recommande à la présidente de l'Agence du service civique de faire cesser les pratiques des directions territoriales consistant à refuser la conclusion de contrats d'engagement de service civique par une interprétation restrictive des dispositions du code du service national.

Afin de mettre un terme à toute discrimination fondée sur la nationalité et toute atteinte aux droits des mineurs étrangers, le Défenseur des droits recommande à la présidente de l'Agence du service civique et au ministre de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports d'engager une réforme législative afin que la liste limitative des titres de séjour dressée à l'article L.120-4 du code du service national soit abandonnée au profit d'une formulation autorisant l'accès au service civique à tous les jeunes étrangers en situation régulière.

Le Défenseur des droits décide de porter les présentes recommandations à la connaissance des directions territoriales de l'Agence du service civique mises en cause dans les réclamations dont il a été saisi.

Le Défenseur des droits demande à la présidente de l'Agence du service civique et au ministre de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de quatre mois à compter de la date de notification de la présente décision.



Jacques TOUBON