

Paris, le 21 juillet 2016

Avis du Défenseur des droits n°16-19

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

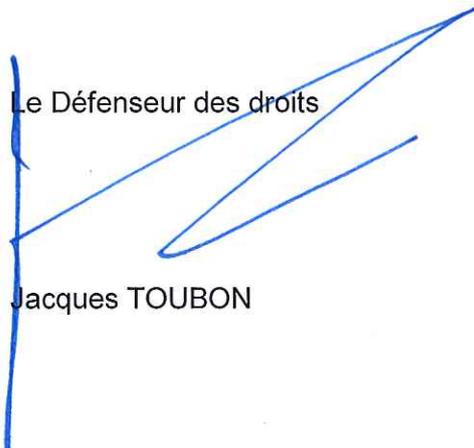
Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu son avis au Parlement n°16-15 du 3 juin 2016 ;

Auditionné le 19 juillet 2016 par la commission spéciale du Sénat chargée d'examiner le projet de loi n°773 relatif à l'Égalité et à la Citoyenneté,

Emet l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits



Jacques TOUBON

Le 1er juin 2016, le Défenseur des droits a rendu l'avis n° 16-15 sur le projet de loi n°3679 relatif à l'Égalité et à la Citoyenneté, à la suite de son audition par la commission spéciale de l'Assemblée Nationale.

Le Défenseur des droits y relevait que par ses interventions en faveur de l'accès aux droits, il contribue à ce que l'égalité revienne au cœur du projet républicain, afin que nul n'en soit exclu. La mission de protection des droits et libertés concerne le traitement des réclamations individuelles qui sont adressées au Défenseur des droits (soit 79.592 dossiers pour l'année 2015). Au-delà du traitement des saisines individuelles, le Défenseur des droits est également appelé à faciliter l'accès aux droits à la faveur des informations qu'il délivre, ou des orientations qu'il propose aux réclamants, avant de les accompagner pour parvenir à la résolution des litiges auxquels ils sont confrontés. L'institution déploie également une action de promotion de l'égalité et de l'accès aux droits consistant à faire connaître les droits à travers des démarches d'information des publics concernés, à conduire des actions de sensibilisation et de formation ou d'intervenir auprès des pouvoirs publics pour faire évoluer les cadres normatifs.

Dans cette perspective, il mène une politique active de partenariat et de dialogue avec la société civile.

Partant de cette expérience, le Défenseur des droits formule les observations suivantes.

A. Emancipation des jeunes, Citoyenneté et Participation (Titre I)

Le Défenseur des droits rappelle son soutien aux dispositions de l'article 15 du projet de loi qui, en l'état, prévoit la possibilité pour les mineurs de seize ans révolus, avec l'accord écrit préalable de leurs représentants légaux, d'être nommés directeurs ou codirecteurs de la publication de tout journal ou écrit périodique, même diffusé à l'extérieur des établissements scolaires. Cette disposition reprend une recommandation du Défenseur des droits soutenue dans son rapport du 27 février 2015, au Comité des droits de l'Enfant des Nations Unies, sur la mise en œuvre par la France de la Convention internationale des droits de l'enfant. Pour le Défenseur des droits, en effet, ces publications constituent un précieux vecteur d'apprentissage de la citoyenneté et de la pratique démocratique. Certes, de telles publications, lorsqu'elles sont diffusées à l'extérieur de l'établissement scolaire sont soumises aux dispositions de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 (cf. Circulaire n°02-026 du 1er février 2002 actualisant la circulaire n°91-051 du 6 mars 1991), ainsi qu'au régime de responsabilité spécifique qui est consubstantiel à la fonction de directeur de publication, cf. art. 42 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Le Défenseur des droits observe toutefois qu'en l'état actuel du droit, la responsabilité des lycéens peut d'ores et déjà se trouver engagée, en leur qualité de complices, sur le fondement de l'article 43 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Aussi est-il favorable à l'ouverture de la responsabilité des publications des journaux lycéens aux mineurs à partir de 16 ans, pour les publications diffusées à l'extérieur de l'établissement scolaire. Il préconise toutefois que cette ouverture s'accompagne d'un dispositif d'information, visant à leur apporter non seulement les connaissances propres à cet outil spécifique de communication qu'est la presse, ainsi que les notions juridiques de base qui s'appliquent à ce domaine.

Parmi les nouveaux articles adoptés le 06 juillet 2016 en première lecture par l'Assemblée Nationale, le Défenseur des droits appelle l'attention sur :

- l'article 15 *bis A*, qui consacre l'existence juridique du parrainage civil, célébré en mairie, à la demande des parents lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale ou à la demande de celui qui l'exerce seul. S'il devait être confirmé, ce dispositif ne manquerait pas de poser la question de la nature de la responsabilité dont les marraines et parrains sont investis ;
- l'article 15 *ter*, dont les dispositions prévoient que tout mineur capable de discernement puisse participer librement à la constitution d'une association ou en devenir membre dans les conditions définies par loi. **Ce dispositif reprend une recommandation du Défenseur des droits soutenue dans son rapport du 27 février 2015, au Comité des droits de l'Enfant des Nations Unies, sur la mise en œuvre par la France de la Convention internationale des droits de l'enfant.** La loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels fixe en effet l'âge de 16 ans pour constituer une association et accomplir les actes utiles à son administration, ce qui exclut les mineurs de moins de 16 ans de la participation à la prise de décision dans les instances collégiales de l'association, alors que la Convention internationale des droits de l'enfant ne fixe aucune limite d'âge. Cette situation est d'autant plus regrettable que les jeunes font preuve d'engagement à la fois dans des associations et par le biais du Réseau national des juniors associations (RNJA), association loi 1901, et que la liberté d'association reconnue par la Convention les prépare à leur future vie de citoyen ;
- l'article 16 *bis*, qui procède à l'insertion dans le code général des collectivités territoriales d'un nouvel article L. 1112-22-1 relatif aux conseils de jeunes. Composée de jeunes de moins de trente ans domiciliés sur le territoire concerné, cette instance contribuera à n'en pas douter à former plus avant les jeunes à la citoyenneté ;
- l'article 19 *bis* qui, en créant un article 21-25-2 dans le code civil, permet la dématérialisation de la procédure d'acquisition de la nationalité française, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Or, **le Défenseur des droits constate que la dématérialisation des procédures par les services publics conduit à exclure nombre d'utilisateurs qui, partant, se retrouvent dans l'incapacité de conduire leurs démarches. De même, si un certain nombre de Français n'a pas accès à l'outil numérique, un chiffre très certainement supérieur de personnes étrangères, dont on rappellera qu'elles sont surreprésentées parmi les publics en situation de précarité, se retrouvent exclues du dispositif de prise de « rendez-vous dématérialisé » pour les demandes de titre de séjour (cf. rapport A guichets fermés, La Cimade, p. 9).**

B. Mixité sociale et Égalité des chances dans l'habitat (Titre II)

1° Sur le rétablissement des équilibres sociaux

Lors de son audition devant la commission spéciale de l'Assemblée Nationale du 31 mai 2016, le Défenseur des droits avait soutenu l'approche rénovée du concept de mixité sociale portée par le projet de loi à l'origine. Celle-ci prévoyait, dans les intercommunalités entrant dans le champ d'application du nouveau dispositif¹, de consacrer au moins 25% des attributions hors des quartiers prioritaires de la politique de la ville (QPV) à des demandeurs appartenant au quartile des demandeurs aux ressources les plus faibles sur le territoire intercommunal ou, en Ile-de-France, à l'échelle régionale. **Cette rédaction affirmait en effet pour la première fois un objectif de rétablissement de l'égalité des chances des plus modestes en leur permettant d'accéder à l'ensemble du parc social, notamment les secteurs les plus favorisés. Elle répondait aussi à une préoccupation du Défenseur des droits, qui avait alors rappelé que la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) avait opportunément recommandé au gouvernement, dès 2009, de préciser plus avant les éléments nécessaires à la compréhension de l'objectif de mixité sociale, ainsi que les principes devant guider sa mise en œuvre lors de l'attribution de logements sociaux (Décision n° 2009-133 du 16 mars 2009).**

Le Défenseur des droits constate, à l'issue du vote en première lecture à l'Assemblée Nationale, un ensemble d'évolutions aux principes ainsi définis, fruit d'un compromis politique entre le gouvernement et la majorité : afin d'éviter la limitation de la mesure par la création de « quotas » telle que l'envisageaient les députés, « quotas » qui auraient conduit à refuser l'attribution à des demandeurs reconnus prioritaires au titre du DALO au-delà de ces quotas, avec de surcroît un risque de discrimination en présence de refus d'attribution pour des motifs interdits par la loi, la ministre du logement a préféré donner un pouvoir de décision aux élus des intercommunalités.

Plusieurs mesures renforcent à cette fin le pilotage intercommunal des attributions, par des orientations d'attribution définies dans les conventions intercommunales d'attribution élaborées par les conférences intercommunales du logement (CIL), désormais obligatoires dans les intercommunalités visées par la réforme, et co-approuvées par l'établissement public de coopération intercommunale (EPCI) et le Préfet.

Il revient en particulier aux intercommunalités de définir, dans le cadre des Conférences Intercommunales du Logement, des objectifs quantifiés d'attribution, dont les mutations, pour la recherche de mixité sociale à l'échelle intercommunale, en tenant compte de la situation des QPV et dans le respect de l'ensemble des dispositions qui garantissent le droit au logement (articles L.300-1, L.441-1 et L.441-2-3 du Code de la Construction et de l'Habitation).

¹ Sont concernés les établissements publics de coopération intercommunale définis au 18^{ème} alinéa de l'article L.441-1 du CCH, soit les EPCI tenus de se doter d'un programme local de l'habitat ou ayant la compétence en matière d'habitat et au moins un quartier prioritaire de la ville, la Ville de Paris, les établissements publics territoriaux de la métropole du Grand Paris et des territoires de la métropole d'Aix-Marseille-Provence (article 20, alinéa 30).

Sont définis à cette fin :

- **dans les QPV**, un objectif quantifié d'attribution à des demandeurs qui n'appartiennent pas au quartile des demandeurs aux ressources les plus faibles, l'objectif de 50% d'attribution pour ces demandeurs s'appliquant par défaut en l'absence d'objectif précisé dans la convention ;
- **hors QPV, le cas échéant, le taux minimal des attributions annuelles à des demandeurs appartenant au quartile des demandeurs aux revenus les plus faibles, en vertu de la possibilité introduite dans le texte (alinéa n°34) d'adapter le taux d'attribution minimum de 25% défini au dix-huitième alinéa de l'article L.441-1 du CCH.**

Dans les intercommunalités concernées par la réforme, les conventions intercommunales d'attribution (CIA) qui constituent désormais le seul document d'orientation en matière d'attribution, définissent les engagements annuels territorialisés des bailleurs sur le nombre d'attributions à des demandeurs prioritaires au titre du DALO ou des priorités redéfinies dans le Code de la construction et de l'habitation (CCH). Ces conventions prévoient la création d'une commission de coordination, composée de l'ensemble des partenaires de la CIL et présidée par le président de l'EPCI, qui peut examiner et émettre un avis sur les dossiers des demandeurs concernés par la convention, sans toutefois se substituer aux commissions d'attribution de logement existantes.

Pour garantir le respect des engagements des bailleurs sociaux, un dispositif de tutelle a été opportunément prévu : afin de pallier le défaut de volonté du bailleur social de signer cette convention, le représentant de l'État désigne alors au bailleur des demandeurs reconnus prioritaires au titre du DALO et des personnes répondant aux critères de priorité mentionnés à l'article L. 441-1 du CCH, et fixe le délai dans lequel le bailleur est tenu de les loger. De même, lorsque l'objectif d'attribution fixé pour chaque bailleur n'est pas atteint, le représentant de l'État dans le département procède à l'attribution aux publics concernés d'un nombre de logements équivalent au nombre de logements restant à attribuer sur les différents contingents.

Beaucoup de ces évolutions sont, conformément aux recommandations du Défenseur des droits, de nature à assurer l'adhésion des intercommunalités par l'instauration des moyens nécessaires au pilotage de l'attribution par celles-ci, et définissent les conditions nécessaires au respect des mesures pour l'atteinte de mixité sociale dans le respect du droit au logement. Elles peuvent en outre favoriser la mutualisation des différents contingents de réservations. **Toutefois, le Défenseur des droits considère que la possibilité d'adapter le taux de 25% d'attribution aux demandeurs les plus modestes hors QPV remet en cause l'approche novatrice de la mixité sociale fondée sur le rétablissement de l'égalité des chances pour les plus modestes en leur permettant d'accéder à toutes les parties du parc social, y compris les secteurs attractifs hors QPV.**

En effet, la recherche d'un équilibre entre le droit au logement et la mixité sociale sur ce fondement constitue l'essence du volet « logement » de ce texte. Dès lors, l'adoption de tout amendement permettant de moduler à la baisse le pourcentage de 25% remet en cause l'objectif de rétablissement de l'égalité des chances des demandeurs les plus modestes.

Aussi le Défenseur des droits recommande :

- **d'abroger l'alinéa 34 de l'article 20 du projet de loi qui introduit cette possibilité, ainsi que l'alinéa 58 qui en prévoit la mise en œuvre par les intercommunalités dans le cadre des conférences intercommunales du logement maintenir;**
- **de maintenir à 25% le taux minimal d'attribution hors QPV aux demandeurs les plus modestes.**

2° Sur la procédure d'attribution

Le Défenseur des droits soutient en particulier:

- la clarification des critères de priorité d'attribution, redéfinis s'agissant des critères généraux de priorité de l'article L. 441-1 du CCH, en précisant l'articulation des différents dispositifs ou filières par lesquels le demandeur peut être reconnu prioritaire : dans le cadre du CCH, d'un recours DALO, du plan départemental d'action pour le logement et l'hébergement des personnes défavorisée ou encore d'un accord collectif (article 20, alinéas 10 à 29) ;
- le taux minimal de 25% d'attributions annuelles par les collectivités territoriales et par les organismes d'Action Logement à des demandeurs prioritaires au titre du DALO ou, à défaut, au titre des priorités de l'article L.441-1 du CCH (article 20, alinéa 41 et article 21, alinéa 8) ;
- la suppression des délégations aux communes de la gestion des logements réservés à l'Etat pour le logement des défavorisés dans le cadre du contingent préfectoral (article 20, alinéa 44) ;
- la logique de transparence engagée dans la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, qui se prolonge dans le présent projet de loi : modalités de désignation des candidats rendues publiques ; connaissance partagée de la demande mais aussi de l'occupation sociale du parc ; mise en place d'un dispositif de cotation de la demande et/ou de location voulue par lequel le demandeur peut se positionner sur des offres de logement publiées notamment sur Internet (article 24).

Toutes ces mesures qui visent à une meilleure transparence des attributions et à impliquer tous les acteurs du logement dans la mise en œuvre du droit au logement répondent en effet à des recommandations et préconisations formulées par le Défenseur des droits notamment dans sa décision 2015-291 du 16 décembre 2015 sur l'accès au logement social.

Toutefois, afin que les droits fondamentaux des demandeurs soient garantis par les nouveaux dispositifs mis en place par les intercommunalités pour une attribution plus transparente dans le cadre du plan partenarial de gestion de la demande, notamment la cotation de la demande (art. L. 441-1-8 et R. 441-2-10 du CCH), le Défenseur des droits recommande :

- **que les intercommunalités s'assurent de la conformité de ces dispositifs avec les droits fondamentaux des demandeurs préalablement à leur adoption ;**
- **la création d'une obligation d'évaluation annuelle de ces mêmes dispositifs, afin de garantir leur adéquation avec les droits fondamentaux des demandeurs dans le temps ;**

- conformément à sa recommandation émise dans la décision n°2013-206 du 20 juin 2013 sur le projet de cotation de la Ville de Paris, la création d'une obligation de vérification du respect des droits précités par les systèmes de qualification de l'offre à élaborer par les intercommunalités, en veillant notamment à ce qu'ils ne conduisent pas à conditionner l'accès des demandeurs aux caractéristiques des occupants en place afin de ne pas reproduire les pratiques d'exclusion. En effet, si le nouveau texte prévoit que seront encadrées par décret les conditions de collecte et de traitement par les bailleurs sociaux des données de l'enquête sur l'occupation du parc social, la question de l'usage de ces données dans le cadre de la qualification de l'offre en vue de l'attribution reste entière.

3° Autres dispositions du volet « Logement »

Parmi les différentes avancées du texte, le Défenseur des droits soutient en particulier :

- **la possibilité d'expérimenter pendant cinq ans une politique des loyers** visant à faire converger l'ensemble des loyers pratiqués au sein du parc locatif social vers un niveau de loyer maîtrisé, identique à tous les logements d'une typologie donnée, dans les conditions qui seront définies par décret, pour les intercommunalités déjà engagées dans une politique volontariste en matière d'habitat (article 26, alinéas 57 à 77) ;
- **la remise au Parlement, dans un délai de six mois, d'un rapport sur les conditions de mise en place d'un loyer progressif** qui ne soit plus corrélé au mode de financement du logement mais aux ressources du locataire (article 26, alinéa 77) ;
- **la prise en compte de l'aide personnalisée au logement** ou des allocations de logement à caractère social ou familial auxquelles le ménage peut prétendre et l'application de la méthode de calcul du taux d'effort prévue par décret, notamment pour la désignation des demandeurs par les bailleurs et les réservataires (article 20, alinéa 28) ;
- **la définition des conditions de sous-occupation des logements introduite à l'article L.621-2 du CCH**, visé par l'article L.442-3-1 du même code sur la mobilité des locataires en sous-occupation (article 28 quater B). La définition proposée permet en effet une estimation des situations de sous-occupation dans le logement social beaucoup plus conforme à la réalité que les critères de l'article R.641-4 du CCH appliqués jusqu'alors qui ne visent que les situations de sous-peuplement accentué au sens de l'INSEE. Sont en situation de sous-peuplement accentué les ménages dans un logement comportant au moins de deux pièces principales de plus que le nombre d'occupants, soit par exemple une personne seule logée dans un T4 ou un couple logé dans un T5. De tels critères conduisent à sous-estimer les situations de sous-occupation dans le parc social au vu des normes d'occupation de l'INSEE qui retient un référentiel d'une pièce par occupant et « une pièce pour deux enfants de même sexe ou s'ils ont moins de sept ans ». A titre indicatif, **alors que 45 000 locataires en HLM étaient en sous-occupation au sens de la loi en 2006, soit 1% de l'ensemble des occupants du parc social sur l'ensemble du territoire,**

560 000 locataires étaient en situation de sous-peuplement au sens de l'INSEE. En Ile-de-France, 9% des locataires HLM étaient en sous-peuplement accentué en 2016 selon l'Union Sociale pour l'Habitat d'Ile-de-France (AORIF), ce qui laisse présumer un nombre de locataires en sous-occupation dans les faits supérieur si l'on retient toutes les situations de sous-peuplement (modéré et accentué ²).L'ampleur de ces écarts a conduit le Défenseur des droits à recommander dès 2013 de réviser dans la loi la définition des critères de sous-occupation afin de les mettre en cohérence avec la réalité des situations dans un contexte de fortes tensions, en particulier sur les logements de grande taille (Décision n°2013-206 du 20 juillet 2013 sur le projet de cotation de la ville de Paris, Décision n°2015-291 du 14 décembre 2015) ;

- **s'agissant du supplément de loyer de solidarité**, autre mesure visant à encourager la mobilité des locataires, le **Défenseur des droits s'interroge en revanche**, sur le bien-fondé des nombreuses exemptions prévues par la loi pour son application, notamment aux locataires qui, n'ayant pas répondu à l'enquête sur le supplément de loyer de solidarité pendant deux années consécutives, atteignent leur soixante-cinquième anniversaire, et aux locataires résidant dans les QPV (article 27, alinéas 17 et 28). En effet, ces exemptions sont autant de freins à la mobilité qui, dans un contexte de fortes tensions accroissent des difficultés d'accès au logement des plus modestes et renforcent les inégalités, comme l'a relevé le Défenseur dans sa décision 2015-291 du 14 décembre 2015.

En faveur des gens du voyage dont le Défenseur des droits s'efforce sur tous les plans d'empêcher des traitements discriminatoires, il soutient :

- la prise en compte des terrains aménagés au profit des gens du voyage dans le décompte des logements sociaux (articles 33 undecies et suivants). **Définis par la circulaire UHC/IUH1/26 n° 2003-76 du 17 décembre 2003, les terrains familiaux figureraient ainsi à la liste établie par l'article L. 302-5 du code de la construction et de l'habitation, conformément à une recommandation du Défenseur des droits qui préconisait de mieux prendre en compte la question des terrains familiaux privés (décision 2014-152 du 24 novembre 2014) ;**

- l'inscription des besoins d'accueil et d'habitat des gens du voyage vivant en résidence mobile, en fonction des besoins territorialement identifiés dans le programme local de l'habitat (document d'observation, de définition et de programmation des investissements et des actions en matière de politique du logement à l'échelle d'un territoire) et le plan local d'action pour le logement et l'hébergement des personnes défavorisées. Rédigé en l'état, le projet d'article 33 *undecies* permet une meilleure prise en compte des besoins d'habitat adapté de ces personnes dans les documents de planification ;

- l'article 33 *duodecies*, qui offre la possibilité pour tout projet, ouvrage ou travaux destinés à l'accueil et au logement pour les personnes dont les caravanes constituent l'habitat permanent de leurs utilisateurs d'être reconnus d'intérêt public ;

² *Faciliter la mobilité dans le parc social*, Cahier de l'Union sociale pour l'Habitat n°143, juin 2011 ; *Portrait de territoire, Ile-de-France*, AORIF, 2016.

- la modification introduite à la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage par l'article 33 *quaterdecies*. La participation des communes dans l'accueil des gens du voyage y est consacrée. Le schéma départemental, conjointement élaboré par le représentant de l'État dans le département et le président du conseil départemental, détermine les communes où devront être réalisées les aires permanentes d'accueil, les terrains spécialement aménagés, et les aires de grand passage.

Le Défenseur des Droits s'inquiète toutefois des conséquences procédurales de l'article 33 *quindecies*, qui modifie l'article 9 de la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage. En l'état actuel du droit, le maire peut en effet interdire par arrêté le stationnement des résidences mobiles en dehors des aires d'accueil aménagées. En cas de violation de l'arrêté municipal, le maire, le propriétaire ou le titulaire du droit d'usage du terrain occupé peut demander au préfet de mettre en demeure les occupants de quitter les lieux. Cette mise en demeure peut être contestée devant le tribunal administratif, dont le président statue dans les 72 heures. Lorsque la mise en demeure n'est pas suivie d'effet dans le délai fixé, qui ne peut être inférieur à 24 heures, le préfet peut alors procéder à l'évacuation forcée. En vertu de l'article 33 précité, dans l'éventualité où cette mise en demeure serait contestée, le juge administratif devra statuer dans un délai de 48h, et non plus de 72 heures. La diminution du délai facilitera à n'en pas douter la procédure d'expulsion des terrains où sont installés les gens du voyage et tendra à accroître la contrainte temporelle pour trouver une situation alternative d'installation.

C. Pour l'Égalité Réelle (Titre III)

1° Dispositions relatives à la langue française

Au regard des enjeux que représente la maîtrise de la langue française et que relève fort justement l'exposé des motifs du projet de loi, le Défenseur des droits estime qu'au-delà des mesures prévues à l'article 35 du projet de loi en faveur de la lutte contre l'illettrisme et de l'amélioration de la maîtrise de la langue française, un véritable « droit fondamental à la langue française » devrait être érigé en tant que tel par le législateur.

Si aucun droit fondamental à la langue française n'est reconnu, le Défenseur des droits relève en revanche qu'un nouveau critère de discrimination est introduit à l'article 41 qui vise les personnes en « capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français », autrement dit les locuteurs de langues régionale ou étrangères, et même, selon l'exposé des motifs, les personnes qui s'expriment avec un accent ... Ainsi est subrepticement introduite dans notre législation la notion de discrimination linguistique, permettant ainsi à un régionaliste ou à un étranger déclarant ne pas maîtriser le français de se réclamer de l'arsenal anti-discriminatoire pour contester un refus d'emploi ou de service. Une sorte de substitut pénal à la charte des langues régionales ou minoritaires jamais ratifiée en raison de son caractère inconstitutionnel.

2° Sur la répression des délits de provocations, de diffamations et d'injures racistes ou discriminatoires figurant dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, ainsi que sur la généralisation du dispositif des circonstances aggravantes de racisme, d'homophobie à l'ensemble des crimes et des délits

Le Défenseur des droits salue le durcissement opéré par l'article 37 du texte, s'agissant de la répression des délits de provocations, de diffamations et d'injures racistes ou discriminatoires (fondées sur le sexe, l'identité de genre ou l'orientation sexuelle, ou sur le handicap) figurant dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse avec :

- l'ajout de la peine complémentaire de stage de citoyenneté ;
- l'alourdissement de la peine des injures fondées sur les caractéristiques personnelles protégées (6 mois et 22 500 euros) au même niveau que celle des provocations et des diffamations (1 an et 45 000 euros) ;
- l'exclusion de l'excuse de provocation en matière d'injures racistes ou discriminatoires ;
- la dérogation à l'interdiction de principe posée par la loi de 1881 permettant la requalification à tout moment de la procédure entre les délits de provocations, de diffamations et d'injures racistes ou discriminatoires ;
- la suppression de l'exigence d'articulation et de qualification des faits dans les réquisitions du parquet interruptives de prescription.

De même, l'article 38 généralise-t-il opportunément les circonstances aggravantes de racisme et d'homophobie qui sont actuellement prévues pour certaines infractions limitativement énumérées, à l'ensemble des crimes et des délits. **De même, le sexisme constituera désormais une circonstance aggravante pour les crimes et délits visés à l'article 132-77 du code pénal, la recommandation du Défenseur des droits ayant été entendue par les membres de la commission spéciale de l'Assemblée Nationale (avis n° 16-15 sur le projet de loi n°3679 relatif à l'Égalité et à la Citoyenneté).**

Le Défenseur des droits renouvelle toutefois ses observations concernant la substitution de la notion « d'infractions commises à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une race » prévue à l'article 132-76 du code pénal, par celle « d'infractions commises pour des raisons racistes », suivi de « ou à raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une religion déterminée ».

Si le Défenseur des droits reconnaît l'intérêt symbolique et politique de la démarche, ainsi qu'il a déjà eu l'occasion de le souligner dans son avis n° 13-05 sur la proposition de loi tendant à la suppression du mot « race » de notre législation, il avait également, dans ce même avis, appelé l'attention des pouvoirs publics sur le risque de fragilisation des mécanismes juridiques de protection des victimes d'actes de racisme qui découlent des conventions internationales et européennes faisant référence à ces termes, qu'il s'agisse notamment de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de l'ONU de 1965, de la Déclaration sur la race et les préjugés raciaux de l'UNESCO (27 novembre 1978), ou de la Charte des droits fondamentaux et des textes communautaires.

De même, le récent traité sur le fonctionnement de l'Union européenne emploie le mot « race » à deux reprises. Là encore, l'interprétation du mot a été précisée. Ainsi, dans la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 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 fonde une grande part de la législation française en matière de lutte contre les discriminations, il est précisé (considérant 6) : « L'Union européenne rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. L'emploi du mot "race" dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories ».

D'autre part, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), « instance du Conseil de l'Europe chargée de combattre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance dans l'Europe sous l'angle de la protection des droits de l'homme », en adoptant sa recommandation de politique générale n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale (13 décembre 2002), n'a pas manqué d'indiquer : « Tous les êtres humains appartenant à la même espèce, l'ECRI rejette les théories fondées sur l'existence de « races » différentes. Cependant, afin d'éviter de laisser sans protection juridique les personnes qui sont généralement et erronément perçues comme appartenant à une « autre race », l'ECRI utilise ce terme dans la présente recommandation ».

On ne peut donc manquer de s'interroger sur les effets juridiques d'une démarche consistant à supprimer les expressions « race » et « racial(e) » tout en conservant le substantif « racisme » (sans qu'il soit d'ailleurs précisé ce qu'il adviendra de l'adjectif « raciste » qui qualifie certains actes).

En pure logique, dès lors que la notion de race est abolie, peut-on conserver le concept de racisme pour en tirer des effets de droit ? A l'inverse, si l'on admet que la notion de racisme doit persister dans nos textes en tant qu'elle renvoie à un point de vue subjectif (nul ne disconvient de l'existence de tenants d'idéologies racistes), pourquoi en irait-il autrement des termes de « race » et « racial(e) » ?

Le Défenseur des droits souligne aussi la nécessité de ne pas risquer de fragiliser les procédures contentieuses en cours, les incriminations à caractère pénal étant d'interprétation stricte.

Le Défenseur des droits s'interroge donc sur :

- **les effets d'une démarche consistant à supprimer le mot « race » tout en conservant le substantif « racisme ». La question est posée des effets de droit qui peuvent objectivement être rattachés à la notion de racisme, dès lors que celle de race est abolie ;**
- **les conséquences probatoires d'une telle substitution, imposant au juge d'interroger le mobile raciste du criminel ou du délinquant, qui risquerait de réduire concrètement l'efficacité de la répression de tels actes.**

Par ailleurs, Les autorités organisatrices de transports collectifs de personnes et le Syndicat des transports d'Ile-de-France concourent, chacun pour ce qui le concerne, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, aux actions de prévention de la délinquance et de sécurisation des personnels et des usagers dans ces transports.

Modifié par la loi n°2016-339 du 22 mars 2016 relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs l'article L. 1632-1 du code des transports dispose désormais que les atteintes à caractère sexiste dans les transports publics collectifs de voyageurs font l'objet d'un bilan annuel qui est transmis au Défenseur des droits, à l'Observatoire national des violences faites aux femmes et au Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes. Ce bilan énonce les actions entreprises pour prévenir et recenser ces atteintes. A l'instar de la modification introduite par la loi du 22 mars 2016, les atteintes à caractère raciste dans les transports publics collectifs de voyageurs pourraient faire l'objet d'un bilan annuel transmis au Défenseur des droits, à la Délégation Interministérielle à la Lutte Contre le Racisme et l'Antisémitisme ainsi qu'à la Commission nationale consultative des droits de l'Homme.

Le Défenseur des droits recommande dès lors **l'ajout d'un alinéa à l'article L.1632-1 du code des transports rédigé comme suit :**

« De même, les atteintes à caractère raciste dans les transports publics collectifs de voyageurs font l'objet d'un bilan annuel transmis au Défenseur des droits, à la Délégation Interministérielle à la Lutte Contre le Racisme et l'Antisémitisme ainsi qu'à la Commission nationale consultative des droits de l'Homme. Ce bilan énonce les actions entreprises pour prévenir et recenser ces atteintes. »

Le Défenseur relève enfin l'insertion d'un nouvel article 225-1-2 au code pénal, qui assimile à une discrimination le fait de pénaliser une personne à raison des faits de bizutage qu'elle a dénoncés ou dont elle a été témoin (article 39 *bis*). Si le Défenseur des droits ne conteste ni la situation de sujétion dans laquelle se trouve la personne victime d'une telle pratique, ni l'atteinte à la dignité qui en résulte (Guide juridique sur la prévention et la lutte contre les incivilités, les violences et les discriminations dans le sport réalisé par le ministère de la ville de la jeunesse et des sports avec la collaboration du Défenseur des droits), il s'interroge toutefois sur l'efficacité du dispositif proposé qui conduit à consacrer une nouvelle forme de discrimination.

D'une part, le droit des discriminations a eu historiquement pour objectif de mettre en lumière les facteurs d'inégalité fondés sur les caractéristiques relatives à l'identité de la personne, qui interviennent pour mettre en échec les politiques sociales, pour exclure et miner les fruits du mérite et des talents reconnus comme source de distinctions objectives. Il vise en principe des critères qui relèvent de caractéristiques inhérentes à la personne. La législation consacrée à la lutte contre les discriminations est censée symboliser le refus de la société d'autoriser l'Etat, les services publics et les personnes privées à prendre en compte ces caractéristiques pour pénaliser les individus en raison de ces caractéristiques fondamentales et durables de leur identité (le sexe, la couleur de peau, l'origine, le handicap...).

D'autre part, le « bizutage » constitue d'ores et déjà un délit pénal spécifique prévu à l'article 225-16-1 du code pénal. Le législateur n'exige d'ailleurs pas, pour que l'infraction soit réalisée, que la victime ait été contrainte à commettre ou subir des actes de bizutage. Les faits, même s'ils sont consentis réellement ou en apparence, dès lors qu'ils revêtent un caractère humiliant ou dégradant, sont répréhensibles (cf. circulaire du ministère de l'Éducation nationale n° 98-177 du 3 septembre 1998 portant instruction concernant le bizutage). Le code pénal permet ainsi de poursuivre en qualité d'auteur du bizutage (art. 225-16-1 du code pénal), de complice (art. 121-7 du code pénal) ou au titre de non-assistance à personne en danger (art. 223-6 du code pénal).

3° Sur l'alignement des motifs discriminatoires

L'article 41 du projet de loi avait initialement pour objet l'alignement des motifs discriminatoires prévus aux articles 1 et 2 de 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, afin de rendre plus efficiente la protection prévue en matière civile, sans contraindre les victimes à s'adresser au juge pénal.

Un recul de dix années sur la mise en œuvre du régime juridique de lutte contre les discriminations a conduit le Défenseur des droits à soutenir cet ajustement législatif, qu'il avait appelé de ses vœux dans un avis daté du mois d'octobre 2015 (avis n°15-23 du 28 octobre 2015 concernant le projet de loi n°661 portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle). En effet, les conventions internationales et les directives européennes ont hiérarchisé les critères de discrimination de manière à exiger des protections variables, d'un critère à l'autre. Les critères de l'origine et du sexe bénéficient ainsi d'un recours civil en matière d'accès aux biens et services, alors que les critères de l'orientation sexuelle, de l'âge, de la religion, du handicap et des convictions politiques ne sont visés que par les textes relatifs aux discriminations en emploi et, s'agissant de l'accès aux biens et aux services, par les articles 225-1 et 225-2 du code pénal. La capacité d'intervention dans le cadre pénal demeure limitée, le régime d'aménagement de la charge de la preuve étant exclu et la preuve l'intention discriminatoire étant requise, les affaires étant le plus souvent classées sans suite par le juge pénal. Au-delà, le droit français a adopté ses propres critères qui s'alignent sur le régime restreint du code pénal en matière d'accès aux biens et services, sans explication apparente des différences de protection.

Initialement portée dans le cadre de l'article 41 du présent projet de loi, **la création d'une voie de recours civile en matière d'accès aux biens et aux services pour l'ensemble des critères a finalement été intégrée à l'article 44 projet de loi n° 3904 de modernisation de la justice du XXIème siècle. Le Défenseur des droits demeurera vigilant, jusqu'à l'adoption de ce texte, sur le maintien de ce dispositif et sur sa cohérence.**

Le Défenseur des droits relève par ailleurs avec satisfaction, le vote en première lecture de ses recommandations préconisant :

- la modification de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, afin que soit introduit une disposition favorisant la protection des agents publics contre les agissements sexistes comme cela existe pour les salariés de droit privé (article 36 *ter*) ;
- l'ajout du critère de « la perte d'autonomie » à la liste des critères prohibés par l'article 225-1 du code pénal, cette nouvelle liste étant reprise dans la nouvelle version de la loi de mai 2008 (article 41) ;
- le remplacement au premier alinéa de l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 ainsi qu'à l'article 225-1 du code pénal et à l'article 132-77 du code pénal de l'expression « identité sexuelle » par l'expression « identité de genre », plus claire et plus inclusive, afin de protéger l'ensemble des personnes transgenres contre toute discrimination.

Le Défenseur des droits renouvelle toutefois quelques propositions supplémentaires qui n'ont pas été suivies par l'Assemblée nationale en première lecture.

La liste des critères prohibés par l'article 225-1 du Code pénal mentionne le patronyme, alors même que l'article L.1132-1 du code du travail relatif au principe de non-discrimination dans l'emploi fait référence au nom de famille. Le Défenseur des droits considère qu'une harmonisation dans le libellé des critères devrait être opérée et que le « nom de famille » remplace le critère du « patronyme » à la liste des critères énoncés à l'article 225-1 du code pénal. Cette proposition s'inscrit dans la logique de la suppression de la mention du « patronyme » au profit du « nom de famille » que le législateur a opéré en 2008, en réformant diverses dispositions du code civil.

D'autre part, le Défenseur souligne qu'alors que l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits des personnes Handicapées (CIDPH), ratifiée par la France en 2010, consacre la notion d'aménagement raisonnable comme corollaire du principe général de non-discrimination à l'égard des personnes handicapées, il constate que le refus de procéder à de tels aménagements n'est pas expressément prévu par la loi du 27 mai 2008 et par le code pénal. En effet, l'article 2 de la Convention précise que « La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable ; On entend par aménagements raisonnables, les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales». L'obligation d'aménagement raisonnable s'inscrit donc concrètement dans l'interdiction de toute forme de discrimination fondée sur le handicap et repose sur l'idée que certaines catégories de personnes, du fait de leurs caractéristiques personnelles spécifiques, nécessitent des aménagements pour permettre l'exercice effectif de leurs droits sur la base de l'égalité avec les autres. Aussi, conformément à la CIDPH, apparaît-il opportun de sanctionner le refus de procéder à de tels aménagements comme une discrimination.

Il convient de préciser que l'obligation d'aménagement raisonnable est une obligation de moyen et non de résultat. A l'instar de ce qui existe en matière d'emploi, son application aux biens et services impose de rechercher les aménagements possibles et d'apprécier, au regard des critères définis précédemment, leur caractère raisonnable. Seul le refus de mettre en œuvre les aménagements répondant à cette exigence serait donc considéré comme discriminatoire. Une définition, conforme à la celle retenue par la CIDPH, pourrait dès lors être introduite à l'article 1er de la loi du 27 mai 2008 ainsi qu'à l'article 225-2 du code pénal. Cette définition permettrait d'assurer, de manière transversale, une protection des personnes handicapées dans l'ensemble des champs de discrimination et de couvrir les différents secteurs visés par ces champs. En effet, s'agissant de l'emploi, l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées, en application de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, n'a été qu'imparfaitement transposée dans la mesure où la loi ne vise aujourd'hui que les seuls les employeurs privés relevant du code du travail ainsi que les employeurs publics relevant des trois fonctions publiques (article L. 5213-6 du code du travail et article 6 sexies de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983). Cette proposition d'ajout que le Défenseur des droits appelle de ses vœux contribuera à mettre la législation de la France en conformité avec ses engagements internationaux.

Enfin, la démarche entamée par le législateur pour modifier *mutatis mutandis* la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 doit également être l'occasion de préciser plus avant les termes et la portée de la transposition du concept de harcèlement discriminatoire et qu'un recours civil puisse être également prévu pour les personnes victimes de harcèlement sexuel commis dans d'autres domaines que celui de l'emploi, afin qu'elles puissent bénéficier, comme d'autres victimes de discrimination, de l'aménagement de la preuve tel que prévu par l'article de la loi du 27 mai 2008 (Avis n°16-16 sur l'évaluation de la loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel).

La directive emploi 2000/78 et la directive origine 2000-43 dans leur article 2 (3), et la directive 2006/ 54 sur l'égalité de traitement fondée sur le sexe en matière d'emploi à l'article 2 paragraphe 1, indiquent que « le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination ». L'article 1er de la loi du 27 mai 2008 a transposé en droit interne dans le cadre de la définition du concept de discrimination, la définition du harcèlement discriminatoire tel que défini dans les directives 2000/43 et 2000/78. Il ne reprend pas le terme de harcèlement et définit le comportement visé comme un « agissement ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant ».

Cette définition est en décalage avec la définition de harcèlement du droit français qui requiert des agissements répétés à l'article L. 1152-1 du code du travail. Ainsi, cette situation crée la nécessité de s'en référer au harcèlement au sens de la loi du 27 mai 2008 par référence aux directives, et la portée du concept à l'ensemble des critères de discrimination visés par le droit français reste imprécise.

Le Défenseur des droits propose donc de préciser, afin non seulement d'éviter une procédure de manquement de la Commission européenne mais également pour sécuriser la notion de harcèlement discriminatoire que l'article 1er alinéa 1° de la loi du 27 mai 2008 précise la notion de « harcèlement discriminatoire », dans une définition de la discrimination ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des critères de discrimination prohibés :

« La discrimination inclut:

1° Le harcèlement entendu comme tout comportement indésirable, y compris isolé, lorsqu'il est d'une particulière gravité, lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis 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 ; »

Compte tenu de ce qui précède, le Défenseur des droits recommande :

- que le critère « patronyme » prévu à l'article 225-1 du code pénal soit remplacé par le critère « nom de famille » prévu par l'article L.1132-1 du code du travail, dans un souci de cohérence rédactionnelle ;
- que soit inséré à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, un alinéa rédigé comme suit : « La discrimination inclut le refus de mettre en place les aménagements raisonnables requis en faveur d'une personne handicapée. Constituent des aménagements raisonnables, les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induite apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec

les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales » ;

- que les mots « le harcèlement entendu comme tout comportement indésirable, y compris isolé lorsqu'il est d'une particulière gravité, lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis 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 » soient ajoutés au 1° de l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

4° Droit à l'inscription dans les cantines scolaires

Le Défenseur des droits relève avec satisfaction le dispositif prévu à l'article 47 du projet de loi, qui a pour objet de compléter le chapitre Ier du titre III du code de l'éducation, relatif à « l'obligation scolaire, la gratuité et l'accueil des élèves des écoles maternelles et élémentaires ». **Consacrant une recommandation portée par le Défenseur des droits dans son rapport intitulé « L'égal accès des enfants à la cantine de l'école primaire » daté du 28 mars 2013**, l'article précité crée un droit d'accès à la restauration scolaire, dès lors que le service public de la restauration scolaire a été mis en place dans la commune (Avis n°15-24 du 26 novembre 2015). Aucune discrimination ne pourra ainsi être établie entre les enfants scolarisés, selon leur situation ou celle de leur famille. **Sans méconnaître les risques de charges nouvelles qui peuvent inquiéter les maires, le Défenseur des droits appelle de ses vœux le maintien de ce dispositif, à l'occasion des débats à venir au Sénat.**

5 ° Sur la question des emplois fermés

L'attention des membres de la commission spéciale à l'Assemblée Nationale avait été appelée par le Défenseur des droits s'agissant des motifs conduisant à limiter plus avant les restrictions affectant l'accès à certaines professions pour les étrangers ou les ressortissants de l'Union Européenne. Nombre d'emplois demeurent en effet réservés à des ressortissants nationaux ou de l'Union européenne, sans que des considérations tenant à la nature de l'emploi puissent toujours justifier de telles différences de traitement. Dans un rapport de Daniel GOLDBERG relatif à la proposition de loi visant à supprimer les conditions de nationalité qui restreignent l'accès des travailleurs étrangers à l'exercice de certaines professions libérales ou privées, la commission des lois de l'Assemblée nationale y voyait ainsi « une forme institutionnalisée de traitement discriminatoire à raison de la seule nationalité ».

Ces emplois dits « fermés » se rencontrent avant tout dans le secteur public, mais existent également en grand nombre dans le secteur privé.

Considérant que les différences de traitement entre français et étrangers d'une part, et d'autre part, entre européens et non-européens, par le maintien d'une condition de nationalité pour l'accès à certains emplois, ne reposent plus sur aucun fondement légitime, le Défenseur des droits avait donc recommandé conformément aux

propositions de son rapport consacré à la question des Droits Fondamentaux des Etrangers en France du 9 mai 2016 :

- le recensement de l'ensemble des emplois demeurant fermés aux étrangers dans le secteur privé en France, les dernières données exhaustives en la matière datant de 1999 ;
- la suppression des conditions de nationalité fixées pour l'accès aux trois fonctions publiques, aux emplois des établissements et entreprises publics ainsi qu'aux emplois du secteur privé, à l'exception de ceux relevant de la souveraineté nationale et de l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Le Défenseur des droits relève avec satisfaction le vote :

- **de l'article 51**, qui supprime la condition de nationalité afin d'ouvrir un café, un cabaret, un débit de boissons à consommer sur place et y vendre de l'alcool pour les ressortissants d'un Etat de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ;
- **de l'article 52** qui lève la dernière restriction fondée sur la nationalité relative aux qualifications des chirurgiens-dentistes. La rédaction actuelle dispense de la condition de nationalité les étrangers titulaires du diplôme français d'État de docteur en chirurgie dentaire mais y soumet les étrangers titulaires du diplôme français d'État de chirurgien-dentiste. L'article 52 rectifie cette situation, en englobant dans la dispense de nationalité les étrangers titulaires du diplôme français d'État de chirurgien-dentiste ;
- **de l'article 53** qui supprime la clause de nationalité pour exercer les fonctions de dirigeant ou de gérant d'un établissement de pompes funèbres.

Par ailleurs, le Défenseur des droits avait indiqué avoir été saisi de la situation de près de 900 employés de la SNCF de nationalité ou d'origine marocaine recrutés en raison de leur nationalité au début des années 70 sous un statut spécial dit « PS25 ». Du fait de ce statut, ils ont été exclus du service médical et de la caisse de prévoyance des cheminots et n'ont connu aucune évolution de carrière mais des rémunérations et des retraites substantiellement plus faibles que les salariés nationaux. Dans plusieurs jugements du 21 septembre 2015, le Conseil des Prud'hommes de Paris a condamné la SNCF pour discrimination en octroyant en moyenne 200 000 euros de dommages et intérêts pour préjudice de carrière et de retraite. Or, le Défenseur des droits constate l'ajout au projet de loi d'un nouvel article 54, qui impose au gouvernement de remettre avant le 31 mars 2017, un rapport sur la possibilité de lever la condition de nationalité empêchant les étrangers non ressortissants d'un État membre de l'Union européenne d'accéder au statut d'agent au cadre permanent de la SNCF. De même, l'article 54 bis impose la même obligation à l'endroit du gouvernement, avant le 31 mars 2017, s'agissant d'un rapport sur les conditions d'emploi des étrangers extra-communautaires dans la fonction publique.

6° Sur les contrôles d'identité

Dès son entrée en fonction à l'été 2011, le Défenseur des droits a vu son attention appelée sur la question des contrôles d'identité abusifs ou ressentis comme tels. Ces derniers s'accompagnent en effet souvent de palpations de sécurité, éprouvées comme humiliantes et attentatoires au respect de l'intimité, ensemble de pratiques qui participent à l'aggravation des tensions entre la police et les populations concernées. Aussi le Défenseur des droits a-t-il souhaité, au début de l'année 2012, étudier les pratiques des pays étrangers citées en exemple, examiner si et comment de telles initiatives pourraient être transposées en France, dans un contexte institutionnel très différent de celui des pays qui les ont mises en œuvre, en vue de présenter au public une analyse éclairée. Il a par ailleurs auditionné les représentants de plusieurs syndicats de police (gardiens de la paix, officiers de police et commissaires de police) et la Direction générale de la gendarmerie. Afin de compléter son étude, le Défenseur des droits a organisé à Paris un séminaire le 8 octobre 2012 au cours duquel plusieurs représentants étrangers des forces de l'ordre ont pu exposer leurs pratiques aux diverses parties prenantes de ce dossier en France (parlementaires, policiers, gendarmes, magistrats, avocats, associations...). Ces différents travaux ont permis la publication d'un rapport de référence, en octobre 2012, intitulé « Relations police-citoyens et contrôles d'identité ». Le Défenseur des droits y souligne l'importance d'envisager un dispositif de traçabilité des contrôles d'identité. Auditionné au Sénat par le rapporteur de la proposition de loi n° 257 visant à lutter contre les contrôles d'identité abusifs, le Défenseur des droits a de nouveau soutenu cette recommandation (avis du Défenseur des droits n°16-12 du 10 mai 2016).

L'article 59 *bis* du projet de loi relatif à l'Égalité et à la Citoyenneté instaure une expérimentation, pour une durée d'un an, consistant à enregistrer chaque contrôle d'identité réalisé en application de l'article 78-2 du code de procédure pénale. Or, il apparaît au Défenseur des droits que les contrôles d'identité peuvent créer une situation discriminatoire, que le simple enregistrement des contrôles d'identité ne résoudra pas.

Dès lors, le Défenseur des droits réitère sa recommandation ayant pour objet la mise en place d'un dispositif de traçabilité des contrôles d'identité.

7° Sur le besoin d'amélioration des dispositifs de prévention des discriminations collectives, notamment dans l'emploi

Le Défenseur des droits entend souligner l'importance de ne pas réduire la lutte contre les discriminations au champ de la protection des droits. Pour être efficace, le renforcement bienvenu du volet contentieux de la lutte contre les discriminations doit être assorti d'une réflexion en faveur de l'amélioration des dispositifs de prévention des discriminations collectives, ce notamment dans l'emploi. L'exemple de la promotion de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, des travailleurs en situation de handicap, des seniors, vient rappeler, qu'en dehors des obligations légales, les employeurs peinent à engager de réelles politiques d'égalité.

Si récemment la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, est venue préciser que la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porterait désormais également sur les « mesures permettant de lutter contre toute discrimination en matière de recrutement, d'emploi et d'accès à la formation professionnelle » (art. L. 2242-8 du code du travail), le texte ne prévoit cependant pas d'indicateurs et d'objectifs de progression permettant d'en suivre la réalisation.

La transposition de la directive 2014/95/UE relative à la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes qui doit intervenir avant le 6 décembre 2016 constitue une opportunité pour faire figurer des indicateurs relatifs à l'égalité de traitement et à la lutte contre les discriminations dans les informations non financières que doivent publier les entreprises.

Aussi le Défenseur des droits est-il intervenu près la commission spéciale à l'Assemblée nationale afin que le projet de loi prévoie :

- la création d'indicateurs permettant de documenter la thématique de rapportage « égalité de traitement » (mesures prises en faveur de l'égalité des femmes et les hommes, des personnes handicapées, de la politique de lutte contre les discriminations) au sein du rapport extra-financier des grandes entreprises visé à l'article L. 225-102 du code de commerce ;
- l'instauration d'une obligation d'audit portant sur la prévention des discriminations dans les grandes entreprises et administration publiques dont la loi préciserait la périodicité ; les modalités de ces audits devant être arrêtées par décret. Il est proposé que soit créée au sein de l'IGAS, une mission d'audit spécialisée sur les questions de non-discrimination et d'égalité de traitement. Cette mission rendrait compte au Défenseur des droits des résultats des audits réalisés.

A l'issue du vote en première lecture le Défenseur des droits se félicite de :

- l'article 36 A crée une obligation pour le gouvernement de publier un rapport biennal sur la lutte contre les discriminations et la prise en compte de la diversité de la société française dans la fonction publique de l'État, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière ;
- un article L. 225-100-2-1 a été créé au code de commerce (article 62), concernant le rapport extra-financier des grandes entreprises (entreprises et groupes de plus de 500 salariés). Celui-ci comprendra une déclaration non financière avec des informations portant notamment sur la lutte contre les discriminations et de prise en compte de la diversité de la société française. Celle-ci comprendra également les indicateurs clés de performance de nature non financière, un décret en Conseil d'État devant préciser les modalités d'application du présent article. A la faveur de ce même article 62, le gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la loi Egalité et Citoyenneté, les dispositions relevant du domaine de la loi nécessaires à la transposition de la directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, ainsi que les mesures d'adaptation de la législation liées à cette transposition ;

- en vertu de l'article 61 *bis* du projet de loi, toute entreprise employant au moins cinquante salariés et dans toute entreprise spécialisée dans le recrutement, les employés chargés des missions de recrutement seront appelés à recevoir une formation à la non-discrimination à l'embauche au moins une fois tous les cinq ans.

Le Défenseur des droits souhaite le maintien de ce dispositif à l'issue du vote du projet de loi par le Sénat. Il recommande également :

- que l'article 36 A soit complété plus avant, afin qu'un décret prévoit les modalités concrètes de l'audit, nécessaire à la rédaction de ce rapport ;
- la création d'un référent «égalité» dans les entreprises de 300 salariés et plus. Sa mission consisterait à jouer un rôle de conseil et d'expertise auprès des organisations syndicales et des dirigeants, intervenant en appui à la préparation de la négociation des accords résultant de l'Accord national interprofessionnel (ANI) « diversité » et à la production des informations relatives à la non-discrimination (BDES, reporting extra-financier (RSE), labels diversité et égalité...). La formation des référents pourrait être assurée par le Défenseur des droits sur le modèle de la formation des correspondants Informatique et Libertés (CIL) à la CNIL, ce qui serait pour les entreprises un vecteur de sécurisation juridique : conformité des dispositions RH au droit de la non-discrimination, maîtrise des risques, etc.

