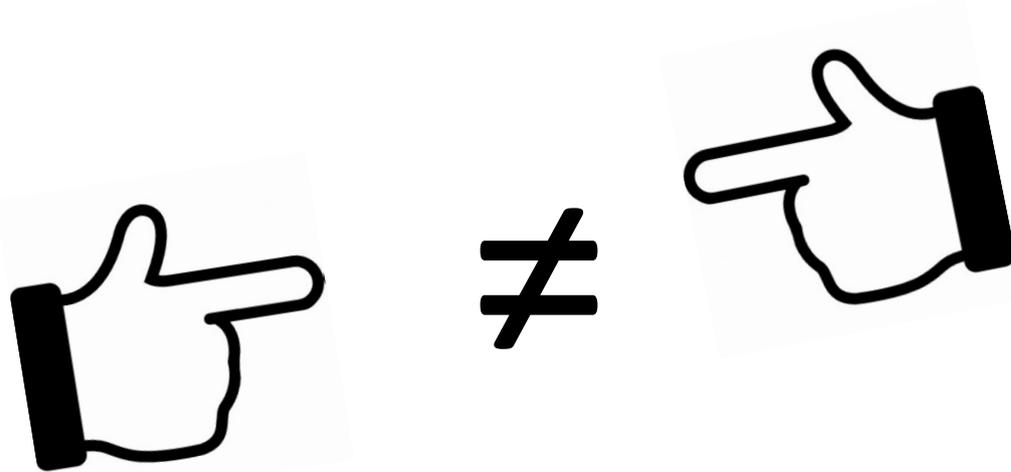


LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS A L'ÉPREUVE DE SON EFFECTIVITÉ



Sous la direction de
Tatiana Gründler, Maître de conférences, UPOND CTAD-CREDOF
Jean-Marc Thouvenin, Professeur, UPOND CEDIN

Avec la participation de
Thomas DUMORTIER, Docteur, Post-doctorant sur le projet

NOTE DE SYNTHÈSE DU RAPPORT FINAL

Recherche réalisée avec le soutien de la mission de recherche Droit et Justice
Juin 2016

I. Problématique retenue et objectifs de la recherche

Depuis la loi du 1^{er} juillet 1972 contre le racisme qui sanctionne les discriminations raciales, le droit consacré à la lutte contre les discriminations s'est, sous l'influence du droit européen, développé en France. Il a d'abord connu l'extension de la liste des critères protégés contre les discriminations. Vingt-cinq peuvent dorénavant être invoqués. Après la loi du 28 décembre 2015, dernière en date à intégrer un nouveau critère à la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, il est dorénavant prévu que « *constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, sa perte d'autonomie, son handicap, son orientation ou identité sexuelle, son sexe ou son lieu de résidence, 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* ». Par ailleurs, l'identification des comportements discriminatoires s'est considérablement affinée. Il a été pris acte de l'existence de discriminations non plus seulement directes, mais indirectes, par ricochet, par association... Mais l'un des points culminants de ce développement des dispositifs anti-discriminatoires reste en France la création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations par la loi du 30 décembre 2004¹, absorbée en 2011 par le Défenseur des droits.

Bien que depuis une vingtaine d'années, les textes juridiques foisonnent et les autorités chargées de tout ou partie de leur mise en œuvre se multiplient, au point qu'ils peuvent susciter un sentiment de trop plein, la lutte contre les discriminations laisse aussi un goût d'inachevé. Elle présenterait des manques, des lacunes, notamment dans le domaine social face à des discriminations multiples, en matière probatoire ou encore quant à la préparation des juges à ce type de contentieux. En somme, au moment où son institutionnalisation dans le droit français arrive à maturité, la lutte contre les discriminations se trouve confrontée à l'épreuve de son effectivité. L'objectif de la recherche est, en conséquence, de prendre la mesure de ses faiblesses, d'analyser les obstacles à l'effectivité du droit de la lutte contre les discriminations de tenter d'en expliquer les raisons et, enfin, d'identifier les manières dont les politiques publiques et jurisprudentielles pourraient y remédier.

¹ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004.

II. Choix méthodologiques effectués

L'étude réalisée repose sur une équipe composée de trente-huit chercheurs relevant de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en Droit (FIND) et du Centre international du Droit de Nanterre (CEDIN). Les compétences ainsi mobilisées relevaient de toutes les branches du droit.

Les membres de l'équipe se sont d'abord répartis entre quatre pôles de recherche, structurés en fonction des *corpus* étudiés : le premier pôle avait pour objet l'étude des textes de droit interne et international relatifs au droit de la non-discrimination ; le deuxième pôle s'intéressait aux règles de procédure ; le troisième pôle concernait le traitement de la discrimination par le Défenseur des droits ; le quatrième pôle était relatif à la mise en œuvre juridictionnelle de ce droit. Plusieurs séances de travail collectif, auxquelles des professionnels ou des spécialistes du droit de la non-discrimination ont été invités, ont permis de clarifier l'objet de la recherche, et de la réorganiser. Au terme des échanges assurés à l'occasion de ces réunions, notre projet initial, qui consistait à étudier l'effectivité de la lutte contre les discriminations, a été recentré sur la problématique des obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations. Cette redéfinition du sujet a eu pour effet d'écartier, d'une part, les dispositifs législatifs destinés à favoriser certaines catégories d'individus et, d'autre part, le traitement des saisines par le Défenseur des droits.

Afin de mettre à l'épreuve les premiers résultats obtenus par certains membres de l'équipe de recherche, une journée d'études a été organisée le 7 décembre 2015 à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense. Outre les chercheurs associés au projet de recherche, étaient également présents, pour réaction, des chercheurs et spécialistes extérieurs reconnus pour leur expertise dans le domaine. Cette journée a permis de nourrir la réflexion générale et de préparer la réalisation du rapport.

III. Terrains ou données ayant servi de support à la recherche

L'objet de la recherche étant d'identifier les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations, l'analyse s'est portée sur les textes du droit de la non-discrimination et sur leur mise en œuvre juridictionnelle. Le but était non seulement d'identifier les défauts du dispositif

textuel, mais encore de relever les obstacles de différentes natures qui pèsent sur l'identification et la sanction juridictionnelles des discriminations.

Pour ce qui est des textes, le *corpus* finalement retenu a couvert soixante-trois codes et huit grandes lois pour ce qui concerne le droit interne, et l'ensemble des conventions internationales évoquant la discrimination à titre principal ou subsidiaire. Les rapports des comités internationaux, à divers échelons, ont aussi été étudiés afin de mieux cerner la portée conceptuelle de ces textes. Les dispositions législatives de droit interne ont donné lieu à une étude légistique de vaste ampleur offrant un panorama quasiment complet des dispositions anti-discriminatoires en droit français.

Les jurisprudences civile, pénale, administrative et constitutionnelle relatives aux discriminations ont fait l'objet d'une analyse détaillée, encore que les chercheurs se soient parfois heurtés à l'absence, ou du moins à la quasi-absence, de contentieux (par exemple en matière de logement ou d'assurance).

Afin de compléter ce *corpus* composé d'éléments strictement juridiques, plusieurs entretiens ont été menés avec des procureurs en charge de l'animation des pôles anti-discriminations au sein des Parquets. Ces rencontres ont permis d'apporter un éclairage précieux sur la mobilisation des acteurs juridiques en charge de la lutte contre les discriminations. Les saisines du Défenseur des droits en matière de discrimination ont également largement nourri cette recherche sans faire l'objet d'une étude autonome.

IV. Principales conclusions de la recherche

Le parti pris emprunté par les chercheurs impliqués dans l'étude était d'identifier les éléments propres au droit de la non-discrimination, et plus largement au système juridique, susceptibles de remettre en cause sa pleine mise en œuvre. Ce faisant, l'objectif était dans un premier temps de mettre en avant les insuffisances du cadre juridique relatif à la non-discrimination puis, dans un second temps, de porter un regard critique sur son application dans l'arène juridictionnelle.

Tout d'abord, le droit de la non-discrimination est incontestablement caractérisé par une profusion de dispositions législatives, réparties dans de très nombreux codes et dans diverses lois. Il ressort de l'analyse fouillée de ces textes un manque flagrant de cohérence qui confine parfois à la contradiction. Le problème, relevé par l'étude, ne provient donc pas d'un manque d'intervention du législateur, mais de sa manière d'intervenir. D'un côté, il multiplie les motifs de discrimination prohibés afin d'appréhender au mieux certains phénomènes discriminatoires

bien connus (par exemple, le lieu de résidence) mais parfois aussi conceptuellement discutés (cas de la notion de perte d'autonomie), tandis que, d'un autre côté, il ne consacre pas des motifs de discrimination régulièrement dénoncés tels que la précarité sociale. Plus largement, l'approche catégorielle de la discrimination, retenue par le droit français et par le droit de l'Union européenne, présente des limites soulignées par l'étude. En établissant une liste limitative de motifs, non seulement le législateur passe sous silence certaines causes de discrimination, mais encore, il enferme le juge dans un carcan, celui-ci s'estimant obligé de ne sanctionner que les seuls motifs de distinction prévus par la loi.

L'étude montre par ailleurs que le régime probatoire propre au droit des discriminations, importé du droit de l'Union européenne, se heurte à des limites, susceptibles d'être en partie surmontées. L'aménagement de la charge de la preuve, en droit pénal, se voit classiquement opposer, le principe de la présomption d'innocence. Pourtant, ce dernier ne constitue pas un obstacle dirimant. En effet, l'allègement de la charge probatoire pesant sur le plaignant, à l'égard duquel il est exigé d'établir des faits laissant « présumer » une discrimination, s'applique déjà à l'égard de certains délits. Le droit pénal n'est donc pas totalement hostile à l'aménagement des procédures malgré la présomption d'innocence. Par ailleurs, des modes de preuve utiles à l'établissement d'une discrimination ou, du moins à sa vraisemblance, tels que le *testing* ou les études sociologiques et statistiques, pourraient être davantage utilisés par les juges.

De manière générale, les juridictions ne paraissent pas se saisir pleinement des notions du droit de la non-discrimination, ni assumer un rôle suffisamment actif dans la reconnaissance juridique des discriminations. Des principes fortement ancrés dans la culture juridique, tels que la liberté contractuelle ou le pouvoir discrétionnaire de l'administration encore attaché en grande partie aux décisions prises dans l'intérêt du service, constituent des obstacles juridiques et même cognitifs serait-on tenté d'ajouter, à l'identification des discriminations. Bien que l'aménagement de la charge de la preuve en droit de la non-discrimination allège le fardeau probatoire des victimes de discrimination, du moins, en dehors du champ pénal, il n'est pas encore suffisant pour amoindrir l'« épreuve de la preuve » qui pèse sur elles. En effet, en cas de doute sur la réalité de la discrimination -et le doute est fréquent dans la mesure où les motifs de discrimination sont rarement explicités dans les décisions litigieuses-, les juges ont tendance à privilégier la position du défendeur. De surcroît, au quotidien, les juges recourent très rarement à la possibilité qui leur est donnée d'ordonner des mesures d'instruction pour pallier les obstacles probatoires auxquels se heurtent les victimes.

Enfin, bien que le législateur affiche une volonté résolue de lutter contre les discriminations en prévoyant des sanctions pénales relativement lourdes, en pratique, les sanctions prononcées sont le plus souvent très inférieures aux peines maximales envisagées. En droit civil et en droit administratif, les réparations apportées aux victimes de discriminations ne sont pas plus satisfaisantes. Le montant des dommages et intérêts ne couvre pas toujours l'intégralité du préjudice subi. Par ailleurs, certains principes du droit commun se heurtent au prononcé de sanctions dissuasives et pleinement réparatrices. Les pôles anti-discriminations mis en place au sein des Parquets peinent encore à mettre en œuvre toutes les potentialités attachées par le ministère à leur création : coordination de réseaux locaux de lutte contre les discriminations, poursuites accrues, etc. Les instructions ministérielles incitent également à diversifier les peines requises contre les auteurs de discrimination, insistant dans certains cas sur le caractère pédagogique de la sanction plutôt que sur sa dimension répressive. Les débats relatifs à la pertinence des sanctions prononcées contre les auteurs de discrimination concernent fondamentalement la mission dévolue au droit et la place qu'on lui assigne dans la lutte contre les discriminations.

Finalement, l'un des apports de cette étude est de mettre en évidence que la lutte menée à l'heure actuelle contre les discriminations, par les moyens du droit, n'est que le prolongement d'une action publique plus largement engagée contre les inégalités depuis la Libération et le développement de l'État providence. Le droit de la non-discrimination constituerait donc un changement de paradigme relatif à l'action sociale de l'État, mutation qui n'est d'ailleurs pas sans rapport avec le développement du néo-libéralisme.

V. Pistes de réflexion ouvertes

Le droit de la non-discrimination est marqué par des incohérences manifestes entre les textes qui lui sont consacrés : la liste des motifs prohibés varie d'une référence législative à l'autre ; les dérogations admises à l'interdiction de discriminer sont parfois formulées dans des termes contradictoires ; une hiérarchie entre les motifs discriminatoires semble pouvoir se dégager des textes sans raison toujours apparente. La mise en évidence de ces défauts devrait inviter le législateur à repenser les bases de ce droit.

L'approche catégorielle des discriminations qui a présidé jusqu'à maintenant à l'élaboration du droit national et du droit de l'Union européenne connaît ainsi certaines limites. En outre, l'intégration de nouveaux motifs de discrimination ces dernières années et, parfois, le retrait de

certain d'entre eux, renvoie l'image d'un législateur sans vision ou politique d'ensemble, s'efforçant d'étendre toujours plus le champ des discriminations prohibées, sans jamais parvenir à cerner totalement la diversité et la complexité des phénomènes discriminatoires. D'un côté, certains motifs sont absents, alors qu'ils correspondent à une réalité indiscutable, telle que la précarité sociale, tandis que, d'un autre côté, la longue énumération des motifs prohibés fixe un cadre que les juges appréhendent de façon rigide et limitative. Ils raisonnent à partir des seules catégories qui leurs sont proposées, et paraissent en outre réticents à envisager des discriminations multiples.

D'abord, le législateur pourrait remédier aux défauts de cette approche catégorielle ciblée sur des caractéristiques qui se veulent toujours plus précises, toujours plus proches du réel, en optant pour des catégories génériques moins nombreuses mais plus souples et aptes à appréhender la singularité et la complexité des faits. Celles-ci seraient susceptibles de couvrir des réalités discriminatoires diverses et multiformes, en accordant dans ce domaine une plus grande liberté d'interprétation et d'adaptation aux juges. Peut-être cela pourrait-il aussi permettre une prise en compte accrue des phénomènes de discriminations multiples ou intersectionnelles

Ensuite, la hiérarchie implicite entre les motifs prohibés, observable dans la diversité des régimes de protection et l'étendue variable, en fonction des motifs, des dérogations admises à la prohibition de la non-discrimination, suscitent des interrogations. Certains membres de la doctrine plaident pour une hiérarchie assumée et cohérente des critères de discrimination, structurée autour des catégories génériques évoquées. Il convient ici de souligner que la reformulation en catégories génériques n'implique pas, par elle-même, l'idée d'une hiérarchie. Mais certains estiment que les motifs actuels ne revêtiraient pas la même importance : il y aurait des motifs relatifs à la dignité humaine et d'autres qui concerneraient la liberté. Selon cette conception des choses, les premiers mériteraient une protection absolue – l'interdiction pure et simple de discriminer – tandis que les seconds seraient susceptibles de dérogation. Cependant, cette typologie ainsi que les implications juridiques qui lui sont attachées, présentent des limites conceptuelles et axiologiques. D'abord, d'un point de vue théorique, le rattachement de critères à telle ou telle catégorie suscite des difficultés : le critère de la grossesse par exemple, renvoie-t-il à la dignité humaine ou à une liberté ? Mais surtout, les conséquences juridiques attachées à cette hiérarchie méritent une attention particulière. Ainsi, si on peut admettre que l'interdiction de discriminer en fonction d'une supposée race, origine, ethnie ou du sexe relève *a priori* de la dignité humaine, pourquoi peut-elle trouver une limite dans le champ artistique, pour le choix des acteurs par exemple (c'est possible à l'heure actuelle) ?

En définitive, en invitant à une réflexion générale sur l'approche catégorielle des discriminations, et sur la cohérence des catégories retenues, l'étude suggère également de reprendre la réflexion sur les dérogations admises aux comportements ou actes discriminatoires.

VI. Applications envisageables.

Appel à un chantier législatif

L'une des caractéristiques majeures des textes juridiques relatifs à la non-discrimination est leur incohérence, parfois leurs contradictions. Sans doute cette incohérence pourrait-elle être mise à profit par le praticien – juge ou avocat – pour interpréter ces dispositions en fonction des fins qu'il poursuit. Mais cela n'est pas pleinement satisfaisant : ni pour les justiciables, qui éprouvent les plus grandes difficultés à cerner tout autant les contours des discriminations prohibées, ou au contraire admises, que les voies juridictionnelles disponibles ; ni pour les praticiens soucieux de pouvoir se référer à des textes relativement univoques. C'est pourquoi cette étude constitue une invitation, à destination du législateur, à remettre à plat les différentes sources du droit de la non-discrimination, et à les réintégrer dans un ensemble plus cohérent. Par ailleurs, la création d'un code pourrait constituer un outil particulièrement utile aux praticiens du droit et plus globalement à l'ensemble des juristes.

La formation des juges

Cette étude a révélé la faible réponse généralement apportée par les juridictions aux discriminations. La difficulté majeure du droit des discriminations repose sur la dissimulation des motifs prohibés et sur l'impossibilité bien souvent, pour les parties, d'apporter des éléments de preuve au soutien de leurs requêtes ou de leurs plaintes. Or, les juges se montrent souvent réticents à rééquilibrer le rapport de force entre les parties, *a priori* défavorable à celle qui s'estime victime d'une discrimination. Ils recourent très rarement à des mesures d'instruction pour « enquêter » sur la situation litigieuse. Ce constat est observable autant devant les juridictions pénales que civiles et administratives. Tout laisse à penser que les magistrats ont tendance à présumer l'absence de discrimination, alors même que des études sociologiques, des sondages, relèvent l'importance du phénomène discriminatoire, selon les motifs considérés et dans certains domaines en particulier. C'est pourquoi des modules de formation à destination des magistrats, dans le cadre de la formation initiale et de la formation continue, pourraient s'avérer très utiles. Ils pourraient consister à présenter la réalité des phénomènes discriminatoires dans la société actuelle, à partir de travaux sociologiques, ainsi que les

concepts majeurs du droit de la non-discrimination (discrimination systémique, discrimination indirecte, multiples, etc.)

La formation des avocats

La rareté des décisions de justice reconnaissant une discrimination ne s'explique pas exclusivement par la difficulté des juges à l'identifier. Les mémoires des parties témoignent bien souvent d'une faible mobilisation, ou d'une mauvaise utilisation, des ressources offertes par le droit de la non-discrimination. Cela témoigne d'une méconnaissance de ce droit par de nombreux avocats. En ce sens, une formation qui leur serait destinée contribuerait indubitablement à l'amélioration des mémoires en défense tout comme à mieux outiller ceux qui ont en charge des victimes de discrimination.

En allant plus loin, il pourrait d'ailleurs être judicieux d'intégrer un enseignement du droit de la non-discrimination dans les universités, en master 1 ou 2, comme l'ont fait un certain nombre d'entre elles, tant la complexité, le caractère transversal et les potentialités de la matière pour la défense des droits fondamentaux au quotidien, sont importants.