

Mesures du projet de loi retraite en faveur des femmes et des seniors

EMPLOI ET CHÔMAGE

Le projet de loi réformant les retraites prévoit la création d'une aide pour l'embauche de demandeurs d'emploi d'au moins 55 ans

www.WK-RH.fr

Au titre des « mesures de solidarité » du projet de loi portant réforme des retraites figurent des dispositions qui concernent les femmes et les seniors.

- **Emploi des seniors.** Une aide à l'embauche de type « zéro charges » serait mise en place par décret. Réservée aux embauches de demandeurs d'emploi de 55 ans ou plus sous CDI ou CDD d'au moins six mois, l'aide serait versée pendant une durée limitée (un an, selon le gouvernement).
- **Pénalité pour absence de rapport comparé hommes-femmes.** Dans les entreprises de plus de 300 salariés, l'employeur qui ne respecterait pas son obligation d'établir un rapport de situation comparée entre les hommes et les femmes serait redevable d'une pénalité. Cette pénalité serait modulée notamment en fonction des « efforts constatés dans l'entreprise en matière d'égalité entre les hommes et les femmes ». Son montant serait au maximum de 1 % de la masse salariale brute (alors que dans l'avant-projet de loi, elle était non modulable et fixée à 1 %). La mesure devrait prendre effet au 1^{er} janvier 2012. En outre, toujours dans les entreprises de plus de 300 salariés, l'employeur serait tenu d'organiser, après consultation du CE, la publicité d'indicateurs et d'objectifs de progression (fixés par décret) permettant d'analyser la situation comparée des hommes et des femmes dans l'entreprise et son évolution. L'employeur qui n'aurait pas respecté cette obligation au 31 décembre 2011 serait tenu de les communiquer à « toute personne qui en fait la demande ». ☐

Le rapport annuel 2006 de l'Inspection générale des
affaires sociales (IGAS) relatif à
« la dimension européenne des politiques sociales »

Plusieurs extraits issus du rapport thématique n°6
portant sur l'égalité de traitement et la lutte contre les
discriminations

Chapitre 1

Cadrage général : d'abord principe régulateur du marché européen, la non-discrimination est devenue une politique sociale communautaire à part entière

L'interdiction des inégalités par le droit communautaire visait à garantir le bon fonctionnement du marché

L'interdiction des discriminations fondées sur le sexe ou la nationalité inscrite dans les traités communautaires définissait un cadre minimum visant à éviter les distorsions de concurrence et le protectionnisme

L'interdiction des discriminations salariales à l'encontre des femmes visait à préserver la concurrence entre les économies européennes

Dès le traité de Rome, en 1957, l'égalité salariale entre les hommes et les femmes était protégée par les textes communautaires. L'article 119 du traité instituant la communauté économique inscrivait ainsi dès l'origine dans le droit européen le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail. Cet article, aujourd'hui toujours en vigueur (art. 141 du traité instituant la Communauté européenne), visait avant tout à éviter la perturbation de la concurrence qui pouvait être engendrée par les discriminations salariales à l'encontre des salariées. Il a été introduit dans le traité à la demande des pays qui, comme la France, se considéraient en avance en matière d'égalité salariale et d'emploi des femmes. Ils redoutaient la concurrence déloyale d'économies moins vertueuses quant à l'égalité salariale entre hommes et femmes. C'est ce que rappelait en 1976 la Cour de justice des Communautés européennes : « compte tenu de la différence du degré d'évolution des législations sociales dans les différents États-membres,

Cadrage général

l'article 119 a pour fonction d'éviter que, dans la compétition intracommunautaire, les entreprises établies dans des États qui ont effectivement réalisé le principe de l'égalité de rémunération, ne subissent un désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises situées dans des États qui n'ont pas encore éliminé la discrimination salariale au détriment de la main-d'œuvre féminine³ ».

Ce principe d'origine essentiellement économique ne s'applique qu'aux travailleurs. Il a été complété plus récemment par le traité d'Amsterdam, qui en 1997 a inscrit l'égalité générale entre les hommes et les femmes parmi les principes fondateurs de la Communauté européenne. Comme le rappelle le traité, ce principe implique que les actions de la Communauté doivent chercher à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes (articles 2 et 3 du traité instituant la Communauté européenne⁴).

Les traités européens prévoient habituellement la procédure permettant d'adopter des directives ou des règlements afin de compléter par des dispositions plus précises les principes qu'ils énoncent. Jusqu'en 1997, aucune procédure spécifique n'était prévue pour adopter les directives mettant en œuvre le principe d'égalité salariale. Dans ce contexte, c'est donc l'article général permettant aux Communautés d'intervenir pour assurer le bon fonctionnement du marché commun qui a été utilisé. Cette procédure prévoit un vote à l'unanimité des États membres. Depuis 1997, c'est la procédure de codécision avec le Parlement européen et un vote à la majorité qualifiée des États qui est prévue pour adopter les directives dans ce domaine. Ceci devait permettre d'adopter plus facilement des mesures.

Après avoir longtemps eu uniquement une portée symbolique, les dispositions du traité concernant l'égalité salariale ont trouvé une traduction juridique contraignante à partir des années 70, grâce à trois acteurs :

- les salariées, qui ont invoqué cet article devant la Cour de justice des Communautés européennes (arrêts Defrenne⁵ de 1971, 1976 et 1978) pour faire valoir leur droit à une égalité de rémunération ;
- la Cour de justice des Communautés européennes, qui a indiqué dans ses arrêts que l'article relatif à l'égalité salariale s'appliquait directement dans l'ensemble des États-membres sans qu'il soit besoin d'une directive et y compris quand des règles juridiques nationales (conventions collectives, législation) s'y opposaient ;
- les États-membres, qui après le premier arrêt Defrenne de 1971, ont adopté en 1975 une directive⁶ mettant en œuvre le principe de l'égalité de salaire entre hommes et femmes.

³ Cour de justice des Communautés européennes, 8 avril 1976, Defrenne.

⁴ Ce traité sera par la suite identifié par le sigle CE.

⁵ Gabrielle Defrenne était une hôtesse de l'air de la Sabena, contrainte à la retraite à compter de 40 ans par les statuts de cette compagnie aérienne, alors que les stewards pouvaient rester plus longtemps en activité, ce qui leur permettait d'atteindre des niveaux de rémunération plus élevés.

⁶ Directive 75/117 du 10 février 1975.

(- - -)

Cadrage général

A partir de la fin des années 90, la lutte contre les discriminations est devenue une politique européenne autonome, fondée sur la défense des droits fondamentaux

Depuis 1997, la lutte contre l'ensemble des discriminations est une compétence communautaire spécifique contribuant à la défense des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne

A partir de la fin des années 90, les traités européens ont renforcé le rôle de l'Europe en matière de défense des droits fondamentaux, y compris hors de la sphère économique

• *Un débat juridique*

Les débats concernant la manière dont le droit communautaire coexiste avec les libertés fondamentales inscrites dans le droit interne et prend en compte les droits de l'homme sont anciens.

Dès le début des années 70, la Cour de justice a indiqué que « le respect des droits fondamentaux était partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect³⁷ ». En 1975, le rapport Tindemans posait la question de la protection des droits de l'homme et proposait la mise en place d'une Europe des citoyens, par-delà le caractère essentiellement économique que les communautés avaient eu jusqu'alors. L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme a même été envisagée en 1980. Son abandon s'explique en grande partie par les difficultés de fond qu'aurait posées l'articulation entre les deux juridictions.

C'est ce débat qui est à l'origine des évolutions successives des traités européens en la matière. En introduisant la notion de citoyenneté européenne et en faisant explicitement référence à la convention européenne des droits de l'homme dans le traité de l'Union européenne, le traité de Maastricht a pour la première fois conféré aux droits fondamentaux une place propre dans l'édifice communautaire. Ce mouvement a ensuite été complété par l'adoption de la charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, déclaration des droits qui ne lie toutefois que les institutions européennes et non les États membres.

³⁷ CJCE, 17 décembre 1970. Internationale Handelsgesellschaft.

C'est donc dans un contexte général favorable à la prise en compte des droits fondamentaux que le traité d'Amsterdam a été élaboré.

• *Une préoccupation politique...*

Si les dispositions précitées sur l'égalité de traitement entre les ressortissants communautaires ou entre les sexes se fondaient, au moins au départ, sur des objectifs de fonctionnement du marché, on aurait peine à justifier en ces termes les dispositions du Traité d'Amsterdam créant une compétence européenne pour combattre les discriminations.

Même si les directives prises en application de ces dispositions soulignent que la discrimination « peut compromettre la réalisation des objectifs du Traité, notamment à un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité... »³⁸, ces considérations sont placées loin derrière celles ayant trait au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et il ne fait aucun doute que les motivations de départ étaient de nature politique.

La mobilisation qui a conduit à leur adoption a grandi dans le climat d'inquiétude suscité, au début des années 90, par la montée de tensions racistes et xénophobes matérialisées par des événements tels que ceux de Rostock en Allemagne ou Carpentras en France.

• *... portée au niveau européen par le Parlement et la société civile...*

Le Parlement européen et les organisations non gouvernementales (ONG) ont été les premiers acteurs de cette mobilisation.

Dès 1984 une commission parlementaire d'enquête sur la montée du fascisme et du racisme en Europe se prononçait pour le développement d'initiatives européennes dans ce domaine et n'hésitait pas, dans cette perspective, à recommander une interprétation téléologique des compétences définies dans le Traité. Le 25 juin 1986, le Parlement européen, le Conseil et la Commission publiaient une déclaration conjointe sur le racisme et la xénophobie.

Du côté des ONG, la question était portée par le groupe « Ligne de départ », *Starting Line Group*, constitué en 1991 à partir d'organisations britanniques et néerlandaises, et rejoint par beaucoup d'autres jusqu'à constituer un réseau informel regroupant près de 400 ONG, syndicats, églises, universitaires et experts indépendants. Dès 1992, ce dernier avait préparé une proposition de directive afin d'interdire toute forme de discrimination raciste, rejetée par la Commission qui considérait que les traités ne prévoyaient pas une compétence européenne en la matière.

Après les exactions racistes et antisémites perpétrées en France et en Allemagne dans la première moitié des années 90, la commission consultative

³⁸ Texte extrait du dispositif des considérants de la directive 2000/43.

Cadrage général

« racisme et xénophobie », mise en place au niveau européen, avait proposé la modification du traité afin d'y inscrire comme une compétence de l'Europe la lutte contre les discriminations, en particulier racistes.

• ... appelant une modification du traité

Néanmoins le passage à des mesures concrètes demeurait bloqué par l'absence de compétence communautaire reconnue sur une base juridique incontestable.

C'est pourquoi l'ouverture de la Conférence intergouvernementale pour la réforme des Traités allait être mise à profit par les ONG. *Starting Line Group* se rapprochait des organisations de défense des personnes handicapées et âgées ainsi que des organisations féministes pour demander l'introduction d'un nouvel article dans le Traité, axé sur la lutte contre les discriminations en général.

Porté tant par les organisations non gouvernementales et le Parlement européen que par les États membres, un nouvel article permettant à la communauté européenne d'agir en matière de lutte contre les discriminations est donc adopté à l'issue de la conférence intergouvernementale qui aboutit à la signature du traité d'Amsterdam.

Le traité d'Amsterdam a donné au législateur communautaire une compétence large tant pour les modalités d'intervention que pour les motifs de discrimination à combattre

Le traité d'Amsterdam introduit en effet dans le traité communautaire un nouvel article donnant à la Communauté européenne la compétence pour prendre toutes mesures nécessaires afin de combattre les discriminations. L'article 13 du traité constitue une avancée majeure à deux titres.

Article 13 du traité instituant la Communauté européenne

1. Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Par dérogation au paragraphe 1, lorsque le Conseil adopte des mesures d'encouragement communautaires, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres, pour appuyer les actions des États membres prises en vue de contribuer à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1, il statue conformément à la procédure visée à l'article 251.

Il fait de la lutte contre les discriminations une compétence de la communauté européenne et lui donne ainsi la possibilité soit de définir des normes uniformes s'imposant à l'ensemble des États membres dans un domaine nou-

veau qui n'est plus directement en lien avec le champ économique, soit de mettre en place des actions de lutte contre les discriminations. Ces normes uniformes, directives ou règlements, doivent être adoptées à l'unanimité après consultation du Parlement européen³⁹.

Il fonde la compétence communautaire pour l'ensemble des motifs potentiels de discrimination, alors que les débats s'étaient dans un premier temps surtout concentrés sur les discriminations à caractère raciste et xénophobe. En effet, si l'on ajoute l'article 12 qui interdit toute discrimination fondée sur la nationalité, c'est l'ensemble des motifs potentiels de discrimination qui est couvert : le sexe, la race, l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

Largement définies, les possibilités d'intervention communautaire inscrites dans le traité sont toutefois limitées par deux dispositions. D'une part, les mesures prises ne peuvent déroger aux autres dispositions du traité abordant les discriminations : à titre d'exemple, une mesure de lutte contre la discrimination salariale à l'encontre des femmes prévoyant un salaire supérieur pour ces dernières serait probablement compatible avec l'article du traité instaurant le principe de l'égalité salariale. D'autre part, le champ d'intervention en matière de lutte contre les discriminations coïncide avec celui des compétences de l'Europe qui préexistaient lors de l'adoption de l'article 13. Ainsi, en matière de lutte contre les discriminations au logement ou en matière d'éducation et de formation professionnelle, l'intervention est limitée par une compétence européenne relativement restreinte.

Les directives ont fondé l'intervention communautaire sur l'accès au droit pour les victimes, mais ne concernent pas à ce stade tous les types de discrimination

Les directives sont fondées sur le principe de l'accès au droit pour les victimes de discriminations racistes, sexuelles et des discriminations dans l'emploi

Trois directives ont été adoptées en application de l'article du traité qui institue une compétence de la communauté européenne en matière de lutte contre les discriminations :

- la directive 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 (dite directive « race »). Cette directive proscrit toutes les dis-

³⁹ Pour ces mesures, le traité de Nice a assoupli les mesures d'adoption en modifiant l'article 13 : c'est la majorité qualifiée qui est nécessaire pour les mesures d'encouragement communautaire à la lutte contre les discriminations. Pour adopter une réglementation communautaire afin de lutter contre les discriminations, c'est l'unanimité qui est exigée.

Cadrage général

criminations raciales, quel que soit leur champ d'application (emploi, droits sociaux, accès aux biens, éducation) ;

- la directive du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (dite directive « emploi »), qui interdit dans le champ de l'emploi l'ensemble des discriminations de l'article 13 (sexe, convictions, religion, handicap, âge, orientation sexuelle – la race étant couverte par la directive spécifique) ;
- la directive du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et pour la fourniture de biens et services. Contrairement aux deux précédentes, le délai de transposition de cette directive n'est toutefois pas encore achevé (21 décembre 2007).

Ces trois directives, même si elles s'appliquent à des champs et des situations de discrimination différents, sont fondées sur des principes communs.

Elles définissent et interdisent quatre formes de discriminations : les discriminations directes, les discriminations indirectes, notion qui reprend la définition donnée par la Cour de justice (cf. supra), le harcèlement et l'injonction donnée à un tiers de pratiquer une discrimination. Parallèlement, elles autorisent la mise en place d'actions positives, permettant ainsi aux États membres d'adopter ou de maintenir des mesures spécifiques compensant certaines situations de discrimination.

Elles sont fondées sur le principe de l'accès au droit : au-delà de l'interdiction des discriminations, les directives reprennent la jurisprudence européenne concernant l'allègement de la charge de la preuve des discriminations au profit des victimes (cf. supra), assurent le principe de la protection des victimes engageant une action en justice contre les pressions de la part de ceux qui les ont discriminées, et permettent aux associations ou aux syndicats d'agir pour le compte des victimes si elles le souhaitent.

Enfin, en matière de lutte contre les discriminations raciales, la directive instaure pour les États-membres une obligation de moyen, en prévoyant la création d'une autorité indépendante chargée de promouvoir la lutte contre les discriminations en jouant un rôle d'information (études, rapports), d'aide aux victimes et de recommandations sur toutes les questions liées aux discriminations.

Au total, le cadre ainsi défini met l'accent sur la dimension juridictionnelle de la lutte contre les discriminations. Habituellement, le droit dérivé intervenant dans le champ social se limite à définir des principes et interdit les règles nationales et les situations de fait contraires à la directive. En reprenant et en systématisant les techniques définies par la Cour de justice – et elles-mêmes inspirées des juridictions anglo-saxonnes –, ces directives ont un caractère fortement novateur. Dans un souci de mettre en place des règles de droit véritablement protectrices, elles font de la défense du droit des victimes et de leur accès au procès l'élément essentiel d'une politique communautaire,

suyant en cela l'exemple de la protection juridictionnelle accordée aux victimes de discriminations dans les pays anglo-saxons depuis plusieurs dizaines d'années.

L'état actuel du droit communautaire fait aujourd'hui l'objet de débats en raison de la hiérarchie implicite qu'il établit entre les discriminations

Ces textes aboutissent à un résultat paradoxal : toutes les discriminations ne sont pas traitées de manière égale⁴⁰. Étant donné le champ aujourd'hui couvert par le droit européen, les directives anti-discrimination n'accordent en effet pas le même degré de protection contre toutes les situations.

En l'état actuel du droit, les discriminations raciales sont celles dont la protection est la plus étendue. La directive « race » protège les situations suivantes : les conditions d'accès à l'emploi et d'embauche, l'accès à l'orientation et à la formation professionnelle, les conditions de travail, l'affiliation aux organisations d'employeurs ou de travailleurs, la protection sociale et les avantages sociaux, l'éducation et l'accès aux biens et services, y compris le logement. Elle instaure pour cela une autorité spécifique chargée de soutenir et d'informer les victimes et de formuler en toute indépendance des recommandations.

Discriminations interdites par les directives communautaires										
	Accès à l'emploi	Orientation prof.	Conditions d'emploi et de travail	Affiliation organisation professionnelle	Protection sociale/solis	Avantages sociaux	Éducation	Accès aux biens et services	Logement	Aménagement raisonnable
Sexe	x	x	x	x	x	x	x	x		
Race	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x
Origine ethnique	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x
Religion	x	x	x	x						
Convictions	x	x	x	x						
Handicap	x	x	x	x						x
Âge	x	x	x	x						
Orientation sexuelle	x	x	x	x						

Source : directives 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE, 2004/113/CE (délai de transposition : 21 décembre 2007)

Lorsque les dispositions de la directive concernant l'égalité entre les hommes et les femmes dans l'accès aux services seront entrées en vigueur, la protection contre les discriminations liées au sexe atteindra une extension presque simi-

⁴⁰ Cf. à cet égard Mark Bell et Lisa Waddington, « More equal than others : distinguishing European Union equality directives », *Common Market Law Review*, n° 38, 2001, pp. 587-611.

laire. En effet, dans le champ de l'emploi, de la formation professionnelle et des conditions de travail ainsi qu'en matière de protection sociale et d'avantages sociaux, les discriminations liées au sexe font déjà l'objet d'une protection d'un niveau comparable à celle issue de la directive « race » (cf. *supra*). En outre, la directive de 1997 sur les modalités d'adaptation de la charge de la preuve avait déjà introduit en matière de discrimination fondée sur le sexe l'essentiel des dispositions ensuite reprises par les directives « race » et « emploi ». Une directive de 2002 a, de plus, modifié la directive de 1976 concernant l'égalité dans l'emploi en s'inspirant des dispositions de la directive « emploi » (autorité indépendante, représentation par des associations, harcèlement etc.). Avec l'entrée en vigueur de la directive de 2004 sur l'égalité de traitement entre les sexes en matière d'accès aux biens et services, la quasi totalité du champ de la directive « race » sera transposé au domaine de la discrimination en raison du sexe. Certaines situations restent toutefois exclues du champ de cette directive, comme l'accès à l'éducation ou le logement⁴¹.

En revanche, aujourd'hui, les autres motifs de discrimination (religion, convictions, handicap, âge ou orientation sexuelle) ne sont protégés que dans le champ de la directive « emploi ». Celle-ci couvre l'accès à l'emploi, la formation et l'orientation professionnelle, les conditions de travail et l'affiliation aux organisations représentatives de salariés et d'employeurs. Mais elle ne prévoit pas l'instauration d'une autorité indépendante chargée d'aider et d'informer les victimes et de formuler des recommandations.

Certaines associations représentant notamment les personnes handicapées ou les homosexuels et lesbiennes ont donc mis en avant le besoin de poursuivre le travail d'adoption des directives, notamment afin de protéger les victimes de discriminations en raison du handicap ou de l'orientation sexuelle dans l'accès aux biens et services et au logement, voire aux prestations et avantages sociaux.

Face à cette situation, deux types de projets sont envisageables : la poursuite du travail sectoriel, en commençant par le champ qui fait a priori l'objet du plus large consensus entre les États membres, à savoir celui du handicap. Dans ce cadre, le projet le plus probable est sans doute celui, demandé par les associations, d'une directive concernant l'accès aux biens et services et comportant des dispositions notamment sur le logement. Cette méthode aurait toutefois l'inconvénient de maintenir des différences de protection entre les discriminations alors que le Conseil a rappelé que pour lui il n'existait aucune hiérarchie possible entre les discriminations⁴². L'alternative consisterait à refondre l'ensemble du dispositif juridique communautaire en matière de discriminations.

⁴¹ L'éducation est explicitement exclue du champ de la directive, tout comme le contenu des médias ou la publicité. Étant donné l'absence de compétence de l'Europe en matière de politique du logement, on peut penser raisonnablement que l'absence de référence à l'accès au logement l'exclut du champ de la directive.

⁴² « The different forms of discrimination cannot be ranked : all are equally intolerable ». Décision du Conseil du 27 novembre 2000 établissant un programme d'action communautaire pour combattre la discrimination.

Malgré l'existence de dispositions antérieures similaires dans certains domaines, les directives européennes ont fait évoluer le droit et les outils français en matière de lutte contre les discriminations

Une tradition qui a longtemps mis en avant l'égalité et l'intégration et qui fait de la lutte contre les discriminations un enjeu pénal

Comme en témoigne le droit relatif à la discrimination, la lutte contre les discriminations reste un phénomène récent dans le droit français, à l'exception de celles à caractère racial. L'approche française est davantage inspirée par la notion constitutionnelle d'égalité de traitement et par l'idée d'égalité devant la loi que par une démarche consistant à désigner des groupes de population spécifiques pour ensuite protéger leurs droits. Fondée sur l'héritage de la pensée libérale issue du XVIII^e siècle, elle s'adresse d'abord à l'individu tout en manifestant une méfiance pour la reconnaissance institutionnelle de groupements intermédiaires, qu'il s'agisse des « minorités » ou des « communautés ».

L'objectif de l'intégration est donc d'assurer l'adhésion à la seule véritable communauté, la communauté nationale, à ses lois et ses valeurs, tout en partant du principe qu'il est possible d'éviter toute situation de discrimination grâce à l'application des lois républicaines, qui s'appliquent à tous de la même manière.

Le champ de la lutte contre les discriminations a donc longtemps été pour l'essentiel réservé au droit pénal, c'est-à-dire à un droit réprimant les actes délictuels, par définition exceptionnels et supposant une intention de discriminer. La notion de discrimination indirecte, produit mécanique et involontaire de dispositions ou de pratiques qui ne sont en apparence pas discriminatoires, est ainsi restée jusqu'à une date récente exceptionnelle en droit français.

Des dispositions protégeant l'accès au droit des victimes et interdisant les discriminations en raison de la race et du sexe et les inégalités de traitement dans l'emploi existaient toutefois déjà avant l'entrée en vigueur des directives européennes

Comme de nombreux autres pays de l'Union européenne, la France disposait depuis longtemps d'un ensemble de dispositions législatives interdisant et parfois réprimant par des sanctions pénales les discriminations introduites par les directives.

Au moment où sont entrées en vigueur les deux premières directives sur les discriminations, la France disposait d'un large éventail de mesures antidiscriminatoires dans sa législation. On peut à cet égard citer la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881, qui interdit les incitations à la haine et à la violence. Elle a été complétée par la loi du 1^{er} juillet 1972 (dite loi « Pleven »), première

Cadrage général

loi française spécifiquement destinée à lutter contre le racisme, qui a créé le délit de discrimination raciale. Les différentes réformes du code pénal et du code du travail adoptées dans les années 90 et 2000 (cf. encadré) ont développé la protection contre l'ensemble des discriminations (sexe, race, origine, orientation sexuelle, apparence, patronyme etc.).

Principales lois concernant la lutte contre les discriminations lors de l'entrée en vigueur des directives « race » et « emploi »

Les lois suivantes étaient en vigueur avant l'adoption des directives :

- la loi du 13 juillet 1990 visant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe ;
 - la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre la discrimination en raison de leur état de santé ou de leur handicap ;
 - les lois du 22 juillet 1992 et du 16 décembre 1992, d'où est issu le nouveau code pénal. Ce dernier a notamment défini les crimes contre l'humanité et renforcé les dispositions concernant les discriminations à caractère raciste et a introduit la notion de harcèlement sexuel ;
 - la loi du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle sur les lieux de travail, qui fait notamment peser sur l'employeur la responsabilité des dispositions nécessaires pour empêcher le harcèlement sexuel sur les lieux de travail.
-

Avant la transposition des directives « race » et « emploi », la législation française prévoyait en effet plusieurs types de règles protégeant les victimes de discriminations.

En premier lieu, c'est dans le champ du droit pénal qu'on trouvait alors la plupart des dispositions concernant les discriminations. Le droit pénal et le procès pénal étaient en effet la voie la plus courante de traitement de cette question en France. Le code pénal consacrait au délit de discrimination une section spécifique, mentionnant à la fois les motifs de discrimination prohibés et les types de comportements susceptibles de constituer une discrimination⁴³.

Étaient ainsi prohibées les discriminations fondées :

- sur l'origine, l'appartenance ou la non-appartenance, vraies ou supposées, à une ethnie, race, ou religion ;
- sur le sexe, la situation de famille ;
- sur l'état de santé, le handicap ;
- sur les mœurs ;
- sur les opinions politiques, les activités syndicales.

Les situations constituant des discriminations étaient les suivantes :

- le refus de fourniture d'un bien ou service ;
- l'entrave à une activité économique ;

⁴³ Articles 225-1 et 225-2 du code pénal.

- le refus d'embaucher, la sanction ou le licenciement d'une personne ;
- le fait d'utiliser l'appartenance à un critère prohibé (race, sexe, mœurs, situation de famille etc.) comme une condition pour fournir un bien ou service ;
- le fait d'utiliser l'appartenance à un critère prohibé comme une condition pour obtenir un emploi.

Toujours dans le champ du droit pénal, le délit de harcèlement sexuel avait été introduit par le nouveau code pénal et les dispositions protectrices des victimes renforcées par une loi spécifique (loi du 2 novembre 1992, cf. encadré). Il était toutefois considéré comme un délit spécifique distinct de la notion de discrimination.

En second lieu, c'est dans le code du travail qu'on trouvait également des dispositions protectrices des victimes. Reflétant les types de discriminations prohibées, le code du travail proscrivait leur prise en considération pour le recrutement et la relation de travail (avancement, sanctions, rémunération, licenciement, représentation du personnel) et considèrerait comme nuls tous les actes ou dispositions contraires.

Enfin, on peut noter que la Cour de cassation s'était dès 1999 inspirée des définitions données par la Cour de justice des Communautés européennes et par la directive de 1997 concernant l'allègement de la preuve en matière de discriminations fondées sur le sexe. Elle en avait appliqué les règles sur l'allègement de la charge de la preuve en matière de discriminations indirectes au profit des victimes de discriminations fondées sur l'appartenance syndicale et le sexe dès 1999⁴⁴ – soit plusieurs mois avant la fin du délai de transposition de cette directive. Les dispositions de cette directive, qui devait être transposée avant le 1^{er} janvier 2001, ont été introduites dans le droit interne par la loi relative à la lutte contre les discriminations dans l'emploi du 16 novembre 2001.

Concernant le champ des situations couvertes, au moment de la négociation des directives, la France pouvait avoir le sentiment de disposer, comme en 1957, d'une législation couvrant déjà de nombreux cas protégés par les directives qu'il s'agissait d'adopter. Reste que certains types de motifs de discrimination n'étaient pas encore explicitement couverts⁴⁵ et que certains champs de discrimination n'étaient pas explicitement interdits par la loi, même si la jurisprudence les avait protégés au titre de l'interdiction de fourniture d'un bien, comme c'est le cas pour l'accès au logement. En revanche, au moment de la négociation, les techniques juridiques issues du droit européen (notion de discrimination indirecte, modification de la charge de la preuve) étaient encore d'application assez récente et n'étaient pas encore transposées.

(. . .)

⁴⁴ Cour de Cassation, arrêt du 23 novembre 1999, Mlle Seillier contre CEA ; pour un arrêt utilisant le même raisonnement en matière de discrimination syndicale, cf. Cour de cassation, arrêt du 28 mars 2000, M. Guy Fluchère, Gérard Dyck et le syndicat CFDT cheminots contre SNCF.

⁴⁵ L'âge et, dans une moindre mesure, l'orientation sexuelle, protégée à travers la notions de « mœurs » inscrite dans la loi.

(- - -)

Une illustration : les directives adoptées en 2000

Les directives communautaires ont déjà conduit à des aménagements importants de notre droit et de notre organisation institutionnelle dont toute la portée n'a peut-être pas encore été mesurée

Il est difficile de dresser un bilan exhaustif de l'ensemble des mesures introduites depuis 2000 en matière d'égalité des chances et de lutte contre les discriminations, tant les supports législatifs sont divers et les dispositions dispersées. On se bornera à présenter ci-dessous, dans leurs grandes lignes, les évolutions les plus marquantes qui peuvent être imputées de façon claire à l'effet des directives européennes.

Celles-ci ont été introduites notamment :

- par la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations ;
- par la loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;
- par la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ;
- par la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

La législation française a été modifiée ou complétée sur des points significatifs

Sans prétendre à une analyse exhaustive, on rappellera ci-dessous les quelques éléments particulièrement marquants.

L'élargissement des types de discrimination pris en compte :

• La reconnaissance de la discrimination indirecte

La notion de discrimination indirecte a bien été introduite dans le Code du travail. Les dispositions introduites permettent de constater l'existence de discriminations de fait sans qu'il soit besoin de démontrer leur caractère intentionnel.

Il faut noter que le législateur français, s'il se réfère explicitement à la discrimination indirecte, n'a pas souhaité définir cette notion dont l'interprétation en fonction du droit communautaire est laissée au juge.

Une illustration : les directives adoptées en 2000

• **La liste des motifs de discrimination**

En application des dispositions prises au niveau européen, l'âge et l'orientation sexuelle font désormais partie des motifs de discrimination prohibés par le code du travail. D'autres motifs de discrimination ont également été ajoutés, qui vont au-delà du droit communautaire, tels que la prise en compte de l'apparence physique ou du patronyme.

• **Le champ d'application**

La loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise interdisait déjà les discriminations en matière d'embauche, de licenciement et de sanctions disciplinaires. La loi du 16 novembre 2001, conformément au droit européen, a étendu cette interdiction à tous les aspects de la relation de travail, notamment l'accès à la formation professionnelle, la rémunération, les mesures de promotion professionnelle et le déroulement de carrière.

La saisine de la justice facilitée

• **Par un allègement de la charge de la preuve**

La loi du 16 novembre 2001 introduisait dans le Code du travail des dispositions selon lesquelles « le salarié concerné ou le candidat à un recrutement (...) présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

La loi du 30 décembre 2004 a prévu, dans son article 19, que « toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte (...) établit devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Cette disposition ne s'applique pas devant les juridictions pénales.

• **Par une ouverture aux personnes morales**

Les organisations syndicales et les associations ayant une expérience d'au moins cinq ans dans la lutte contre les discriminations se voient ouvrir la possibilité d'ester en justice pour le compte des personnes discriminées sous réserve que celles-ci ne s'y opposent pas.

Une illustration : les directives adoptées en 2000

Des « aménagements raisonnables » pour rétablir l'égalité dans l'emploi des personnes handicapées

La loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées traduit dans le Code du travail le concept européen d'« aménagements raisonnables » pour les travailleurs handicapés en prévoyant que « les employeurs prennent, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour (leur) permettre (...) d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée, sous réserve que les charges consécutives à la mise en œuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées (...) » et que « le refus de prendre des mesures appropriées au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination ». La loi réserve toutefois ces dispositions aux personnes handicapées qui remplissent les conditions pour l'accès aux emplois réservés.

La création de la Halde marque une évolution très importante du dispositif de lutte contre les discriminations

Les données du débat avant l'entrée en vigueur de la législation européenne

• Une idée non consensuelle au plan national

L'idée de renforcer le dispositif national de prévention et de lutte contre les discriminations à travers la création d'une autorité indépendante avait émergé en France avant même d'être débattue au niveau européen : elle avait été proposée par la Commission nationale consultative des droits de l'homme dans son rapport de 1997 et par le Haut conseil à l'intégration dans un rapport de 1998. Le rapport « Lutter contre les discriminations » remis en mai 1999 par Jean-Michel BELORGEY reprenait cette idée et proposait « une Autorité administrative indépendante légère et opérationnelle chargée de la lutte contre les discriminations ».

Mais ces réflexions n'avaient pas abouti, en l'absence de consensus sur une telle initiative parmi les responsables politiques et sociaux français. Jean-Michel BELORGEY notait en 2002 que « La France campe, s'agissant de l'idée d'autorité indépendante ou de médiation, sur l'attitude de refus à laquelle l'incite la coalition des politiques et des corporations ». Bernard STASI de son côté évoquait en 2004 « la réticence à admettre que la question des discriminations devait être traitée globalement et non de façon sectorielle » mais aussi « la sous-estimation des difficultés rencontrées par les victimes » et surtout l'« hésitation des pouvoirs publics sur les voies et moyens les plus adaptés pour conduire cette politique ». L'impulsion donnée par l'Europe en rendant obli-

gatoire la création d'une telle instance dans chaque État membre allait faire sauter ces blocages.

• *Accueillie avec réserve dans sa formulation européenne*

On a une idée du chemin parcouru en examinant les premières réactions officielles de la France à la proposition de la Commission, clairement opposées à l'article 12 de la proposition de directive sur le racisme. Cette opposition était justifiée en interne par la position prise par les partenaires sociaux lors de la table ronde du printemps 1999, qui avaient rejeté la proposition du rapport Belorgey prônant la création d'une autorité indépendante, rejet entériné par le ministre de l'Emploi et de la Solidarité de l'époque. Au plan européen, la position française était argumentée par le souci d'éviter que ce type d'institution fasse double emploi avec d'autres institutions préexistantes, telle que la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH).

Cette position ne s'avérant pas tenable, la position française a évolué, acceptant d'abord l'institution de tels organismes pour conduire des études et améliorer la connaissance des phénomènes de discrimination puis leur concédant une fonction d'accueil et d'assistance aux victimes pour autant que celle-ci ne porte pas atteinte aux prérogatives du Parquet. Le texte finalement adopté par le Conseil, auquel la France a souscrit, leur donne compétence pour « apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination ».

• *Mais que la reprise par les quinze a permis de faire passer*

Par lettre du 2 juin 2003, le Premier ministre confiait à Bernard STASI une mission de préfiguration dont les conclusions donnaient lieu au rapport « Vers la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité » remis le 16 février 2004. Celui-ci prenait position pour une autorité « indépendante, aux pouvoirs d'intervention importants, dotée de moyens opérationnels » et compétente pour toutes les discriminations, « notamment celles fondées sur des critères d'origine ethnique, de religion, de sexe, de conviction, de handicap, d'âge, de santé ou d'orientation sexuelle ».

Examinant les difficultés d'une telle entreprise il jugeait toutefois que le contexte était « plus favorable qu'il ne l'a jamais été pour mettre en œuvre cette réforme et surtout la faire accepter ». Parmi les facteurs d'évolution, il soulignait le rôle d'entraînement de la législation européenne qui « justifie et même impose des réformes de notre droit » en même temps que la source d'inspiration constituée par les dispositifs mis en place dans d'autres pays « parfois depuis plusieurs décennies ».

Le dispositif mis en place par la législation

La loi du 30 décembre 2004 a créé la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), chargée de lutter contre toutes les

Une illustration : les directives adoptées en 2000

discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi française ou par un engagement international auquel la France est partie.

L'institution de la HALDE transpose en droit français les dispositions prévues par la directive européenne du 29 juin 2000 selon laquelle « les États membres désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique », ainsi que par la directive du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès aux biens et services, laquelle prévoit également la création d'une autorité de ce type.

Mais le législateur est allé bien au-delà des exigences communautaires : loin de se limiter aux discriminations raciales et sexuelles, la HALDE se voit confier le soin de traiter de toutes les discriminations prohibées par le droit en vigueur, ce qui représente à l'heure actuelle pas moins de dix-huit critères différents de discrimination.

La Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE)

Statut

La HALDE a le statut d'une autorité administrative indépendante. Elle est composée d'un collège de 11 membres non révocables qui décide des suites à donner aux réclamations et formule des recommandations. Elle est assistée d'un comité consultatif composé de représentants de la société civile, du monde économique et des autorités publiques.

Moyens

Le budget de la HALDE pour l'année 2006 est de 10,7 millions d'euros, ses effectifs prévus pour l'été 2006 s'élèvent à 66 agents, dont la majorité est affectée au service juridique. Trois délégations régionales ont été mises en place à titre expérimental (Nord-Pas-de-Calais, Provence-Alpes-Côte-d'Azur, Martinique) une quatrième est prévue à la Réunion.

Activités

Elles se répartissent selon deux axes majeurs :

1) traiter des cas de discriminations dont elle est saisie, ou dont elle s'auto-saisit,

Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination peut saisir par simple courrier la Haute Autorité. Au-delà de ses actions de conseil et d'accompagnement individuel, elle dispose de pouvoirs d'investigation développés pour réunir des éléments de preuves. Elle peut proposer une médiation et nommer un médiateur. Ses pouvoirs ont été renforcés par la loi du 31 mars 2006 (loi sur l'égalité des chances) qui l'autorise à proposer en cas de discrimination une transaction incluant sanction financière, indemnisation de la victime et publicité. En cas d'échec de la transaction, la HALDE peut recourir à une citation directe, c'est-à-dire saisir elle-même le tribunal correctionnel ce qui évite tout classement de l'affaire.

La HALDE peut également se saisir d'office des cas de discrimination directe ou indirecte dont elle aurait connaissance, sous réserve bien évidemment du consentement de la victime. Elle recourt à la pratique des « tests de discrimination » (testing) pour mettre en évidence des comportements discriminatoires et les dissuader.

2) assurer la promotion de l'égalité et prévenir les discriminations.

Ce deuxième volet des missions qui lui sont confiées, à caractère préventif, conduit la HALDE à mener des actions de communication, des travaux de recherche, à identifier et encourager les bonnes pratiques, et à recommander le cas échéant des modifications législatives ou réglementaires.

De premiers éléments de bilan sont fournis par le rapport sur la première année d'activité de la HALDE publié en mai 2006. Celui-ci fait état de 2 365 saisines depuis sa création et de 1822 réclamations enregistrées. Les discriminations à caractère raciste constituent le premier des motifs cités (39,6 %) et l'emploi le premier lieu de discrimination (45,3 %).

Depuis sa création le collège a émis 64 recommandations adressées aux pouvoirs publics ou au secteur privé. Parmi elles on peut notamment citer celles ayant trait :

- aux différences de rémunérations et de statuts des médecins titulaires d'un diplôme acquis en dehors de l'Union européenne.

La HALDE a considéré qu'il y avait une discrimination fondée sur l'origine et a demandé au gouvernement de proposer une réglementation qui rétablisse l'égalité de traitement. Le ministre de la Santé a engagé une négociation avec les organisations professionnelles.

- à certaines conditions d'accès au parc locatif privé

Saisie du rejet d'une candidature à un logement dans le parc locatif privé au motif que les parents du réclamant, qui se portaient caution, résidaient dans un département d'outre-mer, la Haute autorité a examiné les textes régissant les cautions et a recommandé l'abrogation de dispositions anciennes et obsolètes susceptibles de couvrir des discriminations. L'Assemblée nationale a amendé l'article 22-1 de la loi de modernisation sociale en y intégrant l'interdiction de refuser une caution résidant dans les départements d'outre-mer. Par ailleurs, la HALDE a été amenée à se pencher sur la quantité et la nature des informations demandées aux candidats, incluant notamment des précisions sur la situation de famille des postulants dont elle a jugé qu'elles excédaient très largement ce qui peut être admis dans des relations de droit privé. Elle a donc recommandé au gouvernement de préciser plus clairement et limitativement la liste des informations et documents qui peuvent être exigés par les bailleurs privés.

- à la priorité accordée aux enfants du personnel pour l'accès aux emplois saisonniers ou aux stages dans certains établissements

Considérant que cette priorité constituait une différence de traitement fondée sur la situation de famille, la HALDE a recommandé la mise en place d'un recrutement transparent aux établissements concernés qui ont pris des engagements en ce sens.

Le contrat pour l'égalité professionnelle

Synthèse

Prévues par une convention ou un accord collectif applicable à l'entreprise ou bien encore par un plan pour l'égalité professionnelle, certaines actions destinées à rééquilibrer la place des femmes dans l'entreprise peuvent être mises en œuvre avec le soutien financier de l'Etat. Préalable nécessaire : la conclusion d'un contrat pour l'égalité professionnelle.

A savoir

Avec le contrat pour la mixité des emplois, le contrat pour l'égalité professionnelle fait partie des mesures incitatives pour la réalisation d'actions en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes. Avant la mise en œuvre de telles mesures, et si elle compte moins de 300 salariés, l'entreprise peut faire procéder - avec la participation financière de l'Etat - à une étude sur sa situation en matière d'égalité professionnelle et les mesures pertinentes à mettre en œuvre.

Sommaire

- Quelles sont les actions ouvrant droit à l'aide de l'Etat ?
- Quels sont les employeurs concernés ?
- Comment est conclu le contrat pour l'égalité professionnelle ?
- Quelle est l'aide de l'Etat ?

Fiche détaillée

Quelles sont les actions ouvrant droit à l'aide de l'Etat ?

Sensibilisation, formation, promotion, conditions de travail, rémunération... les actions peuvent relever d'un ou plusieurs de ces domaines dès lors qu'elles :

- sont définies par accord collectif, ou par un plan défini par l'employeur en l'absence de délégué syndical ou en cas d'échec des négociations,
- ont pour objectif l'amélioration significative de la place des femmes en termes d'emploi et de qualification,
- revêtent un caractère exemplaire.

Les actions peuvent être contenues dans un plan pour l'égalité professionnelle, un accord spécifique de branche ou d'entreprise ou bien encore d'un accord plus global (sur les salaires, la réduction du temps de travail, la formation professionnelle...);

Quels sont les employeurs concernés ?

Les entreprises y compris les associations, les organisations professionnelles et interprofessionnelles.

Comment est conclu le contrat pour l'égalité professionnelle ?

Le contrat pour l'égalité professionnelle peut être conclu si l'employeur :

- justifie de la régularité de sa situation au regard de ses obligations fiscales et sociales,
- consacre à la formation professionnelle un montant au moins égal à celui imposé par la loi,
- atteste ne pas avoir sollicité une autre aide publique à caractère identique.

Signé avec le Préfet de région (la délégation régionale aux droits des femmes et à l'égalité), le contrat pour l'égalité professionnelle précise :

- les engagements de l'entreprise en termes d'égalité professionnelle et les modalités de contrôle de leur réalisation ;
- le montant de l'aide de l'Etat et les conditions de son versement ;
- les modalités d'évaluation et de diffusion de l'information sur les actions réalisées.

Le comité d'entreprise (à défaut les délégués du personnel) doit être régulièrement informé de l'exécution des engagements prévus dans le contrat pour l'égalité professionnelle. Un compte-rendu est également adressé à la DIRECCTE et au chargé de mission départemental des droits des femmes et de l'égalité.

Quelle est l'aide de l'Etat ?

L'Etat (les déléguées régionales aux droits des femmes et à l'égalité) prend en charge une partie du coût de la réalisation des actions éligibles et, au maximum :

- 50 % du coût d'investissement en matériel lié à la modification de l'organisation et des conditions de travail ;
- 30 % des dépenses de rémunération des salariés bénéficiant d'actions de formation pendant la durée de la réalisation du contrat ;
- 50 % des autres coûts.

L'aide est cumulable avec une autre aide publique dont l'objet est différent.

Qui contacter ?

- Délégué(e) régional(e) aux droits des femmes et à l'égalité (Préfecture de région)
- Chargé(e) de mission départemental(e) aux droits des femmes et à l'égalité (Préfecture de département)
- Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi - DIRECCTE

Textes de référence

- Articles R. 1143-1, D. 1143-2 à D 1143-5, D. 1143-7 à D. 1143-19 du Code du travail.
- Circulaire du 19 avril 2007 concernant l'application de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes