

N° 252

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2007-2008

Annexe au procès-verbal de la séance du 1^{er} avril 2008

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes (1) sur le projet de loi n° 241 (2007-2008) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations,

Par Mme Christiane HUMMEL,

Sénateur.

(1) Cette délégation est composée de : Mme Gisèle Gautier, présidente ; Mme Paulette Brisepierre, M. Yvon Collin, Mme Annie David, M. Patrice Gélard, Mmes Gisèle Printz, Janine Rozier, vice-présidents ; M. Yannick Bodin, Mme Yolande Boyer, M. Jean-Guy Branger, Mme Joëlle Garriaud-Maylam, secrétaires ; Mme Jacqueline Alquier, M. David Assouline, Mmes Brigitte Bout, Claire-Lise Campion, Monique Cerisier-ben Guiga, M. Gérard Cornu, Mmes Isabelle Debré, Sylvie Desmarescaux, Muguette Dini, Josette Durrieu, M. Alain Gournac, Mmes Françoise Henneron, Christiane Hummel, Christiane Kammermann, Bariza Khiari, M. Serge Lagauche, Mme Elisabeth Lamure, MM. Philippe Nachbar, Georges Othily, Mmes Anne-Marie Payet, Catherine Procaccia, Esther Sittler, Odette Terrade, Catherine Troendle, M. André Vallet.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
INTRODUCTION	5
I. UN PROJET DE LOI CENTRÉ SUR LA TRANSPOSITION DE DIRECTIVES EUROPÉENNES	7
A. LES DIRECTIVES CONCERNÉES : UNE INSISTANCE PARTICULIÈRE SUR L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE HOMMES ET FEMMES	7
B. UN EFFORT URGENT DE TRANSPOSITION	7
C. UN EXERCICE DÉLICAT : LA CONCILIATION DE DEUX LOGIQUES DIFFÉRENTES	8
1. <i>Approche globale ou approche par champ</i>	9
2. <i>Différences de traitement ou situations inégales</i>	9
3. <i>Une exigence de plus en plus poussée de transcription littérale</i>	10
II. L'APPORT DU PROJET DE LOI À LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS FONDÉES SUR LE GENRE : DES COMPLÉMENTS UTILES AU PRIX D'UNE CERTAINE COMPLEXITÉ	13
A. UNE LOI TRANSVERSALE QUI S'AJOUTE AUX DISPOSITIONS EN VIGUEUR	13
B. LA DÉFINITION DE LA DISCRIMINATION DIRECTE ET DE LA DISCRIMINATION INDIRECTE : UNE DÉMARCHE INTÉRESSANTE POUR LA PROMOTION D'UNE ÉGALITÉ RÉELLE ENTRE HOMMES ET FEMMES	15
1. <i>L'état actuel du droit national</i>	16
2. <i>Les injonctions de la Commission européenne</i>	16
3. <i>Lettre et portée des définitions européennes</i>	17
a) La discrimination directe	17
b) La discrimination indirecte	19
c) La dérogation au principe de l'égalité de traitement	20
4. <i>Un levier juridique adapté à la promotion de l'égalité hommes/femmes</i>	21
C. LE HARCÈLEMENT MORAL ET LE HARCÈLEMENT SEXUEL COMME FORMES DE DISCRIMINATION	23
1. <i>Le droit français</i>	23
a) Le harcèlement moral	23
b) Le harcèlement sexuel	23
2. <i>Le droit communautaire</i>	24
3. <i>La conciliation opérée par le projet de loi</i>	24
D. DES AVANCÉES PROTECTRICES	25
E. DEUX DISPOSITIONS SUJETTES À CONTROVERSE	25
1. <i>Les regroupements d'élèves par sexe : éviter toute remise en question de l'objectif de mixité</i>	26
2. <i>Le contenu des médias et de la publicité : une régression inacceptable</i>	27

RECOMMANDATIONS ADOPTÉES PAR LA DÉLÉGATION	29
EXAMEN EN DÉLÉGATION	31
ANNEXES	37
- Annexe 1 : Lettre de saisine du président de la commission des Affaires sociales	39
- Annexe 2 : compte rendu de l'audition de M. Louis Schweitzer, président de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE)	43

INTRODUCTION

Mesdames, Messieurs,

La délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes a souhaité être saisie du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, en application de l'article 6 *septies* de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

Certes, l'ambition de ce texte paraît modeste : il ne s'agit, comme l'explique l'exposé des motifs, que de procéder à certains ajustements dans notre droit pour assurer une meilleure transposition de certaines directives européennes. Mais le thème qu'il aborde, la lutte contre les discriminations, est trop au cœur des préoccupations de votre délégation pour que celle-ci ne souhaite pas procéder à un examen attentif et vigilant des dispositions apparemment techniques qu'il contient.

Tout d'abord parce que, même si son objet paraît limité, la discussion d'un texte relatif à la lutte contre les discriminations doit nous fournir une occasion de réfléchir à l'efficacité et à la pertinence de notre dispositif législatif de lutte contre les inégalités entre les hommes et les femmes.

Ensuite parce que, l'expérience le montre, les textes apparemment les plus techniques peuvent aussi soulever des problèmes de société sur lesquels il appartient aux responsables politiques, et en particulier aux parlementaires, de se prononcer. Les dispositions du projet de loi qui abordent le problème de la mixité dans l'organisation d'enseignements et celui de la différence selon les sexes dans le contenu des médias et de la publicité en fournissent ici une nouvelle illustration.

Elle se réjouit donc que, sur proposition de son président, la commission des affaires sociales ait décidé, au cours de sa réunion du 26 mars 2008, de recueillir son avis sur les conséquences de ce projet de loi sur les droits des femmes et sur l'égalité des chances entre les hommes et les femmes.

I. UN PROJET DE LOI CENTRÉ SUR LA TRANSPOSITION DE DIRECTIVES EUROPÉENNES

Comme l'indique son intitulé, le projet de loi ne constitue pas un texte généraliste par lequel le Gouvernement se proposerait de refondre tout ou partie du dispositif français de lutte contre les discriminations.

Ses dispositions tendent, pour l'essentiel, à assurer la transposition, voire des compléments de transposition de cinq directives européennes qui interviennent dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

A. LES DIRECTIVES CONCERNÉES : UNE INSISTANCE PARTICULIÈRE SUR L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE HOMMES ET FEMMES

Ces cinq directives sont respectivement :

➤ la **directive 2000/78/CE** du Conseil du 23 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

➤ 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 ;

➤ la **directive 2002/73/CE** du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et aux conditions de travail ;

➤ la **directive 2004/113/CE** du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ;

➤ la **directive 2006/54/CE** du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail qui procède elle-même à la refonte de quatre directives sectorielles antérieures.

On relèvera que **trois de ces cinq directives traitent directement et exclusivement de l'égalité de traitement entre hommes et femmes.**

B. UN EFFORT URGENT DE TRANSPOSITION

La transposition de ces cinq directives doit être assurée dans les meilleurs délais pour des raisons que chacun comprendra.

La France a longtemps été considérée comme l'une des « lanternes rouges » de l'Europe en matière de transposition des directives européennes, et le Gouvernement a engagé des efforts significatifs, dans la perspective de la présidence française de l'Union européenne, pour réduire ce retard. Mme Valérie Létard, secrétaire d'État chargée de la solidarité, indiquait, à l'occasion de l'examen du présent projet de loi devant l'Assemblée nationale, le 25 mars 2008, que ces efforts portaient leurs fruits, et que 1,1 % des directives étaient en attente de transposition à la fin de l'année 2007, soit un taux inférieur à l'objectif de 1,5 % fixé par le Conseil européen de Stockholm.

La transposition des directives de lutte contre les discriminations revêt en outre une urgence toute particulière :

- ♦ alors que la France pensait avoir satisfait aux exigences de transposition des trois premières directives, la Commission européenne a engagé contre elle trois procédures d'action en manquement : deux mises en demeure en date du 21 mars 2007 concernant respectivement les directives 2000/78/CE et 2002/73/CE, et un avis motivé du 27 juin 2007 portant sur la directive 2000/43/CE ; la Commission y formule un certain nombre de griefs contre la France, considérant que son droit positif ne reflète pas assez fidèlement le dispositif des directives précitées ;

- ♦ le délai de transposition de la quatrième de ces directives - la directive 2004/113/CE - est expiré le 21 décembre 2007 ;

- ♦ quant à celui de la transposition de la directive 2006/54/CE, il expire le 15 août 2008.

C. UN EXERCICE DÉLICAT : LA CONCILIATION DE DEUX LOGIQUES DIFFÉRENTES

La transposition de ces directives s'avère toutefois un exercice délicat.

Tout d'abord parce que, même s'ils poursuivent fondamentalement des objectifs comparables, le droit français et le droit communautaire diffèrent dans leur démarche en matière de lutte contre les discriminations.

En second lieu, parce que la Commission européenne fait preuve d'une exigence de fidélité souvent littérale au texte des directives.

Sans entrer dans une démarche comparative qui excéderait à l'évidence l'objet du présent rapport, votre délégation se bornera à trois remarques :

1. Approche globale ou approche par champ

Fidèle à la démarche synthétique du droit français, le code pénal procède, dans son article 225-1, à une prohibition globale de la discrimination qu'il définit de façon transversale comme toute distinction opérée entre les personnes physiques pour un certain nombre de motifs prohibés, dont il livre la liste exhaustive : l'origine, le sexe, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, les opinions politiques, les activités syndicales, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Cette liste des motifs prohibés qui permettent d'ériger une distinction en discrimination se retrouve, à d'infimes nuances près, à l'article L.122-45 du code du travail ainsi que, à quelques exceptions près, dont celle de l'âge, à l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Le droit communautaire procède, en revanche, par l'adoption de directives qui correspondent chacune à un champ déterminé et ne désignent pas nécessairement les mêmes motifs de distinction prohibés.

Ainsi, par exemple, la directive 2000/78/CE prohibe, en matière d'emploi et de travail, les discriminations fondées sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

La directive 2006/54/CE prohibe, en matière d'accès à l'emploi et de formation professionnelle, de conditions de travail, de rémunération et de régimes professionnels de sécurité sociale, toute distinction fondée sur le sexe.

La directive 2000/47/CE prohibe toute distinction fondée sur la race ou l'origine ethnique en matière d'accès à l'emploi, de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux ou encore d'accès aux biens et services.

Il en résulte un dispositif global de lutte contre les diverses discriminations à géométrie variable, et dont les champs d'application respectifs ne se recoupent pas entre eux, et ne peuvent, *a fortiori*, correspondre exactement au champ de protection assuré par le droit français.

2. Différences de traitement ou situations inégales

Le droit français tend traditionnellement à prohiber un certain nombre de traitements défavorables constitutifs d'une discrimination.

Rédigé en termes généraux, l'article 225-1 du code pénal sanctionne toute distinction opérée entre des personnes physiques pour des motifs prohibés, et notamment en raison de leur sexe.

De façon plus détaillée, l'article L.122-45 du code du travail dispose qu'aucune personne ne peut, en raison de l'un des motifs de discrimination prohibés, être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise ; qu'aucun salarié ne peut, pour ces mêmes raisons, être sanctionné, licencié, ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de son contrat.

Élaboré à partir de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE), le droit communautaire repose sur les notions de « *discrimination directe* » et de « *discrimination indirecte* », dont les définitions homogènes sont déclinées dans les différentes directives de lutte contre les discriminations.

A travers ces deux notions, il s'agit de repérer des différences de traitement qui se dissimuleraient sous une apparence de légitimité en procédant à des comparaisons entre des personnes situées, en principe, dans des situations comparables, mais dont le rapprochement permettrait de révéler des différences de traitement.

Les démarches du droit français et du droit communautaire présentent chacune leur intérêt. Il n'est donc pas souhaitable que l'une s'efface au profit de l'autre. Mais on doit convenir que leur réunion dans notre droit interne, tout en contribuant à une meilleure protection, débouche aussi sur une certaine forme de complexification du droit.

3. Une exigence de plus en plus poussée de transcription littérale

La transposition en droit interne de dispositions communautaires qui obéissent à une autre logique juridique s'avère, en outre, d'autant plus délicate que les exigences de fidélité au texte initial de la directive sont plus poussées.

Or, même si, aux termes de l'article 249, alinéa 3 du Traité CE, une directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales le choix quant à la forme et aux moyens, il semble bien que la Commission européenne exige, en pratique, une fidélité de plus en plus littérale dans leur transposition. Les trois procédures engagées contre la France pour transposition insuffisante de trois directives de lutte contre les discriminations précitées fournissent une nouvelle illustration de cette tendance lourde.

L'ensemble des griefs formulés par la Commission européenne peut être ainsi résumé :

♦ certes le droit français fait référence aux notions de **discrimination directe et indirecte**, mais il s'abstient d'en donner une définition aussi précise que celle qui figure dans les directives ;

♦ certes, il comporte des définitions du **harcèlement moral** et du **harcèlement sexuel**, mais ces définitions paraissent à la Commission européenne plus restrictives que celles que donnent les directives du harcèlement et du harcèlement sexuel : elles exigent l'existence de plusieurs actes quand la Commission européenne considère que le harcèlement peut être constitué par un acte d'une particulière gravité ; elles sont, en outre, trop centrées sur les relations de travail, et ne font pas référence aux motifs prohibés qui permettent de les assimiler à une discrimination ;

♦ la **protection contre les rétorsions** à l'encontre des personnes ayant relaté des faits relatifs à des discriminations n'est pas suffisamment assurée ;

♦ enfin les conditions dans lesquelles des différences de traitement sont rendues possibles, par **dérogation** au principe d'interdiction des discriminations, ne sont pas définies de manière suffisamment stricte.

Ces injonctions extrêmement précises ne laissent guère au Gouvernement français d'autre choix que de reproduire presque mot pour mot certaines des dispositions des directives. Celles-ci viennent se juxtaposer aux dispositions du droit français sans les remplacer, ni sans s'y superposer étroitement, ce qui ne contribue pas à l'harmonie et à la lisibilité de l'ensemble.

L'urgence qui s'attache à une transposition pleinement satisfaisante de ces directives, et les difficultés inhérentes à l'intégration dans notre droit de dispositions qui n'obéissent pas à la même logique juridique ont conduit le Gouvernement, dans le projet de loi qui nous est soumis, à opérer une transposition au plus près du texte des directives.

Certains regretteront peut-être que ce projet de loi se soit cantonné à ce strict exercice plutôt que de saisir cette occasion pour apporter certains compléments utiles à notre droit interne, par exemple en donnant une traduction législative aux propositions formulées par la Conférence tripartite sur l'égalité professionnelle et salariale hommes/femmes qui a réuni, le 26 novembre 2007, les organisations syndicales et patronales ainsi que le Gouvernement, et à laquelle a assisté en qualité d'observatrice la présidente de votre délégation, Mme Gisèle Gautier.

Mais l'introduction de ces dispositions nouvelles aurait sans nul doute contribué à alourdir le texte, et à retarder son adoption, sauf à priver les propositions de la Conférence tripartite des débats de fond qu'elles appelleront devant le Parlement. Le dépôt d'un projet de loi a d'ores et déjà été annoncé, afin d'instituer des pénalités financières à l'encontre des entreprises qui n'auraient pas pris de mesures pour mettre fin aux inégalités salariales avant le 31 décembre 2009.

Si votre délégation devait formuler un regret, cela serait plutôt que cet exercice de transposition aboutisse parfois à une juxtaposition de dispositions qui risquent de contribuer à brouiller la lisibilité de l'ensemble. La complexité

qui en résulte est particulièrement regrettable dans un domaine où l'intelligibilité de la loi, en particulier pour les victimes de discriminations, est une condition de son application effective.

Votre délégation comprend l'attitude prudente du Gouvernement qui n'a pas voulu, dans les délais stricts qui lui étaient impartis, s'engager dans une tentative d'harmonisation plus poussée entre les démarches française et communautaire, dont le résultat n'aurait pas nécessairement obtenu l'aval de la Commission européenne. Mais elle estime cependant que l'on ne peut en rester là, et qu'il conviendra, dans un proche avenir, d'améliorer la cohésion des régimes juridiques applicables et, notamment, de rechercher une meilleure harmonisation des différents critères de discrimination utilisés dans le droit français, qu'ils soient ou non issus du droit européen.

II. L'APPORT DU PROJET DE LOI À LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS FONDÉES SUR LE GENRE : DES COMPLÉMENTS UTILES AU PRIX D'UNE CERTAINE COMPLEXITÉ

Votre délégation ne s'engagera pas dans une analyse exhaustive des dispositions contenues dans le projet de loi. Certaines d'entre elles s'attachent en effet spécifiquement à la lutte contre des discriminations autres que celles qui sont fondées sur le sexe et ne relèvent, à l'évidence, pas de ses attributions.

Conformément à sa vocation, elle s'attachera plutôt à cerner l'apport que peut présenter le projet de loi pour favoriser l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, renvoyant au rapport de la commission des Affaires sociales pour une analyse détaillée et systématique de son dispositif.

A. UNE LOI TRANSVERSALE QUI S'AJOUTE AUX DISPOSITIONS EN VIGUEUR

La France dispose, en matière de lutte contre les discriminations fondées sur le sexe et de promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes, d'un arsenal juridique déjà très étoffé. Ces dispositions législatives résultent de l'adoption de plusieurs lois successives.

Dès les années 1970 et 1980, la loi du 22 décembre 1972, relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, puis la « loi Roudy » n° 83-635 du 13 juillet 1983¹ ont permis d'insérer dans le droit français un certain nombre de garanties fondamentales en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes, notamment en matière de rémunération.

De portée plus générale, la loi n° 82-689 du 4 août 1982 - l'une des « lois Auroux » - relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, a interdit les discriminations en matière d'embauche, de licenciement et de sanctions disciplinaires.

Les années 2000 ont, à leur tour, permis un certain nombre d'avancées significatives.

Résultant d'une initiative parlementaire, la « loi Génisson » n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes a rendu obligatoire les négociations collectives sur l'égalité professionnelle, au niveau de l'entreprise et au niveau de la branche.

Couvrant un champ très général, non limité à l'égalité hommes/femmes, mais l'englobant cependant, la loi n° 2001-1066 du

¹ Loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, qui transposait les dispositions de plusieurs directives, a apporté des garanties nouvelles en matière de lutte contre les discriminations en matière d'emploi, notamment en donnant aux organisations syndicales et à certaines associations de lutte contre les discriminations, la possibilité d'agir en justice.

Plus récemment, la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes a incité les entreprises et les branches à ouvrir des négociations en vue de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, et comprend, en outre, de nombreuses autres mesures destinées notamment à favoriser la conciliation entre l'emploi et la parentalité.

Ces diverses lois partagent toutes une caractéristique commune : à l'exception de quelques dispositions isolées, leur dispositif est venu compléter, enrichir ou modifier des codes existants (code du travail le plus souvent, code pénal parfois, à l'occasion code de la sécurité sociale ou code de l'action sociale et des familles, plus exceptionnellement code de l'éducation ou code rural) ou de grandes lois de référence comme la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires, la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, et la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 relative à la fonction publique hospitalière.

Seule exception à cette règle, mais au demeurant parfaitement justifiée, la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 qui a créé la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), lui confiant la mission de lutter contre les discriminations prohibées par la loi, ou par un engagement international auquel la France est partie, et de promouvoir les bonnes pratiques susceptibles de faire progresser l'égalité des chances. Compte tenu de sa nature et de son objet - la création d'une autorité administrative indépendante, la définition de ses attributions et de son mode de fonctionnement - le recours à un support juridique distinct des textes existants paraissait bien aller de soi.

Tel n'est pas nécessairement le cas pour les dispositions du présent projet de loi, et votre rapporteur s'est interrogé sur les considérations qui ont conduit les rédacteurs du texte à maintenir dans un support distinct les dispositions des cinq premiers articles, alors que les compléments qu'elles apportent ont vocation à interférer avec les dispositions en vigueur dans les grands textes de référence. Tout au plus, les articles 6 et 7 procèdent-ils à un minimum de corrélation, et encore avec le seul code du travail.

A ces interrogations, les représentants du ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité, ainsi que ceux du secrétariat d'État chargé de la solidarité, ont fait valoir à votre rapporteur que, compte tenu des différentes matières sur lesquelles portent les cinq directives transposées, l'option consistant à codifier directement les dispositions du projet de loi

aurait conduit à intervenir dans un très grand nombre de codes¹, ainsi que dans les diverses lois relatives aux fonctions publiques ou encore dans la loi relative aux rapports locatifs.

Dans ces conditions, le Gouvernement indique avoir prévu des dispositions transversales non codifiées, qui lui paraissent mieux à même de garantir une application homogène de l'ensemble du dispositif anti-discrimination à tous les secteurs concernés, et ce, sans courir le risque d'omettre certaines coordinations.

Votre délégation n'est pas insensible à la prudence dont témoigne cette approche et relève que, permettant en outre une transposition en droit français au plus près des définitions données par les directives, elle est sans doute, plus qu'une autre, inattaquable au regard des exigences formulées par la Commission européenne.

Elle tient cependant à relever que le maintien des dispositions nouvelles dans un support législatif distinct, séparé des grands *corpus* juridiques existants, n'est pas la solution la plus à même d'assurer leur visibilité et donc leur connaissance par les victimes de discriminations qui pourraient s'en prévaloir.

Elle souligne également les difficultés que présente l'articulation des définitions données de la discrimination directe et indirecte ou du harcèlement et du harcèlement sexuel avec les définitions voisines, mais non identiques, qui continueront d'exister dans d'autres textes et notamment le code pénal, le code du travail ou la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires précitée.

Même si la solution retenue par le Gouvernement constitue donc sans doute la voie la plus rapide et la plus prudente, votre délégation estime que des progrès restent à accomplir pour rendre le dispositif de lutte contre les discriminations plus accessible et plus compréhensible.

B. LA DÉFINITION DE LA DISCRIMINATION DIRECTE ET DE LA DISCRIMINATION INDIRECTE : UNE DÉMARCHE INTÉRESSANTE POUR LA PROMOTION D'UNE ÉGALITÉ RÉELLE ENTRE HOMMES ET FEMMES

Répondant fidèlement aux injonctions formulées par la Commission européenne, les deux premiers alinéas de l'article premier du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale introduisent en droit français une définition des notions de discrimination directe et de discrimination indirecte fidèlement calquée sur celle que déclinent les directives européennes.

¹ Les différents codes potentiellement concernés, d'après le ministère du travail, seraient : le code de la consommation, le code civil, le code des assurances, le code de la mutualité, le code de la sécurité sociale, le code de la famille et de l'aide sociale, le code du travail, le code de la santé publique, le code rural, le code du sport, le code de l'urbanisme.

1. L'état actuel du droit national

Le **code pénal** définit dans son **article 225-1** la discrimination comme toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison d'une série de motifs prohibés, au nombre desquels figurent, notamment, le sexe, la situation de famille et la grossesse. Il punit la discrimination de 3 ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende.

Le **code du travail** comporte plusieurs dispositions qui prohibent les discriminations directes ou indirectes fondées sur un certain nombre de motifs prohibés, mais il ne s'attache pas, en l'état actuel des choses, à définir explicitement ces notions.

S'inscrivant dans une section du code consacrée à la lutte contre les discriminations, l'**article L.122-45** pose le principe qu'aucune personne ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison d'un certain nombre de motifs prohibés, et notamment de son sexe, de sa situation de famille ou de sa grossesse.

Dans un autre chapitre du code, plus spécialement consacré à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'**article L.123-1** prohibe toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, la situation de famille ou la grossesse dans le recrutement, la formation et, d'une façon générale, dans le déroulement de carrière d'un salarié.

D'autres textes font également référence à ces notions ou à des notions voisines.

Ainsi, par exemple, si la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ne mentionne pas la notion de discrimination, elle prohibe cependant, dans son article 6 *bis*, toute distinction directe ou indirecte entre les fonctionnaires en raison de leur sexe.

2. Les injonctions de la Commission européenne

Dans les différentes mises en demeure et dans l'avis motivé qu'elle a adressés au gouvernement français, la Commission européenne considère, suivant des formulations très voisines, que les dispositions actuelles du droit français ne suffisent pas à garantir sa conformité avec les directives concernées.

Elle insiste sur le rôle important que jouent ces définitions dans l'économie du système de protection institué par les directives et considère que leur absence de transposition explicite en droit français ne permet pas de satisfaire aux exigences de sécurité juridique requises.

Certes, et la Commission européenne le rappelle, le juge national est tenu, suivant une jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés européennes, d'interpréter le droit national à la lumière du droit européen. Mais la Commission européenne considère que l'on ne peut laisser

au juge le soin d'interpréter les notions de discrimination, conformément à la directive, et que les droits dont bénéficient les particuliers aux termes d'une directive doivent être clairement et précisément énoncés pour que ceux-ci puissent les connaître et s'en prévaloir.

3. Lettre et portée des définitions européennes

Le projet de loi transpose de façon fidèle, pour ne pas dire littérale, les définitions données par les directives des notions de « *discrimination directe* » et de « *discrimination indirecte* ».

a) *La discrimination directe*

La discrimination directe est définie comme la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable, en raison d'un motif prohibé comme son sexe, par exemple, qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable.

Avec cette définition, la lutte contre les discriminations ne se limite pas à la stigmatisation d'un certain nombre de décisions pénalisantes explicites (refus d'embauche, refus de formation, refus de promotion), mais peut s'étendre à des différences de traitement dissimulées, le cas échéant, derrière une absence de décisions positives.

Reposant sur la notion de comparaison, elle ne prend certes tout son sens que si l'on peut mettre en balance des personnes ou des groupes de personnes qui se situent dans des situations comparables, en termes de qualification, de compétences, d'expérience, par exemple en matière d'emploi. Il convient cependant de souligner que le texte élargit le champ temporel des comparaisons possibles puisqu'il permet de comparer entre elles des situations présentes, des situations passées et même des situations hypothétiques.

La force de la définition communautaire de la discrimination directe tient tout particulièrement au fait que la **comparabilité des situations** peut être appréhendée **de façon diachronique**.

En effet, la succession des temps employés dans la formule « *une personne traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait* » est considérée comme pouvant s'appliquer à une succession de situations.

L'expression « *ne l'a été* » renvoie à des **situations passées**, par exemple des successions d'emplois, déjà consacrées par la jurisprudence communautaire. Pour reprendre les termes employés par la Cour de Justice des Communautés européennes dans une décision déjà ancienne rendue le 27 mai 1980 (*Macarthys Ltd c/ Wendy Smith*), « *le principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail n'est pas limité à des situations dans lesquelles hommes et femmes effectuent simultanément un travail égal pour un même employeur. Le principe d'égalité*

s'applique dans le cas où il est établi qu'un travailleur féminin, eu égard à la nature de ses prestations, a reçu une rémunération moindre que celle que percevait un travailleur masculin employé antérieurement à la période d'engagement de l'agent féminin et qui effectuait le même travail pour son employeur ».

L'utilisation du conditionnel « *ne le serait* » permet de comparer le traitement d'une personne avec une autre personne hypothétique. Autrement dit, elle permet de se demander si, par exemple, le traitement serait le même si des hommes remplaçaient des femmes ou inversement. Ce type de comparaison a déjà été effectué par la Cour de Justice des Communautés européennes pour évaluer la situation de femmes placées en congé de maternité, par exemple dans les arrêts *Dekker* du 8 novembre 1990 et *Tele Danmark* du 4 octobre 2001.

Ce recours à des **comparaisons hypothétiques** peut contribuer à élargir le recours à des procédures dites de « *test de discrimination* » ou, pour reprendre l'expression anglaise, de « *testing* ».

Ce mode de preuve consiste à comparer le traitement réservé à des personnes « de référence » avec celui réservé à des personnes susceptibles d'être discriminées en raison de leur qualité, et notamment de leur sexe. Ils constituent un instrument utile pour mettre en évidence les inégalités et dévoiler la nature discriminatoire de certains comportements.

Conduits par diverses associations, en France, dès les années 90, ils ont été invoqués devant les tribunaux, et la Cour de cassation en a déjà reconnu la valeur comme mode de preuve dans un arrêt du 11 juin 2000, avant que la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances ne confirme sa validité en matière pénale¹.

Comme le rappelle la HALDE dans son rapport d'activité de 2006², les développements importants de la jurisprudence depuis 2000 ont fixé un certain nombre d'exigences de nature à garantir la valeur probante des tests. Celles-ci ont été reprises dans une circulaire en date du 26 juin 2006 du ministère de la justice.

La circulaire recommande, sans l'imposer toutefois, que les constats soient effectués par des autorités habilitées (huissiers de justice, officiers de police judiciaire ou agents assermentés de la HALDE), mais formule également des exigences particulières quant à la qualité des personnes utilisées comme « testeurs ». Elle précise que les testeurs « discriminables » doivent être des victimes potentielles mais néanmoins réelles. Ainsi, par exemple, les *curriculum vitae* des personnes discriminées doivent effectivement être leurs propres *curriculum vitae*.

¹ Article 45 de la loi du 31 mars 2006 créant un nouvel article 225-3-1 dans le code pénal.

² Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), rapport d'activité 2006, p. 40 et sq.

Au cours de son audition devant la délégation, le 25 mars 2008, M. Louis Schweitzer, président de la HALDE, a regretté que les tests effectués par la Haute Autorité à partir de candidatures fictives n'aient pas valeur légale et que seuls les tests réalisés à partir de victimes réelles aient force probante devant les tribunaux. Il a estimé que cette exigence contribuait à entraver sérieusement le recours à ce mode de preuve, en raison de la difficulté pratique de réunir des personnes réelles, voire des échantillons de personnes réelles, présentant des caractéristiques comparables.

La confirmation législative de la définition communautaire de la discrimination directe est sans doute susceptible, sur ce point, de faire évoluer la jurisprudence des tribunaux français.

b) La discrimination indirecte

La discrimination indirecte est définie comme la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes par rapport à d'autres, pour des motifs prohibés, comme le sexe, à moins que cette disposition, ce critère, ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires.

Cette définition a pour objet de permettre au juge de mesurer, par delà une apparente égalité de traitement, l'impact concret d'une disposition en évaluant la proportion de femmes défavorablement touchées par une mesure, au regard d'un groupe d'hommes placé dans une situation similaire.

Cette approche se caractérise par une **démarche comparative et quantitative**. Ainsi, dans un arrêt *Bilka* du 13 mai 1986, la Cour de Justice des Communautés européennes avait considéré que le principe d'égalité était violé « *lorsqu'une mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'entreprise n'établisse que la mesure s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* ».

Par la suite, la Cour de Justice s'est cependant attachée à apporter certains correctifs pour éviter une application trop systématique de critères statistiques¹.

La notion de discrimination indirecte, déjà mentionnée par le droit français, a été récemment mise en œuvre par la Cour de Cassation, dans un arrêt du 9 janvier 2007 (*Société Spor fabric*), à propos d'une affaire relative à la modulation du temps de travail, dans laquelle apparaissait une discrimination indirecte entre salariés en raison de leur état de santé.

La consécration législative de la définition communautaire de discrimination indirecte est sans doute, là aussi, susceptible de faire évoluer la jurisprudence des tribunaux français en matière d'approche statistique.

¹ *L'égalité entre les femmes et les hommes : sur la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002*, par Marie-Thérèse Lanquetin, Droit social n° 3, mars 2003, p. 312 et sq.

c) La dérogation au principe de l'égalité de traitement

Dans la définition donnée par la directive et reprise par l'article premier du projet de loi, une disposition, un critère ou une pratique susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour une personne par rapport à d'autres personnes ne constitue pas une discrimination si elle satisfait à un « *double test* » constitué de deux critères cumulatifs :

- qu'elle soit objectivement justifiée par un but légitime ;
- que les moyens pour réaliser ce but soient nécessaires et appropriés.

Ces deux critères susceptibles de légitimer une différence de traitement fondée sur un motif prohibé sont déjà repris dans certaines dispositions du code du travail français. C'est le cas par exemple de l'article L.122-45-3 : celui-ci dispose que « *les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment par des objectifs de politiques de l'emploi, et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires* ».

Ils sont également évoqués, en termes plus généraux, à l'article L.122-45-4 qui traite des différences de traitement fondées sur l'état de santé ou le handicap.

En revanche, dans sa rédaction actuelle, l'article L.123-1 du code du travail relatif aux différences de traitement relève d'un dispositif un peu différent : celui-ci prohibe les différences de traitement fondées sur le genre « *sauf si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle* ».

Il revient ensuite au pouvoir réglementaire, après avis des organisations représentatives de l'employeur et des salariés, de préciser la liste des emplois dans lesquels l'appartenance à un sexe constitue cette condition déterminante.

En l'état actuel du droit, cette liste, inscrite à l'article R.123-1 du code du travail comporte trois types d'activités : les artistes appelés à interpréter soit un rôle masculin, soit un rôle féminin ; les mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ; les modèles masculins et féminins.

Dans sa mise en demeure du 21 mars 2007 portant sur la transposition de la directive 2002/73/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, la Commission européenne a considéré que le dispositif de l'article L.123-1 précité, qui ne comporte qu'un critère au lieu du double test prévu par la directive, était donc trop large.

La transposition du double test dans la disposition transversale de l'article premier du projet de loi permettra de répondre à cette objection.

Mais votre délégation se demande s'il ne serait pas opportun, à cette occasion, de revenir sur le dispositif des articles L.123-1 et R.123-1 qui est

sans doute aussi trop rigide par certains côtés. Faut-il en effet considérer que les emplois de comédien, de mannequin ou de modèle sont les seuls pour lesquels une différence de traitement fondée sur le sexe peut être légitime ?

Au cours de son audition devant la délégation, le 25 mars 2008, le président de la HALDE, M. Louis Schweitzer est convenu que cette conception restrictive pouvait aboutir à des situations difficiles à gérer, des considérations parfaitement justifiables risquant ainsi de se trouver en marge du droit.

Un magasin de vêtements pour femmes qui rejetterait la candidature d'un vendeur au motif qu'il est un homme se rendrait coupable de discrimination¹. Le souci de privilégier la candidature d'une vendeuse, sans doute plus à même de répondre aux attentes de la clientèle féminine dans certaines circonstances, était-elle pour autant illégitime ?

Votre délégation considère donc que les principes généraux posés dans le projet de loi constituent une avancée positive, à condition, bien entendu, de faire l'objet d'une application bien circonscrite, sous le contrôle des tribunaux. Estimant que cette solution doit être préférée à celle qui consisterait à prétendre actualiser la liste, profession par profession, des exceptions autorisées, elle invite à abroger l'article R.123-1 du code du travail et à modifier en conséquence l'article L.123-1 qui y renvoie.

4. Un levier juridique adapté à la promotion de l'égalité hommes/femmes

Les notions de discrimination directe et de discrimination indirecte peuvent s'avérer des leviers intéressants pour la promotion d'une égalité réelle entre les hommes et les femmes.

La discrimination dont sont victimes les femmes dans leur carrière relève en effet, sans doute moins que d'autres formes de discrimination, de refus d'embauche explicites, ou de mesures directement défavorables. Elle se manifeste plutôt, de façon insidieuse, dans le déroulement de leur carrière, et trouve en particulier sa traduction dans « le plafond de verre » qui leur interdit très souvent l'accès aux postes supérieurs de responsabilités auxquels leur formation, leurs compétences et leur expérience leur permettraient pourtant de prétendre. Elle se répercute sur leur niveau de rémunération expliquant la persistance d'écart salariaux entre hommes et femmes².

Ces formes de discrimination sont d'autant plus efficaces qu'elles sont discrètes, et ne sont pas nécessairement perçues comme telles. Au cours de son audition, M. Louis Schweitzer, président de la HALDE, soulignait le

¹ HALDE, *Délibération n° 2006-94 du 22 mai 2006, Rapport annuel, p. 120.*

² *Selon le dossier de la Conférence du 26 novembre 2006, écart entre les salaires mensuels moyens des hommes et des femmes de 25,3 % en 2002 (19 % pour les salaires horaires), dont 5 à 11 % d'écart résiduel non expliqué par les facteurs structurels.*

paradoxe particulier de la discrimination fondée sur le genre : les mêmes sondages montrent qu'**une grande majorité de femmes ont le sentiment d'être moins bien traitées que les hommes dans leur emploi, mais que seule une minorité d'entre elles se considère comme victimes de discriminations.**

Il est significatif, à cet égard, que les réclamations enregistrées par la HALDE en matière de discrimination fondée sur le sexe n'aient représenté respectivement que 6 % et 5 % de l'ensemble des réclamations qui lui ont été adressées en 2005 et 2006. Encore près de la moitié de ces réclamations émanait-elle d'hommes dénonçant, par exemple, le caractère asymétrique des majorations et bonifications d'ancienneté, qui aboutit indirectement à les réserver aux seules mères de plus de 3 enfants.

Les réclamations adressées par des femmes s'estimant victimes de discriminations fondées sur leur appartenance au sexe féminin sont donc très minoritaires et ne représentent qu'à peine 3,5 % de l'ensemble.

L'introduction explicite en droit français des définitions européennes de la discrimination directe et de la discrimination indirecte par la démarche comparative qu'elle encourage, est donc susceptible de fournir de nouveaux leviers appréciables dans la promotion d'une plus grande égalité entre les hommes et les femmes, en matière de carrière et d'emploi. Ces notions peuvent en effet contribuer à élargir le champ d'application des « tests de discrimination », et encourager une approche plus statistique des différences de traitement, à condition toutefois que leur utilisation reste raisonnable et bien circonscrite par la jurisprudence.

Car, tout en notant que ces définitions de la discrimination constituent un levier appréciable pour faire avancer l'égalité entre les hommes et les femmes, votre délégation invite les pouvoirs publics à ne pas sous-estimer des dévoiements qui pourraient s'y attacher.

L'emploi du conditionnel (« *ne le serait* ») dans la définition de la discrimination directe permettra certes de légitimer le recours à certaines comparaisons hypothétiques, mais il conviendra de se montrer rigoureux dans la définition de leur méthodologie. Il conviendra aussi de se montrer attentif à ce que la définition de la discrimination indirecte, définie par les effets qu'une mesure est « susceptible » d'entraîner sans qu'il soit démontré qu'elle les entraîne effectivement, ne puisse alimenter des procès d'intention.

Votre délégation estime que la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes est utile et légitime et qu'il faut tenter de prévenir les dévoiements qui pourraient la déconsidérer.

C. LE HARCÈLEMENT MORAL ET LE HARCÈLEMENT SEXUEL COMME FORMES DE DISCRIMINATION

Le droit français comporte déjà une définition des notions de harcèlement moral et de harcèlement sexuel, qu'il sanctionne d'ailleurs pénalement.

Le projet de loi lui apporte un complément en précisant que, dès lors qu'ils trouvent leur origine dans un des motifs de discrimination prohibés, ces comportements indésirables seront dorénavant considérés comme des discriminations, ce qui élargira le champ des actions susceptibles d'être engagées contre leurs auteurs.

1. Le droit français

Les notions de harcèlement moral et de harcèlement sexuel ont été introduites par la loi de modernisation sociale en termes identiques, dans le code du travail, dans la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, et dans le code pénal.

a) Le harcèlement moral

L'article L.122-49 du code du travail prohibe le harcèlement moral, qu'il définit comme des agissements répétés qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé physique ou mentale, ou de compromettre son avenir professionnel.

L'article 6 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 prohibe dans la fonction publique le harcèlement moral, dont il donne une définition identique.

Cette même définition se retrouve à **l'article 222-33-2 du code pénal** qui punit le harcèlement moral d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende.

b) Le harcèlement sexuel

L'article L.122-46 du code du travail prévoit qu'aucun salarié ou candidat à un recrutement ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir subi ou refusé de subir « *les agissements de harcèlement de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers* ». **L'article L.122-47** ajoute que tout salarié qui se rend coupable de tels agissements est passible d'une sanction disciplinaire.

L'article 6 ter de la loi du 13 juillet 1983 précitée reprend un dispositif comparable pour la fonction publique, et **l'article 222-33 du code pénal** punit le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende.

2. Le droit communautaire

Les directives 2002/73/CE, 2004/113/CE et 2006/54/CE, qui s'attachent à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes, définissent en termes identiques le harcèlement comme « *la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».

Elles décrivent le harcèlement sexuel comme « *la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».

Elles précisent, en outre, que le harcèlement et le harcèlement sexuel doivent être considérés comme des discriminations et être, dès lors, interdites, ajoutant que « *le rejet de tels comportements par la personne concernée ou sa soumission à ceux-ci ne peuvent être utilisés pour fonder une décision affectant cette personne* ».

3. La conciliation opérée par le projet de loi

Dans les mises en demeure qu'elle a adressées à la France, la Commission européenne juge les définitions du droit français trop restrictives pour satisfaire aux exigences de transposition des définitions européennes, pour trois raisons :

- ♦ le droit français subordonne le harcèlement moral ou sexuel à l'existence d'actes multiples quand, du point de vue des directives, un seul acte d'une particulière gravité peut constituer le harcèlement ou le harcèlement sexuel ;

- ♦ la notion de dégradation des conditions de travail est plus étroite que celle d'environnement intimidant, au demeurant moins exclusivement liée au cadre professionnel ;

- ♦ le lien avec la discrimination n'est pas établi.

Le projet de loi concilie ces deux approches :

- ♦ il ne remet pas en cause les définitions du harcèlement moral et du harcèlement sexuel inscrites notamment dans le code du travail et le code pénal, et qui présentent l'avantage pour le salarié, de sanctionner, y compris pénalement, des traitements dégradants même s'ils ne sont pas liés à un motif prohibé ;

- ♦ il assimile à une discrimination les agissements liés à l'un des motifs prohibés et qui répondent à la définition communautaire du

harcèlement et du harcèlement moral, élargissant ainsi les moyens de poursuites à la disposition des victimes.

Ce double dispositif de protection peut contribuer à améliorer la protection des victimes, même si la complexité de la construction juridique résultant de la superposition des deux approches n'est pas de nature à faciliter sa compréhension.

D. DES AVANCÉES PROTECTRICES

Le projet de loi comporte, en outre, plusieurs séries de dispositions qui rapprochent le droit français des dispositions des directives européennes, apportant des améliorations ponctuelles à la lutte contre les discriminations et, notamment, à la lutte contre les discriminations fondées sur le sexe.

Ces dispositions ne présentant pas, cependant, une portée spécifique pour la promotion de l'égalité entre les sexes, votre délégation se contentera de les signaler ici pour mémoire, renvoyant au rapport de la commission des Affaires sociales le soin de procéder à leur examen détaillé.

Ainsi, l'article 3 complète le dispositif français de protection contre les rétorsions pour les personnes ayant témoigné ou relaté des agissements qui constituent des discriminations.

L'article 4 étend les règles d'aménagement de la charge de la preuve aux actes de discrimination qui pourront être qualifiés comme tels du fait de l'adoption du projet de loi.

Enfin, l'article 5 du projet de loi étend l'application des dispositions de lutte contre les discriminations aux activités professionnelles indépendantes. Même si cette disposition nouvelle ne modifie sans doute pas fondamentalement le droit positif actuel, elle permettra du moins d'éviter que le recours à des procédés tels que les rétrocessions d'honoraires, qui ne sont pas couvertes par le code du travail et qui sont souvent des formes de salariat déguisé, ne permette de contourner le principe de non-discrimination.

Compte tenu de l'importance numérique des femmes exerçant des professions indépendantes, par exemple dans les cabinets d'avocats ou les services médicaux, cette disposition est susceptible de constituer, elle aussi, un levier appréciable dans la lutte pour l'égalité entre les hommes et les femmes.

E. DEUX DISPOSITIONS SUJETTES À CONTROVERSE

Même si votre délégation a pu parfois déplorer la complexité des constructions juridiques sur lesquelles débouche le projet de loi, elle n'en porte pas moins une appréciation globalement positive sur la contribution que celui-ci peut apporter à la promotion d'une égalité plus réelle entre les hommes et les femmes.

Deux dispositions inscrites à la fin de l'article 2 appellent cependant de sa part des réserves, voire des objections.

Celles-ci ont pour objet d'autoriser deux types de dérogations à l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe en matière d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services, instituée par le 7^e alinéa (4^o) de l'article 2. Ces deux dérogations portent respectivement sur l'enseignement d'une part, et sur le contenu des médias et de la publicité, d'autre part.

1. Les regroupements d'élèves par sexe : éviter toute remise en question de l'objectif de mixité

Le projet de loi précise que le principe de l'égalité d'accès aux biens et services n'interdit pas d'organiser des enseignements en regroupant les élèves en fonction de leur sexe.

Certes, une application trop absolue du principe d'égalité d'accès entre les sexes au « service » que constitue l'enseignement aurait présenté de nombreux effets non souhaités comme, par exemple, l'interdiction des établissements privés non mixtes ou, à une autre échelle, la constitution d'équipes masculines ou féminines dans les compétitions sportives en milieu scolaire ou universitaire.

Il convenait donc d'introduire dans la loi une exception au principe, et votre délégation ne le conteste pas.

Elle tient cependant à rappeler que même si la mixité ne constitue pas un principe absolu de notre droit de l'éducation, elle n'en constitue pas moins l'un des objectifs assignés aux écoles, collèges, lycées et établissements d'enseignement supérieur, par l'article L.121-1 du code de l'éducation qui dispose qu'ils « *contribuent à favoriser la mixité et l'égalité entre les hommes et les femmes* ».

Même si la rédaction adoptée par l'Assemblée nationale améliore le dispositif, votre délégation tient à rappeler son attachement à cet objectif, et souhaite que la portée de l'exception prévue par le présent projet de loi soit bien circonscrite. Celle-ci ne doit en effet pas pouvoir être instrumentalisée et remettre en question, pour des motifs culturels et religieux, la bonne intégration des jeunes filles dans la vie des établissements d'enseignement, et leur participation à l'ensemble des activités, notamment sportives, qu'ils proposent. Elle élève également une mise en garde contre l'organisation d'enseignements distincts qui reproduiraient des stéréotypes sexués contre lesquels il convient au contraire de lutter, et qui proposeraient, par exemple, des cours de couture réservés aux filles, et des ateliers de mécanique pour les garçons.

2. Le contenu des médias et de la publicité : une régression inacceptable

Votre délégation s'interroge sur le sens et la portée du dernier alinéa de l'article 2, qui dispose que « *le contenu des médias et de la publicité n'est pas considéré comme un accès aux biens et services ni comme une fourniture de biens et services* » au sens de la présente loi.

Cette perplexité est partagée par la HALDE dont le président a indiqué à votre délégation, au cours de son audition du 25 mars 2008, que le sens de cette disposition lui restait obscur, ainsi qu'aux hauts magistrats présents au collège de la HALDE, tout comme à ceux de son service juridique. Votre délégation juge cette perplexité générale peu rassurante au regard de l'exigence de clarté de la loi pour les justiciables.

Elle craint plus particulièrement que, comme certains propos le laissent penser, cette disposition n'ait pour objet plus ou moins avoué, car pas nécessairement avouable, d'autoriser des représentations de la femme discriminatoires dans les médias et la publicité.

Elle souhaite le retrait d'une disposition qui n'est pas demandée par la Commission européenne, et qui semble aller au rebours de toutes les recommandations qu'elle a formulées, récemment encore, pour lutter contre certaines représentations de la femme dans les médias¹, et des objectifs assignés récemment par le Gouvernement à la commission de réflexion sur l'image de la femme présidée par Mme Michèle Reiser.

¹ Cf. le rapport d'activité 2006-2007 de la délégation, présenté par sa présidente, Mme Gisèle Gautier, et intitulé « *Quelle place pour les femmes dans les médias ?* » (n° 375, 2006-2007)

RECOMMANDATIONS ADOPTÉES PAR LA DÉLÉGATION

La délégation se montre favorable à l'approbation du présent projet de loi, qui assure une transposition plus littérale des directives européennes et apporte quelques compléments utiles à l'arsenal juridique de lutte contre les discriminations, notamment celles fondées sur le sexe.

Cette approbation globale est assortie de **six recommandations** inspirées principalement par le souci de rendre plus cohérent et plus intelligible notre dispositif juridique, et d'éviter que les avancées contenues dans le projet de loi s'accompagnent de régressions qui brouilleraient un signal que l'on veut positif en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes.

1. La délégation déplore que le dispositif proposé par le projet de loi risque d'ajouter à la complexité du droit français dans un domaine où il est pourtant indispensable que le droit puisse être bien compris par les justiciables. Elle invite donc le Gouvernement à améliorer la cohérence des régimes juridiques applicables et, notamment, à rechercher une meilleure harmonisation des différents critères de discrimination utilisés dans le droit français, qu'ils soient ou non issus du droit européen.

2. Préoccupée par la persistance manifeste des inégalités, notamment professionnelles et salariales, entre les femmes et les hommes, la délégation considère que les pouvoirs publics ne doivent pas borner leur ambition au perfectionnement d'un arsenal juridique de lutte contre les discriminations déjà très conséquent, mais s'attacher dorénavant à en améliorer l'application concrète.

3. La délégation estime que les notions de discrimination directe et de discrimination indirecte, telles que les définissent les directives européennes et le projet de loi, constituent un instrument juridique efficace pour la promotion d'une égalité plus réelle entre les hommes et les femmes. Elle invite cependant les pouvoirs publics à se montrer vigilants dans leur traduction concrète, de façon à conjurer certaines dérives toujours possibles, et à éviter, notamment, que les termes très généraux dans lesquels elles sont rédigées ne puissent paraître légitimer des procès d'intention.

4. La délégation considère que le dispositif actuel du code du travail, qui limite à certaines professions limitativement énumérées la possibilité d'opérer des distinctions en matière d'emploi sur le fondement de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, ne correspond pas bien aux réalités. Elle juge préférable de s'appuyer sur les principes généraux posés dans le projet de loi, en s'assurant que leur application sera bien circonscrite, sous le contrôle des tribunaux, et invite donc à abroger l'article R.123-1 du code du travail et à modifier en conséquence l'article L.123-1 qui y renvoie.

5. La délégation souhaite que l'application pratique qui sera donnée de la disposition autorisant l'organisation d'enseignements par regroupement des élèves en fonction de leur sexe ne remette pas en question l'objectif de mixité consacré par l'article L.121-1 du code de l'éducation. Elle insiste en particulier pour que celle-ci n'ait pas pour effet de compromettre, au nom de considérations religieuses ou culturelles, la bonne intégration des jeunes filles dans la vie des établissements d'enseignement, ni de paraître légitimer l'organisation d'enseignements distincts qui reproduiraient des stéréotypes sexués contre lesquels il convient au contraire de lutter.

6. La délégation demande la suppression de la disposition qui dispense le contenu des médias et de la publicité de respecter le principe de l'égalité d'accès aux biens et services. Elle considère, en effet, que cette disposition, dont le sens et la portée ne sont pas clairs, pourrait avoir pour objet ou pour effet d'autoriser des représentations de la femme discriminatoires.

EXAMEN EN DÉLÉGATION

*Sous la présidence de **Mme Gisèle Gautier**, la délégation a examiné, le mardi 1^{er} avril 2008, le rapport d'information de **Mme Christiane Hummel** sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (n° 241, 2007-2008).*

***Mme Christiane Hummel, rapporteur**, s'est tout d'abord félicitée de la saisine de la délégation par la commission des affaires sociales sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, en indiquant que même si l'objet de ce texte était très circonscrit, il portait sur un thème qui est au cœur des préoccupations de la délégation : la lutte contre les discriminations et, en particulier, celles qui sont fondées sur le sexe. Elle a noté, que parmi les cinq directives dont le projet assure ou améliore la transposition, trois d'entre elles traitaient exclusivement de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes : la directive 2002/73/CE, en matière d'accès à l'emploi, à la formation, à la promotion professionnelle et aux conditions de travail, la directive 2004/113/CE, sous l'angle de l'accès à des biens et services et de la fourniture de biens et services, et la directive 2006/54/CE en matière d'emploi. Rappelant que trois de ces directives faisaient l'objet de procédures en manquement de la part de la Commission européenne, elle a souligné que leur transposition revêtait une urgence particulière, notamment pour éviter de voir resurgir, à la veille de la présidence française de l'Union européenne, l'accusation faite à la France d'être la « lanterne rouge » de l'Europe.*

Elle a cependant regretté que, faute de temps, le sujet n'ait pas pu être suffisamment approfondi, et a signalé que cette transposition soulevait des problèmes délicats, en obligeant le législateur à tenter de concilier deux approches juridiques différentes : alors, par exemple, que le code du travail et le code pénal définissent la discrimination comme toute différence de traitement injustifiée fondée sur une liste uniforme d'une vingtaine de motifs de discrimination prohibés, le droit communautaire procède par addition de directives associant chacune un champ d'intervention spécifique - l'emploi, les avantages sociaux, ou l'accès aux biens et services - à des motifs prohibés qui varient de l'une à l'autre. Il en résulte - a-t-elle observé - un dispositif à géométrie variable, dont la conciliation avec le droit français est d'autant plus difficile que les exigences très précises formulées par la Commission européenne imposent, le plus souvent, une reprise presque littérale dans la loi française des termes utilisés par les directives.

*Puis **Mme Christiane Hummel, rapporteur**, a indiqué que, face à cette situation, le Gouvernement avait choisi, selon une démarche certes prudente et inattaquable au regard des exigences formulées par la Commission européenne, de transposer « au plus près » les directives dans une nouvelle loi, sans en intégrer les*

dispositions dans les différents codes et lois existants, ni procéder à leur harmonisation avec les dispositions en vigueur du droit français. Elle a cependant souligné que cette démarche aboutissait à une juxtaposition de mesures qui brouille la lisibilité de l'ensemble, et a évoqué la complexité qui résulterait de l'articulation des définitions européennes de la discrimination, directe ou indirecte, ou du harcèlement, avec les définitions voisines, mais non identiques, qui continueront d'exister, notamment dans notre code pénal, notre code du travail, ou le statut des différentes fonctions publiques. Elle a particulièrement regretté cette complexité dans un domaine où la loi doit être intelligible pour les victimes et proposé à la délégation d'inciter le Gouvernement, dans une première recommandation, à améliorer la cohérence des régimes juridiques applicables. Elle a ensuite suggéré d'adopter une deuxième recommandation tendant à souligner la nécessité, pour les pouvoirs publics, de ne pas se borner à perfectionner un arsenal juridique déjà bien fourni, mais de s'attacher surtout à en améliorer l'application concrète.

Le rapporteur a ensuite analysé l'introduction, dans le droit français, des définitions données par les directives des notions de discrimination directe et de discrimination indirecte qui figurent d'ores et déjà, notamment, dans notre code du travail, mais sans y être précisément définies. Elle a tout d'abord indiqué que la discrimination directe était définie, à l'article premier du projet de loi, comme la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable, en raison d'un motif prohibé, comme son sexe masculin ou féminin, « qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ». Elle a noté qu'avec cette définition, la lutte contre les discriminations pouvait s'étendre à des différences de traitement dissimulées, le cas échéant, derrière une absence de décisions positives. Elle a précisé que cette définition autorisait, en outre, la comparaison de situations présentes avec des situations passées, voire avec des situations hypothétiques, ce qui pourrait contribuer à élargir le recours à des procédures dites de « test de discrimination » (ou « testing »). A ce sujet, elle a observé que le projet de loi pourrait avoir pour effet de faire évoluer la jurisprudence française qui, actuellement, ne reconnaît la validité du « testing » que si les tests sont réalisés à partir de personnes réelles, ce que le président de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), M. Louis Schweitzer, a estimé trop restrictif au cours de son audition devant la délégation.

Puis elle a évoqué la notion de discrimination indirecte, définie comme la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique, apparemment neutre, désavantagerait particulièrement des personnes par rapport à d'autres, pour un certain nombre de motifs prohibés (le sexe ou la grossesse, par exemple), sauf à être justifiée par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires.

*De façon générale, **Mme Christiane Hummel, rapporteur**, a estimé que ces notions de discrimination directe ou indirecte constituaient des leviers bien adaptés à la promotion d'une égalité réelle entre les hommes et les femmes, en rappelant que la discrimination dont étaient victimes les femmes dans leur carrière se traduisait moins par des refus d'embauche explicites, ou des mesures directement défavorables, que par des phénomènes comme le « plafond de verre », qui freinaient insidieusement le déroulement de leur carrière et leur interdisaient l'accès aux postes supérieurs de responsabilité. Elle a d'ailleurs rappelé que M. Louis*

Schweitzer avait confirmé à la délégation que ces formes de discrimination étaient souvent si discrètes que les femmes ne pensaient pas nécessairement à s'en plaindre : à peine 3,5 % des réclamations reçues par la HALDE émanent de femmes s'estimant victimes de discrimination.

Elle a cependant proposé à la délégation d'adopter une troisième recommandation afin d'appeler l'attention sur les risques de dérives que pourrait entraîner le caractère extrêmement large des définitions reprises des directives communautaires : ainsi, l'emploi du conditionnel - « ne le serait » - dans la définition de la discrimination directe, et la référence aux effets qu'une mesure est « susceptible » d'entraîner pourraient, l'un comme l'autre, déboucher sur des procès d'intention et risquer de déconsidérer une cause, au demeurant juste et utile.

Elle a également suggéré à la délégation de préconiser, dans une quatrième recommandation, une simplification du dispositif autorisant actuellement, dans le code du travail, des différences de traitement fondées sur le sexe en matière d'emploi : plutôt que de chercher à actualiser, profession par profession, la liste des dérogations autorisées, elle a estimé préférable de modifier l'article L.123-1 du code du travail en s'appuyant sur la combinaison des deux critères - le but légitime et les moyens nécessaires et appropriés - proposés par le projet de loi, et d'abroger en conséquence l'article R.123-1 du code du travail.

Puis elle a appelé la délégation à une extrême vigilance à l'égard de deux dérogations à l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe en matière d'accès aux biens et services, qui figurent à l'article 2 du projet de loi et lui sont apparues appeler des réserves, voire des objections.

*S'agissant de la première de ces dérogations, qui permet d'organiser des enseignements en regroupant les élèves en fonction de leur sexe, **Mme Christiane Hummel, rapporteur**, tout en rappelant la nécessité de permettre le maintien d'établissements privés non mixtes ou la constitution d'équipes masculines ou féminines dans les compétitions sportives en milieu scolaire et universitaire, a proposé à la délégation d'adopter une cinquième recommandation afin de rappeler son attachement à l'objectif de mixité inscrit à l'article L.121-1 du code de l'éducation, et d'inciter le Gouvernement à veiller à ce que cette dérogation ne puisse être instrumentalisée pour remettre en question, pour des motifs culturels ou religieux, la bonne intégration des jeunes filles aux activités, notamment sportives, des établissements d'enseignement. Elle a également estimé nécessaire d'élever une mise en garde contre l'organisation d'enseignements distincts qui reproduiraient des stéréotypes sexués.*

Elle a ensuite exprimé sa perplexité quant au sens et à la portée du dernier alinéa de l'article 2 du projet de loi, aux termes duquel « le contenu des médias et de la publicité n'est pas considéré comme un accès aux biens et services, ni comme une fourniture de biens et services », au sens de la présente loi. Rappelant que M. Louis Schweitzer avait confié à la délégation que la HALDE et ses juristes s'interrogeaient également sur la signification de cet alinéa, elle a jugé cette perplexité générale peu conforme à l'exigence de clarté de la loi et craint que cette disposition n'ait pour objet plus ou moins avoué d'autoriser des représentations discriminatoires de la femme dans les médias et la publicité. Elle a appelé la délégation à adopter une

sixième recommandation afin d'exprimer ses plus expresses réserves à l'égard de cette disposition, qui semble aller à rebours des conclusions auxquelles a abouti son dernier rapport d'activité, consacré à l'image de la femme dans les médias, et dans le prolongement desquelles s'inscrit la réflexion confiée par le Gouvernement à la commission sur l'image de la femme présidée par Mme Michèle Reiser.

Mme Christiane Hummel, rapporteur, a conclu cette présentation en proposant à la délégation de donner un avis favorable à l'adoption d'un projet de loi qui devrait contribuer à faire avancer la cause de l'égalité entre les hommes et les femmes, sous réserve des recommandations dont elle venait de suggérer l'adoption.

Un débat a suivi l'exposé du rapporteur.

Après avoir félicité le rapporteur pour la clarté de son exposé, **Mme Gisèle Gautier, présidente**, s'est interrogée sur l'emploi du terme « sexe » plutôt que celui du terme « genre », dans les textes relatifs aux discriminations.

Mme Christiane Kammermann s'est associée à cette interrogation, **Mme Annie David** rappelant cependant que ce terme était d'un usage courant.

Mme Christiane Hummel, rapporteur, a alors précisé que le terme « sexe » était utilisé dans les différents textes, de droit communautaire comme de droit français, concernant les discriminations.

Interrogée ensuite par **Mme Gisèle Gautier, présidente**, sur l'articulation entre les différents critères de discrimination du droit français et du droit européen, **Mme Christiane Hummel, rapporteur**, a indiqué qu'il appartiendrait aux tribunaux de trancher au cas par cas.

Mme Gisèle Gautier, présidente, a souligné l'importance de la recommandation proposée par le rapporteur afin d'inciter le Gouvernement à veiller à améliorer l'application concrète des lois relatives à la lutte contre les discriminations.

Mme Annie David a partagé les considérations développées par le rapporteur dans son exposé introductif et a regretté le manque d'ambition du projet de loi. Elle a ajouté que le degré supplémentaire de complexité introduit par ce texte, ainsi que son absence de codification, risquait de nuire à sa lisibilité au détriment des victimes. Marquant ensuite son accord avec les principales orientations du rapport, elle a insisté sur la nécessité de préserver le principe de la mixité entre filles et garçons au sein de l'école publique laïque. Enfin, elle a partagé les préoccupations du rapporteur au sujet de la disposition du projet de loi relative à la publicité et aux médias.

Tout en rappelant l'urgence d'une adoption rapide de ce projet de loi au regard des exigences européennes, **Mme Christiane Hummel, rapporteur**, a alors estimé souhaitable que des travaux plus approfondis soient ultérieurement repris pour harmoniser le droit de la discrimination, au-delà de ce « copié-collé » des directives, imposé par l'urgence et par la précision des demandes de la Commission européenne.

Mme Annie David s'est inquiétée à nouveau des conséquences de l'exception prévue par le projet de loi concernant l'organisation des enseignements, en évoquant le risque de voir apparaître des demandes tendant à réserver des créneaux spécifiques aux filles pour des activités sportives, comme la natation par exemple.

Mme Christiane Hummel, rapporteur, a rappelé qu'interrogé à ce sujet, M. Louis Schweitzer, président de la HALDE, avait fait observer que la séparation entre filles et garçons devait être autorisée pour la constitution d'équipes de sport en milieu scolaire ou universitaire, mais qu'elle proposait à la délégation d'adopter une recommandation afin d'appeler à une grande vigilance sur l'application de la disposition du projet de loi tendant à autoriser l'organisation de certains enseignements en regroupant les élèves en fonction de leur sexe.

En réponse à une observation de *Mme Mugnette Dini* au sujet de la disposition du projet de loi relative à la publicité et aux médias, *Mme Christiane Hummel, rapporteur*, a estimé que le principe de la liberté d'expression devait être concilié avec celui du respect de la dignité de la personne humaine.

Mme Gisèle Gautier, présidente, a alors rappelé que c'était à la suite des travaux de la délégation relatifs à l'image de la femme dans les médias que le Gouvernement avait décidé la création d'une commission de réflexion sur cette question.

Puis la *délégation a adopté à l'unanimité le rapport d'information présenté par Mme Christiane Hummel*, ainsi que les *six recommandations*.

ANNEXES

- **Annexe 1** : Lettre de saisine du président de la commission des Affaires sociales

- **Annexe 2** : compte rendu de l'audition de M. Louis Schweitzer, président de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE)

ANNEXE N° 1

—

**Lettre de saisine du président
de la commission des affaires sociales**

—

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E



COMMISSION
DES
AFFAIRES SOCIALES

LE PRÉSIDENT

Madame Gisèle GAUTIER
Présidente de la délégation parlementaire
aux droits des femmes et à l'égalité des
chances entre les hommes et les femmes
PALAIS DU LUXEMBOURG

Paris, le 26 mars 2008

Réf. : S/2008/080/12

Madame la Présidente,

Au cours de sa réunion du mercredi 26 mars, la commission des affaires sociales a décidé, sur ma proposition, de saisir la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (AN n° 514, XIII^e législature).

Conformément aux dispositions du paragraphe III de l'article 6 *septies* de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, et sans préjudice des compétences de notre commission saisie au fond de ce projet de loi, il nous serait très utile de recueillir votre avis sur les conséquences de ce texte sur les droits des femmes et sur l'égalité des chances entre les hommes et les femmes.

Je vous prie de croire, Madame la Présidente, à l'assurance de mes respectueux hommages.

Cordialement
A handwritten signature in black ink, appearing to read "Nicolas ABOUT".

Nicolas ABOUT

ANNEXE N° 2

**Compte rendu de l'audition de M. Louis Schweitzer,
président de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations
et pour l'égalité (HALDE)**

**Audition de M. Louis Schweitzer,
président de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations
et pour l'égalité (HALDE)**

(25 mars 2008)

Présidence de **Mme Gisèle Gautier, présidente**

M. Louis Schweitzer a d'abord présenté la HALDE : une autorité administrative indépendante, animée par un collège de onze personnalités, et dont l'intitulé indique bien sa double vocation : la lutte contre les discriminations d'une part, et la promotion de l'égalité, de l'autre.

Il a indiqué que la HALDE avait, dans son action, d'abord privilégié le traitement des réclamations qu'elle est habilitée à recevoir de toute personne qui s'estime victime d'une discrimination, car toute discrimination constitue une forme d'injustice contre laquelle il est important qu'existe un recours. Tout en notant que la discrimination constituait bien un délit, il a relevé que ce délit restait malgré tout peu puni : à peine une douzaine de condamnations par an, cette situation ne provenant pas tant d'une complexité supposée de la loi - le code pénal définit assez clairement les 18 critères de détermination de ce délit - que de la difficulté d'en apporter la preuve devant les tribunaux.

En outre, a insisté **M. Louis Schweitzer**, le traitement de 7 000 réclamations par la HALDE en 2007 lui assure la garantie d'une perception très concrète des réalités de la discrimination.

Quant au second objectif, la promotion de l'égalité, la HALDE le poursuit à travers la diffusion de bonnes pratiques dans trois domaines : le logement, l'emploi et l'éducation. Au titre de cette mission, elle a été saisie pour avis par le Gouvernement du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, sur lequel **M. Louis Schweitzer** s'est déclaré prêt à répondre aux questions des membres de la délégation.

En réponse à **Mme Christiane Hummel, rapporteur**, sur la proportion de réclamations adressées à la HALDE qui émanaient de femmes, notamment en matière de discriminations fondées sur le sexe, **M. Louis Schweitzer** a précisé que, tous critères de discrimination confondus, les auteurs de saisines étaient à 60 % des hommes et à 40 % des femmes, et que cette proportion se retrouvait, mais inversée, pour les saisines portant sur la discrimination fondée sur le sexe, ou, comme on le dit aussi, sur le genre. Les réclamations fondées sur le sexe ne représentent, avec 655 réclamations sur un total de 11 500, qu'un peu moins de 6 % de l'ensemble. Les saisines émanant de femmes s'estimant défavorisées pour des raisons liées à leur sexe sont bien minoritaires : à peine 3,5 % du total des réclamations reçues.

Compte tenu de l'écart persistant des rémunérations moyennes entre les femmes et les hommes, qui est une réalité de fait en France, il a estimé que cette différence de traitement s'expliquait par la conjugaison de trois raisons : tout

d'abord, l'éducation et les diplômes, car les femmes étaient orientées vers des formations débouchant sur des emplois moins bien rémunérés ; la répartition inégale des tâches au sein des familles, qui rejaillit sur le type d'emploi recherché ; enfin, l'attitude différente des entreprises à l'égard de leurs salariés, selon qu'ils sont du sexe masculin ou féminin. Il a noté que, seul, ce troisième paramètre était susceptible de faire l'objet d'une réclamation légitime.

D'une façon générale, il a estimé que les femmes étaient davantage victimes de discriminations au cours de leur carrière, le phénomène du « plafond de verre » les freinant dans l'accès aux hautes responsabilités, qu'en matière d'embauche, où les recours étaient plus faciles à former.

Répondant ensuite à **Mme Christiane Hummel, rapporteur**, qui souhaitait savoir si la HALDE était également amenée à connaître de cas de harcèlement moral et de harcèlement sexuel, **M. Louis Schweitzer** a confirmé que la HALDE était, d'une façon générale, compétente dès lors que l'un de ces agissements était lié à un motif de discrimination ; il a précisé que si le harcèlement sexuel était par nature discriminatoire, le harcèlement moral ne l'était en revanche pas toujours.

Il a jugé positives les dispositions du projet de loi relatives au harcèlement, estimant qu'elles contribueraient à une amélioration de notre dispositif juridique.

Mme Christiane Hummel, rapporteur, a relevé que, contrairement au droit national actuellement en vigueur, qui exige une pluralité d'actes pour que le harcèlement moral et le harcèlement sexuel soient constitués, le projet de loi, suivant en cela les définitions inscrites dans les directives, prévoyait qu'un acte unique, certes d'une particulière gravité, puisse être constitutif d'une infraction assimilée à une discrimination. Elle a souhaité connaître l'appréciation portée par le président de la HALDE sur cette évolution.

M. Louis Schweitzer a estimé, même dans des cas de harcèlement caractérisé, se traduisant par une situation de dévalorisation manifeste du salarié, qu'il était souvent difficile d'apporter une preuve judiciairement recevable de plusieurs agissements incriminés. Compte tenu des difficultés inhérentes à la réunion de preuves, il a jugé que le projet de loi constituait un progrès dans la mesure où il ne serait plus nécessaire de démontrer des actes répétés pour apporter la preuve d'un harcèlement discriminatoire, tout en rappelant qu'un acte isolé ne constituait pas forcément à lui seul un harcèlement. Il a précisé de nouveau qu'au titre de la loi, un harcèlement ne pouvait être considéré comme discriminatoire que s'il était lié à un motif prohibé.

Mme Christiane Hummel, rapporteur, s'est alarmée des conséquences de l'avant-dernier alinéa de l'article 2 du projet de loi, qui tend à autoriser l'organisation d'enseignements en regroupant les élèves par sexe, redoutant que son application, par exemple en matière d'activités sportives, comme la natation, n'aille à l'encontre des politiques d'intégration, ou qu'elle ne contribue d'une façon plus générale à renforcer certains stéréotypes, comme ceux qui voudraient que la couture fût l'apanage des jeunes filles, quand bien même l'existence de grands couturiers s'inscrirait en faux contre ces idées reçues.

M. Louis Schweitzer s'est demandé si le principe de mixité était aussi absolu qu'on pouvait l'imaginer dans le système français d'éducation, relevant que, par exemple, dans le secteur privé, certains établissements étaient réservés à des élèves d'un même sexe. Il a estimé, en conséquence, que la mention de cette possibilité dans la loi ne changerait sans doute pas grand-chose à l'état actuel du droit positif. Il a jugé que la constitution, dans certains établissements d'enseignement, d'équipes sportives masculines ou féminines n'était pas, en soi, constitutive de discrimination, tout en distinguant bien ces pratiques largement admises des demandes, auxquelles sont confrontées certaines communes, tendant à ce que des créneaux horaires spécifiques soient réservés aux femmes pour l'accès à certains lieux publics comme les piscines.

En réponse à **Mme Christiane Hummel, rapporteur**, qui l'interrogeait sur les problèmes juridiques susceptibles de résulter de l'absence de codification des dispositions des cinq premiers articles du projet de loi, qui n'ont vocation à se rattacher à aucun des grands corpus juridiques existants (tels que le code du travail, la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, ou le code pénal), **M. Louis Schweitzer** est convenu qu'il s'agissait là d'un réel problème, regrettant que le Gouvernement ait fait le choix d'une transposition en droit français au plus près des définitions données par les directives, certes inattaquable au regard des exigences formulées par la Commission européenne, plutôt que de se livrer à un travail d'harmonisation, qui aurait donné plus de cohérence à un ensemble dans lequel, parfois, même entre le code pénal et le code du travail, les critères diffèrent quelque peu. A titre d'illustration, il a cité l'apparence physique, qui constitue un motif de discrimination prohibé par le droit français, mais non par les directives européennes. Il a déploré la complexité d'un système dans lequel les règles applicables varieraient en fonction du motif de la discrimination, au risque de dérouter les justiciables, estimant qu'un effort d'harmonisation et de codification aurait été bienvenu.

Abondant dans le sens de **Mme Christiane Hummel, rapporteur**, qui relevait que les critères de discrimination visés par le deuxième et le troisième alinéas de l'article 2 du projet de loi différaient largement, **M. Louis Schweitzer** a estimé que ces différences tenaient au fait que chacun de ces alinéas constituait la transposition d'une directive différente, et regretté que ces dispositions ne soient pas organisées d'une manière plus simple.

Répondant à **Mme Catherine Procaccia**, il s'est prononcé en faveur d'une amélioration de la cohérence des définitions et des critères de discrimination.

Mme Christiane Hummel, rapporteur, s'est demandé si les critères généraux auxquels le projet de loi propose de subordonner les exceptions faites au principe de non discrimination ne devraient pas conduire à réformer l'article R.123-1 du code du travail, qui dresse une liste limitative des professions pour lesquelles une discrimination fondée sur le sexe est autorisée, et qui ne vise actuellement que les artistes, les modèles et les mannequins.

M. Louis Schweitzer est convenu qu'en effet le droit du travail français n'admettait actuellement que très peu d'exceptions au principe de non-discrimination, et que cette conception très restrictive pouvait aboutir à des situations

difficiles à gérer, des considérations parfaitement justifiables risquant ainsi de se trouver en marge du droit, comme par exemple le recrutement, dans les départements concordataires, de ministres du culte sur un critère de religion, ou le choix d'un comédien en fonction de critères d'âge ou d'apparence physique. Il a jugé que les principes généraux posés dans le projet de loi constituaient une avancée positive, à condition de faire l'objet d'une application bien circonscrite sous le contrôle des tribunaux, cette solution devant être préférée à celle qui consisterait à prétendre faire la liste, profession par profession, des exceptions autorisées.

Mme Christiane Hummel, rapporteur, s'est demandé si la définition de la discrimination donnée par l'article premier du projet de loi, en ouvrant la voie à des comparaisons hypothétiques, comme le marque l'emploi du conditionnel, ne risquait pas de favoriser des « procès d'intention ».

M. Louis Schweitzer a estimé que les comparaisons hypothétiques constituaient bien souvent le seul moyen d'apporter la preuve d'une situation de discrimination, compte tenu de la difficulté de disposer, à un moment donné, de deux candidatures réelles ou de personnes dans des situations véritablement comparables, l'une étant susceptible d'être discriminée et l'autre non.

Par ailleurs, il a fait observer que la formulation du code pénal français, en sanctionnant toute différence de traitement, interdisait de prendre des mesures de discrimination positive.

Mme Christiane Hummel, rapporteur, a demandé à M. Louis Schweitzer s'il jugeait souhaitable d'étendre la possibilité de saisir les tribunaux, actuellement réservée aux associations de lutte contre les discriminations constituées depuis au moins cinq ans, à des associations qui seraient habilitées à cette fin, après avis de la HALDE.

M. Louis Schweitzer a rappelé que le droit français encadrait strictement la possibilité d'intervention des associations et syndicats devant les juridictions : les associations de lutte contre les discriminations ne peuvent se porter partie civile qu'avec l'assentiment de la personne concernée ou, en ce qui concerne les syndicats, son absence d'opposition. Il a d'ailleurs constaté que peu d'associations, au demeurant toujours anciennes, avaient l'habitude d'agir en justice ou de saisir la HALDE, cette situation ne lui paraissant pas, en soi, préoccupante, compte tenu de la possibilité pour la HALDE de s'autosaisir.

Il a ensuite précisé à **Mme Christiane Hummel, rapporteur**, que les dispositions de l'article 5, qui confirment que les dispositions du projet de loi s'appliqueraient aussi aux personnes exerçant une activité professionnelle indépendante, ne modifiaient pas fondamentalement le droit positif actuel, mais avaient pour objet d'éviter que le recours à des procédés tels que les rétrocessions d'honoraires, qui ne sont pas couverts par le code du travail et qui sont souvent des formes de salariat déguisé, ne permette de contourner le principe de non-discrimination.

Mme Gisèle Gautier, présidente, s'est alarmée de la portée du dernier alinéa de l'article 2 du projet de loi, qui paraît exonérer le contenu des médias et la publicité de l'application des règles de non-discrimination.

M. Louis Schweitzer a indiqué que le collège de la HALDE partageait cette préoccupation et que le sens véritable de cette disposition du projet de loi restait obscur, même aux yeux des hauts magistrats représentés au collège de la HALDE, tout comme à ceux de son service juridique, ce qui est, en soi, peu rassurant au regard de l'exigence de clarté de la loi pour les justiciables. Il a signalé que la HALDE avait évoqué ce problème dans l'avis qu'elle avait rendu au Gouvernement, mais que celui-ci n'avait pas tenu compte de ses observations à ce sujet.

Après avoir elle aussi exprimé sa perplexité sur cette disposition du projet de loi relative aux médias et à la publicité, **Mme Catherine Procaccia** s'est interrogée sur les éventuelles incidences de la disposition législative relative au curriculum vitae (CV) anonyme, dont elle a rappelé qu'elle n'était toujours pas applicable. Elle s'est également interrogée sur la croyance, encore généralement répandue, selon laquelle le harcèlement au travail ne pouvait être sanctionné que s'il émanait d'un supérieur hiérarchique.

Revenant sur la portée de la disposition du projet de loi prévoyant une dérogation en faveur de la publicité, **M. Louis Schweitzer** a indiqué que si cette disposition devait aboutir à reconnaître un droit à procéder à des discriminations dans le contenu des annonces publicitaires, la HALDE ne pourrait alors qu'y être défavorable.

Il a rappelé que la disposition relative au CV anonyme adoptée dans le cadre de la loi du 31 mars 2006 sur l'égalité des chances était parfaitement claire, mais que le décret nécessaire à son application n'avait pas encore été pris. Exprimant le sentiment de la HALDE dans ce domaine, il a estimé que le CV anonyme ne constituait pas un remède miracle, mais un instrument efficace, d'ailleurs utilisé par cette autorité administrative elle-même à l'occasion de ses recrutements.

Il a ensuite précisé que le harcèlement n'impliquait un lien hiérarchique que dans le droit antérieur, lorsqu'il était fondé sur la notion d'abus de pouvoir, mais qu'en l'état actuel du droit, il pouvait être désormais indifféremment le fait d'un supérieur, d'un subordonné ou d'un collègue.

En réponse à une remarque de **Mme Gisèle Gautier, présidente**, sur l'opportunité de prévoir une aggravation des peines applicables aux auteurs de harcèlement se trouvant dans une situation d'autorité hiérarchique, il a fait observer que les rares peines effectivement prononcées demeuraient bien en deçà du maximum légal et a souligné que la HALDE préférerait s'attacher de manière prioritaire à faire appliquer la loi existante.

Puis, interrogé par **Mme Christiane Hummel, rapporteur**, sur les éventuelles améliorations au projet de loi préconisées par la HALDE, **M. Louis Schweitzer** a indiqué que cette autorité administrative indépendante avait souhaité, tout d'abord, une meilleure harmonisation des différents critères de discrimination utilisés dans le droit français et le droit européen, ensuite, une codification de la

partie non pénale des textes pour mieux les articuler et une extension explicite de l'application du principe de non-discrimination aux statuts applicables aux militaires et à toutes les catégories d'agents publics, non couverts par le code du travail.

Il a enfin préconisé de saisir l'occasion de l'examen de ce texte pour apporter deux principales améliorations aux pouvoirs de la HALDE. En premier lieu, évoquant la difficulté d'établir la preuve des discriminations et la limitation actuelle des pouvoirs d'enquête de la HALDE encore trop dépendante, dans bien des cas, du bon vouloir de ses interlocuteurs, il a suggéré l'institution d'un délit d'entrave à son action. Puis il a rappelé que les visites effectuées par la HALDE dans les locaux professionnels nécessitaient l'accord des personnes visitées : ainsi, en pratique, les visites sur place sont parfois refusées ou reportées à un délai éloigné, ce qui en réduit considérablement l'efficacité. L'expérience montrant qu'il ne s'agissait pas d'un domaine d'action privilégié par la justice et la police, il en a déduit qu'il convenait d'améliorer la capacité d'investigation de la HALDE, non seulement par la définition d'un délit d'entrave, mais encore par l'autorisation des visites sur place dans les locaux professionnels sans l'accord des intéressés.

Il a également rappelé que la HALDE avait suggéré que les tests de discrimination puissent aboutir à des sanctions, même lorsqu'il n'y a pas de victime identifiée. Il a cité le cas de l'accès au logement, en estimant qu'une personne d'origine africaine avait neuf fois moins de chances d'obtenir un logement qu'une personne d'origine métropolitaine. Il a regretté que les tests effectués par la HALDE à partir de candidatures fictives n'aient pas valeur légale et que, seuls, les tests réalisés à partir de victimes réelles aient force probante devant les tribunaux. Or, a-t-il observé en prenant l'exemple du code de la route, en matière de tests d'alcoolémie, les sanctions sont appliquées même en l'absence d'une « victime réelle » de la circulation.

Rappelant que le droit de certains États européens voisins retenait le critère de l'origine sociale, ou de l'état de fortune, au titre de la discrimination, il s'est montré réservé sur l'éventuelle intégration de ces critères dans le droit français, faisant observer par exemple que l'attribution des bourses en fonction des ressources financières des étudiants, au demeurant pleinement justifiée, pourrait être contestée sur la base d'un tel dispositif.

En définitive, il a estimé que ce projet de loi permettait une mise en concordance avec le droit européen, mais risquait d'ajouter de la complexité au droit français, dans un domaine où il est pourtant indispensable que le droit puisse être bien compris des justiciables.

Mme Gisèle Gautier, présidente, s'est demandé si ces nouvelles dispositions n'entraîneraient pas une extension du champ d'intervention de la HALDE.

M. Louis Schweitzer a alors rappelé que la loi française définissait d'ores et déjà très largement la notion de discrimination, que les critères qu'elle retenait étaient plus nombreux que les critères contenus dans les directives européennes et que la définition de la discrimination donnée par le code pénal était très large et générale : le projet de loi ne serait donc pas de nature à élargir les compétences de la

HALDE, à l'exception de la mesure tendant à définir le harcèlement comme une situation, plus que comme une succession d'actes.

Mme Odette Terrade s'est demandé s'il ne conviendrait pas de consacrer plus de moyens à mieux faire connaître la HALDE, compte tenu du nombre encore limité de saisines, notamment en matière de discrimination salariale.

Approuvant ce propos, **M. Louis Schweitzer** a évoqué le coût élevé des campagnes de communication. Puis il a rappelé que, selon les résultats d'un sondage, la « notoriété assistée » de la HALDE était de 36 % en moyenne, la connaissance de cette institution étant probablement encore moins répandue parmi les populations les plus exposées à la discrimination. Il a observé que certaines victimes n'osaient d'ailleurs pas saisir la HALDE parce qu'elles n'avaient pas conscience de subir une discrimination juridiquement bien définie. A cet égard, il a indiqué que, selon certains sondages, de nombreuses femmes avaient le sentiment d'être « moins bien traitées » que les hommes, sans pour autant penser subir des « discriminations ». Il a alors souhaité que se développent les réclamations qui, lorsqu'elles peuvent être prises en considération, ont le mérite de prévenir d'éventuelles explosions de mécontentement, des gâchis de compétences et des phénomènes de résignation, nuisibles à l'efficacité économique et sociale.

Interrogé par **Mme Catherine Procaccia** sur la possibilité de saisir l'Inspection du travail et sur les moyens d'action supplémentaires à accorder à la HALDE, **M. Louis Schweitzer** a évoqué la collaboration de la HALDE avec les inspecteurs du travail, tout en estimant que la lutte contre les discriminations ne faisait pas nécessairement partie des priorités de ces derniers. Enfin, il a fait observer que les moyens juridiques supplémentaires dont souhaitait bénéficier la HALDE lui permettraient de gagner du temps dans son activité quotidienne et ne se traduiraient donc pas par des demandes de recrutements supplémentaires.