

<p>Brèves remarques concernant le projet de loi relatif à la « lutte contre les discriminations »</p>

A la suite de procédures engagées par la Commission européenne à l'encontre de la France concernant les directives sur les discriminations (directives 2000/43 – « discrimination raciale », 2000/78 « cadre général » et 2000/73 « égalité femmes-hommes »), le gouvernement français a élaboré un avant-projet de loi permettant également la transposition d'autres directives (2006/54 « directive consolidée femmes-hommes » et 2004/113 « égalité femmes-hommes en dehors de l'emploi »). Celui-ci a été présenté à plusieurs instances (le 30 octobre, à la sous-commission de l'extension de la Commission nationale de la négociation collective ; le 5 novembre, au Conseil supérieur de l'égalité professionnelle).

Ce texte a été présenté par le ministre du travail en conseil des ministres le 19 décembre 2007.

Ce texte modifierait d'une part, la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 renommée « Loi relative aux discriminations et portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », et, d'autre part, plusieurs dispositions de Codes (du travail, pénal et de la mutualité). Ce mode de transposition rend la lecture du droit applicable difficile pour les non spécialistes (une transposition des dispositions concernées dans le nouveau Code du travail, applicable au 1^{er} mai 2008, serait préférable).

Ce projet de loi, s'il devrait permettre sur certaines questions au droit français d'être plus performant, n'est, cependant, au plan juridique, pas satisfaisant sur plusieurs points.

Article 1^{er} du projet (loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004)

1. Titre préliminaire :

Il serait juridiquement préférable de parler des « règles de non discrimination » (plutôt que d'un « principe d'égalité de traitement »).

2. Article 1^{er} : définition de la discrimination

La définition de la discrimination directe a été complétée par les termes : « *qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait* ». Le projet de loi n'est plus en retrait sur les dispositions des directives et les solutions de la jurisprudence communautaire.

3. Article 1-1-II : discrimination en matière d'affiliation

Quand l'origine est citée, il convient de viser également l'origine « sociale » (le projet se limite à « l'origine nationale »), conformément aux textes internationaux ratifiés par la France.

4. Article 1-1-III : discrimination sexuelle dans l'accès aux biens et services

Les discriminations sexuelles se nourrissent de représentations stéréotypées et parfois sexistes véhiculées dans le « contenu des médias et de la publicité ».

Le projet exclut l'application des règles de non discrimination dans ce cadre, ce qui est très contestable et en retrait avec des dispositions conventionnelles applicables (cf. notamment l'Accord national interprofessionnel du 1^{er} mars 2004).

5. Article 1-2 : actions positives

Le projet ne prévoit pas la possibilité d'actions positives au regard de « l'origine sociale ».

6. Article 1-3 : protection de l'action en justice

Le projet ajoute la notion de « *bonne foi* » au texte protégeant contre les actes de représailles les personnes ayant témoigné en justice : cet ajout en réduit la portée et est incohérent avec le texte existant dans le Code du travail (L. 123-6).

7. Article 1-5 : régime probatoire

Le projet revient sur l'aménagement de la charge de la preuve de la discrimination. Il est incohérent avec le texte existant (art. L.122-45 du Code du travail). Il prévoit que la personne qui s'estime victime d'une discrimination « *établit* »... (le texte revient sur la loi du 16 novembre 2001 indiquant que la personne « *présente* »...). Le maintien de la coexistence de plusieurs régimes probatoires suivant le terrain (emploi ou accès aux biens) n'est pas satisfaisant.

Article 2 du projet (Code du travail)

8. Article I. - 2° et II. - 3° : « dérogations » à l'application du texte interdisant la discrimination

Là réside sans doute le point le plus discutable du projet.

L'introduction, par le projet, de manière générale, sans liste ni définition limitative, du concept « *d'exigence professionnelle essentielle et déterminante* » est de nature à remettre en cause la reconnaissance de certaines discriminations et l'application du droit. Un tel texte si peu encadré constituerait un cheval de Troie dans le dispositif légal actuel.

En effet, d'une part, une telle modification affaiblirait considérablement le concept de discrimination. Le projet en l'état pourrait permettre à tous les stéréotypes (sexuels, raciaux, liés à l'orientation sexuelle, à l'âge ou au handicap, etc.) de se manifester et de limiter la portée effective du droit.

Et, d'autre part, cette modification générerait de nouvelles difficultés dans les procédures contentieuses, en risquant de permettre, dans de nombreuses affaires, un débat préalable sur l'existence d'une éventuelle « *exigence professionnelle essentielle et déterminante* » permettant d'écarter l'application du texte interdisant telle ou telle discrimination.

Une telle transposition de dispositions des directives en la matière n'est pas exigée de manière aussi générale et imprécise par le droit communautaire.

Le projet est également critiquable en ce sens qu'il s'appliquerait également aux discriminations indirectes et pas seulement aux discriminations directes.

9. Article I. - 3° et II. - 4° : « dérogations » à l'application du texte interdisant la discrimination liée à l'âge

Le projet abandonne les exigences de justification et de proportionnalité figurant dans le texte actuel. Cette modification, avec le maintien du terme « *notamment* », risque fortement là encore de permettre la multiplication des cas de « dérogations » et par conséquent la limitation de la portée du texte.

Paris, le 20 décembre 2007,

Michel Miné,

Professeur de droit du travail au CNAM (Chaire de droit social).