

N° 72

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2008-2009

Annexe au procès-verbal de la séance du 30 octobre 2008

RAPPORT

FAIT

au nom de la commission des Affaires sociales (1) sur la proposition de résolution présentée en application de l'article 73 bis du Règlement, par Mmes Muguette DINI, Jacqueline ALQUIER, Brigitte BOUT, Annie DAVID, Annie JARRAUD-VERGNOLLE, Gisèle PRINTZ, Catherine PROCACCIA, MM. Nicolas ABOUT, Jean BOYER et Guy FISCHER sur la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (E 3918),

Par Mme Muguette DINI,

Sénatrice

(1) Cette commission est composée de : M. Nicolas About, président ; Mme Isabelle Debré, M. Gilbert Barbier, Mme Annie David, M. Gérard Dériot, Mmes Annie Jarraud-Vergnolle, Raymonde Le Texier, Catherine Procaccia, M. Jean-Marie Vanlerenberghe, vice-présidents ; MM. François Autain, Paul Blanc, Mme Muguette Dini, M. Jean-Marc Juillard, Mmes Gisèle Printz, Patricia Schillinger, secrétaires ; Mmes Jacqueline Alquier, Brigitte Bout, M. Jean Boyer, Mme Claire-Lise Campion, MM. Jean-Pierre Cantegrit, Bernard Cazeau, Mme Jacqueline Chevé, M. Yves Daudigny, Mme Christiane Demontès, M. Jean Desessard, Mmes Sylvie Desmarescaux, Bernadette Dupont, M. Guy Fischer, Mme Samia Ghali, MM. Bruno Gilles, Jacques Gillot, Mme Colette Giudicelli, MM. Jean-Pierre Godefroy, Alain Gournac, Mmes Sylvie Goy-Chavent, Françoise Henneron, Marie-Thérèse Hermange, Gélita Hoarau, M. Claude Jeannerot, Mme Christiane Kammermann, MM. Marc Laménie, Serge Larcher, André Lardeux, Dominique Leclerc, Jacky Le Menn, Jean-François Mayet, Alain Milon, Mmes Isabelle Pasquet, Anne-Marie Payet, M. Louis Pinton, Mmes Janine Rozier, Michèle San Vicente-Baudrin, MM. René Teulade, Alain Vasselle, François Vendasi, René Vestri.

Voir le(s) numéro(s) :

Sénat : 58 (2008-2009)

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
AVANT-PROPOS	5
I. LA PROPOSITION DE DIRECTIVE	7
1. <i>Le contexte juridique</i>	7
2. <i>Le contenu du texte</i>	7
II. LES CRITIQUES FORMULÉES PAR LA PROPOSITION DE RÉOLUTION	9
1. <i>Un dispositif inégalement protecteur</i>	9
2. <i>Une démarche communautariste</i>	10
3. <i>Le risque d'entraîner des procès d'intention</i>	11
4. <i>Un mécanisme inefficace dans la lutte contre les discriminations à l'égard des personnes handicapées</i>	12
5. <i>Une ambiguïté dans la définition du droit d'accès à la procréation médicalement assistée</i>	14
III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION	16
PROPOSITION DE RÉOLUTION	19
TRAVAUX DE LA COMMISSION	23

Mesdames, Messieurs,

En vertu de l'article 13 du traité instituant la Communauté européenne¹, le Conseil de l'Union européenne peut adopter des directives relatives à la mise en œuvre de l'égalité de traitement et à la lutte contre les discriminations.

Sur ce fondement, la Commission européenne a présenté au Conseil, le 2 juillet dernier, une proposition de directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle. Celle-ci concerne les domaines de la protection sociale, les avantages sociaux, l'éducation, l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et services mis à la disposition du public, y compris en matière de logement.

A l'occasion de l'examen du projet de loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, la commission des affaires sociales avait fait part de l'inquiétude que lui inspiraient certaines dispositions des directives à transposer. Plusieurs lui paraissaient en effet difficilement compatibles avec des principes de droit fondamentaux². Il n'était évidemment plus possible d'intervenir dans le corps des textes à ce stade de la procédure.

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

² Rapport n° 253 (2007-2008) de Mugette Dini, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 2 avril 2008.

Tel n'est pas le cas ici : la commission a été saisie d'une proposition de résolution faisant état d'un certain nombre de préoccupations relatives à la directive antidiscrimination en cours de discussion¹.

Tirant les leçons du printemps dernier, les auteurs de cette proposition de résolution souhaitent que le Sénat intervienne en amont pour influencer les négociations avant que le texte ne soit définitivement adopté au niveau communautaire.

¹ Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (E 3918), présentée par la Commission européenne le 2 juillet 2008.

I. LA PROPOSITION DE DIRECTIVE

1. Le contexte juridique

La proposition de directive en cours d'élaboration intervient après l'adoption de six directives successives relatives à l'égalité de traitement :

- la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 concerne l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès à l'emploi, à la formation, la promotion professionnelle et les conditions de travail ;

- la directive 2000/43 du 29 juin 2000 se rapporte à l'égalité de traitement entre les personnes, sans distinction de race ou d'origine ethnique dans l'accès à l'emploi, à la formation professionnelle, l'affiliation à une organisation syndicale, la protection sociale, les avantages sociaux, l'éducation et l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services ;

- la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 pose le cadre général de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

- la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifie la directive 76/207/CEE ;

- la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 met 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 ;

- enfin, la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 rénove le dispositif juridique relatif à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

2. Le contenu du texte

Cette nouvelle directive viendrait compléter un dispositif déjà solide par la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes, sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle dans les domaines la protection sociale, les avantages sociaux, l'éducation, l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services.

L'article 1 précise l'objet de la directive.

L'article 2 reprend les définitions de la discrimination directe, de la discrimination indirecte et du harcèlement, qui sont communes à l'ensemble des directives antidiscrimination.

L'article 3 définit le champ d'application. Il précise que la directive n'a pas d'incidence sur les législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial et aux droits en matière de procréation. De plus, elle ne remet en cause ni les responsabilités des Etats membres en matière d'éducation, ni la laïcité de l'Etat et le statut des Eglises dans chacun des Etats membres.

L'article 4 est spécifique à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées. Il dispose que *« sont prévues de manière anticipative [...] les mesures nécessaires pour permettre aux personnes handicapées de jouir d'un accès effectif et non discriminatoire à la protection sociale, aux avantages sociaux, aux soins de santé et à l'éducation, ainsi que de l'accès aux biens et services et la fourniture des biens et services mis à la disposition du public, y compris en matière de logement et de transports »*. Par ailleurs, *« sans préjudice de l'obligation d'assurer un accès effectif et non discriminatoire et si un cas particulier le requiert, des aménagements raisonnables devront être effectués à moins que cette obligation ne représente une charge disproportionnée »*.

Enfin, **les articles 5 à 16** sont également communs à l'ensemble des directives antidiscrimination. Ils prévoient notamment la possibilité de mettre en œuvre des différences de traitement en faveur des minorités concernées par la directive (article 5) et l'inversion de la charge de la preuve dans les litiges relatifs aux discriminations (article 8).

II. LES CRITIQUES FORMULÉES PAR LA PROPOSITION DE RÉSOLUTION

La proposition de résolution émet cinq réserves fondamentales à l'égard du texte de la future directive.

1. Un dispositif inégalement protecteur

La proposition de résolution reproche à la directive d'introduire une confusion entre discrimination et inégalité de traitement. Or, ces deux concepts sont, selon elle, clairement distincts :

- **la discrimination** est l'intention de nuire à une personne en raison d'une ou plusieurs de ses caractéristiques : son âge, son handicap, son sexe, son orientation sexuelle, son origine ethnique réelle ou supposée ;

- **l'inégalité de traitement** est un constat empirique : une ou des personnes sont moins bien traitées que d'autres placées dans une situation identique.

Une inégalité de traitement peut donc se produire sans constituer une discrimination. La proposition de résolution le démontre grâce à l'exemple suivant : si un régime d'assurance maladie applique le même taux de cotisation à tous les salariés adhérents mais ne rembourse certains frais dentaires qu'aux salariés à temps complet, il applique une inégalité de traitement entre ces salariés et les autres. On ne peut pas cependant la qualifier de discrimination : le régime ne cherche pas à défavoriser les salariés à temps partiel en raison de leurs caractéristiques personnelles particulières¹ puisqu'ils seront tous également victimes de l'inégalité de traitement.

Cet exemple révèle que le présupposé de la directive, selon lequel l'égalité de traitement est respectée si aucune discrimination ne se produit, est faux : une personne peut bien subir une inégalité de traitement sans être pour autant victime d'une discrimination.

Pour protéger la totalité des citoyens, il est donc nécessaire de poser un principe d'égalité de traitement que chacun peut invoquer, quelle que soit sa situation personnelle. Or, en n'interdisant qu'un nombre limité de discriminations, la proposition de directive reste peu protectrice, car destinée à un nombre restreint de personnes, et injuste, car face à la même inégalité, elle ne protégera que certaines personnes et pas d'autres.

¹ A moins qu'ils ne soient tous d'une orientation sexuelle ou d'une confession religieuse, auquel cas la discrimination serait évidemment caractérisée !

2. Une démarche communautariste

Selon la proposition de résolution, la lutte contre les discriminations peut théoriquement emprunter au moins deux voies juridiques : celle de l'universalisme ou celle du communautarisme, chacune défendant une certaine conception de la société, comme le montre l'exemple suivant.

Lorsqu'une personne utilise un service public, si elle estime qu'elle n'est pas traitée de la même manière que les autres, elle peut faire cesser l'injustice de deux façons. Soit elle choisit d'insister sur ses différences (origine, orientation sexuelle, convictions religieuses...) et considère que celles-ci sont la cause de la discrimination dont elle se dit victime. Soit elle ne se prévaut pas de ces différences et fait valoir le principe d'égalité devant le service public, en vertu duquel les citoyens placés dans une situation identique doivent être traités de la même manière.

Les deux démarches aboutissent certes au même résultat, mais l'état d'esprit qui les sous-tend et ses effets sur les rapports sociaux sont totalement opposés. D'un côté, le droit insiste sur les différences et conduit les personnes à se positionner en victimes, de l'autre, il encourage à s'appuyer sur un principe commun et favorise une posture positive et constructive. Derrière cette question juridique se profile une interrogation de fond : dans le combat contre les discriminations, veut-on inciter au repli sur soi, à l'excitation des identités particulières, ou veut-on faire valoir des valeurs et des principes communs ?

La proposition de résolution considère que la future directive relève d'une inspiration communautariste qui transparaîtrait au moins sur deux points : l'absence d'un principe général d'égalité de traitement et la définition de la discrimination indirecte.

L'absence d'un principe général d'égalité de traitement obligerait les citoyens de l'Union à emprunter la voie communautariste. En effet, en l'absence d'un tel principe, il n'est pas possible, pour combattre une discrimination que l'on endure, de faire valoir sa qualité de citoyen égal à tous les autres. Il faut obligatoirement rentrer dans la logique de la directive : présumer que l'inégalité que l'on subit est une discrimination due à une spécificité personnelle et la faire valoir devant les tribunaux

La définition de la discrimination indirecte révélerait plus clairement encore l'influence communautariste. Les auteurs de la proposition de directive estiment en effet qu'elle mènera inévitablement à la création juridique de communautés. Ils prennent l'exemple suivant à l'appui de leur démonstration.

Le vendredi est le jour saint des musulmans, traditionnellement consacré à la prière. L'ouverture des services de la sécurité sociale du lundi au vendredi entraîne pour eux « *un désavantage particulier* » par rapport au reste de la population : le vendredi devant être dédié à certaines activités religieuses, ils n'ont en réalité accès à ces services que quatre jours par

semaine, alors que les non-musulmans le peuvent pendant cinq jours. Une « *disposition ou une pratique apparemment neutre* » (les jours d'ouverture de la sécurité sociale) entraînent donc bien « *un désavantage particulier* » « *pour des personnes ayant une religion donnée* ». Selon les termes de la future directive, les personnes de confession musulmane seraient donc victimes d'une discrimination indirecte de la part de la sécurité sociale en France et fondées à revendiquer des mesures qui leur soient spécifiques (demander une modification des jours d'accueil des services sociaux par exemple).

Selon la proposition de résolution, cette conception de la société débouche sur des situations inextricables susceptibles d'alimenter les rivalités entre communautés. Plus encore, elle contredit la conception française de la République, qui ne reconnaît que les citoyens égaux devant la loi et non les communautés. Au-delà de cet aspect juridique, c'est un modèle de société qui est en jeu : soit l'on considère que les personnes se définissent d'abord par leur capacité à apprendre et à raisonner, et qu'à ce titre elles sont égales en dignité et en droits et forment une société d'égaux, quelles que soient leur origine et leurs caractéristiques personnelles ; soit l'on estime qu'une personne se définit d'abord par son origine et ses caractéristiques personnelles qui lui donnent des droits particuliers, et qu'à ce titre elle appartient à une des communautés inégales en droits qui forment la société. Ce choix n'est pas neutre.

3. Le risque d'entraîner des procès d'intention

La proposition de directive soutient que les définitions posées à l'article 2 de la directive sont particulièrement vagues. Les auteurs reprennent, sur ce point, les reproches qui avaient été adressés aux directives à transposer par la loi du 27 mai 2008.

Ils signalent ainsi que, dans la définition de la **discrimination directe**, l'emploi du conditionnel « *ne le serait* » soulève des difficultés : comment considérer qu'une personne est moins bien traitée qu'une autre qui n'existe pas et qu'il faut donc imaginer ? Cette définition pourrait donner lieu à des condamnations fondées sur des hypothèses invérifiables : comment prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination si des éléments de comparaison objectifs n'existent pas ?

Selon, cette fois, la définition de la **discrimination indirecte**, une personne pourrait être condamnée pour avoir instauré « *une disposition, un critère, une pratique* » qui ne crée pas de discriminations mais qui est, selon le juge, « *susceptible* » de le faire.

La définition du **harcèlement** suscite également des interrogations. Elle repose sur la notion de « *comportement indésirable* » alors que le désir, est encore loin d'être une notion juridique. On peut légitimement se demander s'il est rigoureux de faire reposer le droit sur un terme aussi vague et une réalité aussi insaisissable et complexe.

Selon les auteurs de la proposition de résolution, des définitions aussi contestables ouvriraient la porte aux procès d'intention. Elles conduiraient à juger non pas la réalité mais une fiction ou une évolution possible de la réalité, que le juge doit deviner.

Cette situation est d'autant plus inquiétante que la directive, dans son article 8, inverse la charge de la preuve¹ : c'est au défendeur de prouver qu'il n'y a pas de discrimination. Comment le pourrait-il si l'accusation est fondée sur des suppositions ?

4. Un mécanisme inefficace dans la lutte contre les discriminations à l'égard des personnes handicapées

En application de l'article 4 de la proposition de directive, les entreprises privées ou les organismes publics, quels que soient leur taille ou leur chiffre d'affaires, qui exercent dans les champs couverts par la directive, devront entreprendre des « *aménagements raisonnables* » afin de rendre possible l'accès ou le travail des personnes handicapées.

Cependant, aucune définition de l'aménagement raisonnable n'est donnée. C'est donc à chaque entreprise et à chaque organisme public concernés qu'il reviendra d'apprécier si les aménagements à entreprendre pour faciliter le travail ou l'accès des personnes handicapées sont raisonnables et ne représentent pas une charge disproportionnée.

Les auteurs de la proposition de résolution contestent cette manière de lutter contre les discriminations dont sont victimes les personnes handicapées, non pas sur l'objectif poursuivi, bien évidemment, mais sur les modalités mises en œuvre pour y parvenir. Ils considèrent en effet que le texte laissera aux entreprises la charge d'estimer elles-mêmes ce qu'elles doivent faire pour permettre l'égalité de traitement des personnes handicapées.

Or, c'est au législateur qu'il appartient de définir les obligations auxquelles les entreprises et les services publics doivent se soumettre.

En évitant de poser de telles normes, le législateur communautaire se défait sur la société civile en jouant sur la culpabilité : chaque organisme doit faire le nécessaire, qui n'est défini nulle part, pour faciliter le travail et l'accès des personnes handicapées. S'il ne le fait pas, il se rend coupable de discrimination envers elles.

Ce n'est pas ainsi qu'a procédé la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Celle-ci fixe en effet un certain nombre d'exigences claires qui visent à permettre l'égalité de traitement des personnes handicapées. Par exemple, en matière d'habitat, son article 41-1 pose des

¹ Toutes les directives européennes procèdent à cette inversion, au motif que les éléments prouvant l'existence d'une discrimination ne sont pas, la plupart du temps, en possession de la victime présumée.

normes architecturales pour les nouveaux logements afin de les rendre accessibles aux personnes handicapées. Une telle législation définit explicitement les obligations des entreprises et des organismes publics. Elle crée la sécurité juridique indispensable à la promotion de l'égalité de traitement des personnes handicapées.

Pour toutes ces raisons, les auteurs de la proposition de résolution s'interrogent sur la conformité de la proposition de directive, sur ce point, au **principe de subsidiarité**. En effet, le concept très flou d'« aménagement raisonnable » traduit bien la gêne du législateur communautaire : comme il ne souhaite pas définir d'obligations trop précises, considérant sans doute que le niveau de ces obligations dépend aussi du niveau de richesse d'un pays, il recourt à une notion vague qui laisse une marge d'appréciation à chaque Etat membre. Cependant, en procédant ainsi, il place l'ensemble des législations nationales sous l'autorité du juge communautaire, auquel il reviendra en dernier ressort d'apprécier si telle ou telle norme est « raisonnable ».

La Communauté européenne ne peut donc agir dans ce domaine qu'au prix d'une forte insécurité juridique. En ce sens, il n'est pas du tout assuré que son action soit plus efficace que celle des Etats membres et qu'elle soit donc conforme au principe de subsidiarité.

Le principe de subsidiarité

Le principe de subsidiarité consiste à réserver à l'échelon supérieur uniquement ce qu'il peut effectuer plus efficacement que l'échelon inférieur. Appliqué à la Communauté européenne, il signifie que celle-ci ne doit légiférer que dans la mesure où son action sera plus efficace que celle des Etats membres.

Le principe de subsidiarité a été introduit dans le droit communautaire par le **traité de Maastricht**. L'article 5 dispose en effet que « *dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire* ».

Le principe de subsidiarité ne s'applique qu'aux questions relevant d'une compétence partagée entre la Communauté et les Etats membres. Il ne concerne pas les domaines relevant de la compétence exclusive de la Communauté (la politique agricole commune par exemple), ni ceux qui sont de la seule compétence des Etats (par exemple le droit de la nationalité).

5. Une ambiguïté dans la définition du droit d'accès à la procréation médicalement assistée

Au-delà des considérations générales sur l'économie de la future directive, il est un point particulier de son dispositif qui a retenu l'attention des auteurs de la proposition de résolution.

Le projet interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de la protection sociale, dont font partie la sécurité sociale et les soins de santé. En France, la procréation médicalement assistée (PMA) relève de la sécurité sociale qui en assure la prise en charge dans des conditions précisément définies. Notamment, la PMA n'est pas ouverte aux couples homosexuels.

Cette spécificité du droit français ne devrait pas poser de difficulté au regard du risque de constitution d'une discrimination car le point 2 de l'article 3 de la directive dispose que « *la présente directive est sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial et aux droits en matière de procréation* ». Le champ de l'adoption et de la PMA est donc explicitement écarté.

Cependant, le commentaire introductif présenté par la Commission européenne à l'appui de cette disposition entretient une ambiguïté que signalent les auteurs de la proposition de résolution. La Commission rappelle, certes, que les questions concernant l'état matrimonial ou familial, y compris l'adoption ou la PMA, ne relèvent pas du champ d'application de la directive. Elle précise que « *les Etats membres demeurent libres de décider ou non de l'institution et de la reconnaissance de partenariats officiellement enregistrés* ». Mais elle ajoute aussitôt que « *toutefois, dès lors que le droit interne reconnaît de telles relations comme étant comparables au mariage, le principe de l'égalité de traitement s'applique* ». Cette interprétation de la proposition de directive, directement inspirée d'un arrêt récent de la Cour de justice des communautés européennes¹, laisse entendre que l'interdiction de l'accès à la PMA pour les couples homosexuels liés par un Pacs pourrait être considérée comme discriminatoire.

¹ *Affaire C-267/06 Tadao Maruko contre Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*. Dans cet arrêt, la CJCE a précisé son interprétation de la directive 2000/78 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Selon la Cour, le refus d'attribuer une pension de veuvage à un « *partenaire de vie* » (le partenariat de vie allemand étant réservé aux partenaires de même sexe), peut constituer une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle. La CJCE a en effet estimé que, même si la pension de veuvage est une prestation relevant de l'état civil et que l'état civil est une compétence des Etats membres exclue explicitement du champ d'application de la directive par son 22^{ème} considérant, « *les Etats membres doivent, dans l'exercice de ladite compétence, respecter le droit communautaire, notamment les dispositions relatives au principe de non-discrimination* » (point 59).

Or, il n'est pas contestable, quelle que soit l'opinion de chacun, que l'accès à la PMA pour les couples homosexuels est un sujet qui ne doit relever que du choix du Parlement disposant de la légitimité démocratique nécessaire pour prendre position.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Votre commission se réjouit qu'une proposition de résolution établie par plusieurs de ses membres intervienne en amont des discussions communautaires afin de faire connaître la position du Sénat. Trop souvent en effet, le Parlement ne prend connaissance des textes européens qu'au moment d'organiser leur transposition en droit interne, c'est-à-dire sans aucun moyen juridique pour modifier leur contenu s'il le juge éloigné de ses préoccupations.

En prenant ainsi les devants, le Sénat, s'il adopte cette proposition de résolution, fera connaître au Gouvernement sa position afin qu'elle soit défendue lors des négociations.

Le sujet de la lutte antidiscrimination se prête, d'ailleurs, bien à ce genre de travail. La commission pour l'Union européenne s'en est également saisie dans le cadre de son programme de contrôle du respect du principe de subsidiarité par le droit communautaire¹.

Sur le fond, votre commission est convaincue par la justesse des arguments présentés par les auteurs de la proposition de résolution.

Il serait en effet singulier qu'un texte communautaire puisse, directement ou indirectement, aboutir à créer des communautés juridiques dotées de droits propres et à remettre ainsi en cause la conception française de la République. De même, la question du droit d'accès des couples homosexuels pacés ne peut être tranchée par le juge communautaire et doit rester une compétence exclusive du législateur national. Enfin, il n'est pas acceptable de prendre le risque d'autoriser des procès d'intention, en adoptant un texte comportant des définitions floues reposant sur des fictions.

Pour ces raisons, votre commission approuve les cinq grandes exigences de la proposition de résolution :

- l'introduction d'un principe général d'égalité de traitement s'appliquant à tous, afin d'éviter les injustices potentielles que la rédaction actuelle de la proposition de directive susciterait ;

- le refus de créer des droits particuliers pour telle ou telle catégorie de personnes, afin que la proposition de directive ne soit pas contraire au principe fondamental d'égalité des citoyens devant la loi et n'incite pas au développement du communautarisme ;

- la précision des définitions, pour écarter le risque de procès d'intention ;

¹ *Communication du 12 septembre 2008 d'Hubert Haenel devant la commission pour l'Union européenne sur la proposition de directive (E 3918) relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle.*

- la modification des dispositions concernant les personnes handicapées, en vue de les rendre conformes aux principes de subsidiarité et de sécurité juridique ;

- la levée de toute ambiguïté sur les effets directs ou indirects de la proposition de directive sur la question de l'accès des couples homosexuels liés par un contrat civil à la PMA.

*

* *

Votre commission a adopté, lors de sa réunion du 30 octobre 2008, la proposition de résolution dans la rédaction reproduite ci-après.

Conformément à l'article 73 *bis* du règlement du Sénat, cette proposition de résolution de la commission deviendra **résolution du Sénat** au terme d'un délai de dix jours suivant la publication du présent rapport, sauf s'il est demandé, dans ce délai, que son examen soit inscrit à l'ordre du jour de la séance publique.

PROPOSITION DE RÉOLUTION

Texte adopté par la commission des affaires sociales en application de l'article 73 bis, alinéa 6, du règlement du Sénat

Le Sénat,

Vu l'article 88-4 de la Constitution ;

Vu le texte E 3918 portant proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle ;

Considérant que la discrimination est l'intention de nuire à une personne en raison de ses caractéristiques personnelles et que l'inégalité de traitement est le résultat d'un constat empirique selon lequel une personne est moins bien traitée qu'une autre placée dans une situation identique, qu'il en résulte qu'une inégalité de traitement peut se produire sans discrimination ;

Considérant qu'en raison de la confusion que sa rédaction actuelle entretient entre inégalité de traitement et discrimination, la proposition de directive ne protège que certains citoyens contre l'inégalité de traitement dans les domaines auxquels elle s'applique ; qu'elle est en conséquence, en l'état présent, insuffisante et injuste ;

Considérant qu'en ne posant pas l'existence d'un principe général d'égalité de traitement s'appliquant à tous, la proposition de directive encourage indirectement la création de communautés de personnes bénéficiant de droits particuliers et s'inscrit donc dans une démarche communautariste ;

Considérant en conséquence qu'en ne respectant pas l'égalité de tous les citoyens devant la loi, elle est contraire aux principes fondamentaux de la République qui soutiennent une démarche universaliste préconisant la définition de principes communs et rassembleurs ;

Considérant également que la proposition de directive comporte des définitions floues, ne garantissant pas la sécurité juridique et laissant craindre des procès d'intention ; que ces définitions requerront un travail d'interprétation de la loi allant au-delà de ce qu'il appartient à l'autorité judiciaire de réaliser, sous peine de violation du principe de la séparation des pouvoirs ;

Considérant qu'en posant une obligation d'« aménagement raisonnable » sans en définir l'étendue, pour l'accès des personnes handicapées aux biens et services, y compris en matière de logements et de transports, la proposition de directive suscite une grande insécurité juridique qui place l'ensemble des législations nationales en ce domaine sous l'autorité du juge communautaire, auquel il reviendra inévitablement de fixer un contenu précis à cette obligation à la place des Etats membres ;

Considérant enfin qu'en dépit de la mention de l'article 3 selon laquelle la proposition de directive est sans préjudice des législations nationales relatives aux droits en matière de procréation, la Commission européenne laisse entendre que l'existence d'un partenariat civil comparable au mariage entraîne l'application du principe d'égalité de traitement ; que cette interprétation introduit une ambiguïté sur les effets juridiques de la proposition de directive concernant, en France, l'accès des couples homosexuels pacsés à l'assistance médicale à la procréation ; que seul le Parlement dispose de la légitimité démocratique nécessaire pour apprécier cette opportunité.

En conséquence :

Demande que la directive distingue clairement la discrimination de l'inégalité de traitement ;

Estime impératif que soit posé un principe général d'égalité de traitement dans les domaines d'application de la directive, afin que la législation communautaire protège équitablement l'ensemble des citoyens de l'Union ;

S'oppose fermement à la rédaction actuelle de l'article 2 qui, appliqué notamment au service public, méconnaît le principe fondamental d'égalité des citoyens devant la loi et comporte des risques sérieux de dérives communautaristes ;

Juge indispensable la clarification des définitions de la discrimination directe, de la discrimination indirecte et du harcèlement, par l'élimination des notions non juridiques et des références aux situations fictives qu'elles contiennent, afin de garantir la sécurité juridique nécessaire et d'éviter tout procès d'intention ;

Regarde l'insécurité juridique créée par le concept non défini d'« aménagement raisonnable » comme inacceptable ; rappelle que la lutte contre les discriminations à l'égard des personnes handicapées passe non par la culpabilisation morale de la société civile, mais par la volonté du législateur, auquel il revient de définir des obligations claires et précises pour les organismes publics et les entreprises privées ; considère, en vertu du principe de subsidiarité, que l'échelon européen n'est pas adapté à une lutte efficace contre les discriminations à l'égard des personnes handicapées ;

Exige que la proposition de directive n'entraîne en aucun cas d'effets juridiques en matière de droit d'accès des couples homosexuels liés par un contrat civil comparable au mariage, par exemple le Pacs, à la procréation médicalement assistée ;

Demande solennellement au Gouvernement de s'opposer à l'adoption d'un texte qui ne répondrait pas à ces préconisations.

TRAVAUX DE LA COMMISSION

Réunie le **jeudi 30 octobre 2008** sous la **présidence de M. Nicolas About, président**, la commission a procédé à l'**examen du rapport de Mme Muguette Dini sur la proposition de résolution n° 58 (2008-2009), sur la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (E 3918).**

Mme Muguette Dini, rapporteur, a rappelé que le Sénat a voté au printemps dernier un projet de loi transposant cinq directives communautaires relatives à la lutte contre les discriminations sur lequel la commission avait émis un certain nombre de réserves mais qu'il était juridiquement impossible d'intégrer dans des textes européens déjà adoptés. Or, une nouvelle directive antidiscrimination, qui peut susciter au moins autant d'inquiétudes, est en cours de négociation au Conseil de l'Union européenne depuis juillet dernier. Pour ne pas placer de nouveau le Parlement français devant le fait accompli, elle a donc pris l'initiative, avec un certain nombre de ses collègues, de déposer une proposition de résolution afin de faire connaître les préoccupations de la commission à ce sujet et d'influencer les négociations en amont, comme le Gouvernement l'y avait d'ailleurs invitée avant l'été.

La Commission européenne s'est d'ailleurs également saisie de cette directive dans le cadre de son programme de contrôle du respect du principe de subsidiarité par le droit communautaire et a estimé qu'elle ne posait pas de problème particulier.

Mme Muguette Dini, rapporteur, a ensuite présenté le projet de nouvelle directive qui ne porte pas sur les mêmes sujets, ni sur les mêmes domaines, que les cinq autres transposées en mai dernier. Elle est relative aux discriminations fondées sur l'âge, l'orientation sexuelle, le handicap et l'appartenance religieuse et les convictions, dans le domaine de la protection sociale, de la santé, des avantages sociaux, de l'éducation ainsi que de l'accès aux biens et aux services et de la fourniture de biens et services.

Or, l'analyse de ce texte suscite cinq réserves fondamentales :

- la rédaction actuelle de la directive organise un régime injuste et peu protecteur car elle entraîne une confusion entre la discrimination et l'inégalité de traitement. Or, la discrimination est l'intention de nuire à une personne en raison de ses caractéristiques personnelles (orientation sexuelle, appartenance religieuse...) alors que l'inégalité de traitement résulte du constat empirique selon lequel une personne est moins bien traitée que

d'autres placées dans une situation identique. Une inégalité de traitement peut donc se produire sans discrimination. Par exemple, si un régime d'assurance maladie applique le même taux de cotisation à tous les salariés adhérents mais ne rembourse certains frais dentaires qu'aux salariés à temps complet, il commet une inégalité de traitement entre salariés mais pas une discrimination : il ne s'agit pas de défavoriser les salariés à temps partiel en raison de leurs caractéristiques personnelles - à moins qu'ils ne soient tous d'une orientation sexuelle ou d'une confession religieuse particulières. La confusion entretenue entre ces deux notions conduit donc à ne protéger que les personnes qui relèvent des catégories créées par la directive : personnes âgées, handicapées, homosexuelles ou appartenant à une minorité religieuse. Si celles-ci subissent une inégalité de traitement alors le droit communautaire la qualifie de discrimination ; s'il s'agit d'autres personnes, la directive est muette ;

- le deuxième point, plus contestable encore, tient au fait que la directive est d'inspiration communautariste. Selon l'article 2, une discrimination indirecte se produit dès lors que des personnes d'une confession religieuse ou d'une orientation sexuelle données subissent un « désavantage particulier » par rapport à d'autres personnes. Cette définition conduit en réalité à la création juridique de communautés particulières, dotées de droits propres. Par exemple, le vendredi étant le jour saint des musulmans dédié à la prière, l'ouverture des services de la sécurité sociale du lundi au vendredi entraîne pour eux « un désavantage particulier » par rapport au reste de la population : ils ne bénéficient, en réalité, que de quatre jours par semaine de l'ouverture des services, alors que les non musulmans bénéficient de cinq jours. Les citoyens de confession musulmane devraient donc bénéficier, selon les termes de la directive, du droit de demander l'ouverture des services sociaux un jour supplémentaire de la semaine. Cette conception de la société est profondément contraire à la conception française de la République selon laquelle tous les citoyens sont égaux devant la loi ;

- par ailleurs, comme l'avait déjà relevé la commission lors de l'examen de la loi de transposition des directives anti-discrimination, les définitions communautaires des discriminations et du harcèlement sont floues et laissent craindre des procès d'intention ;

- en outre, les dispositions concernant la lutte contre les discriminations à l'égard des personnes handicapées sont peu satisfaisantes. Le texte prévoit que tous les organismes publics et entreprises privées doivent réaliser « des aménagements raisonnables » afin que les personnes handicapées puissent accéder aux biens et services et à la fourniture de biens et services mis à la disposition du public, y compris en matière de logements et de transport. Cependant, il ne dit rien du contenu de cet aménagement raisonnable. Il crée ainsi une grande insécurité juridique puisqu'il place de ce fait l'ensemble des législations nationales en ce domaine sous l'autorité du juge communautaire auquel il reviendra inévitablement de fixer un contenu précis à cette obligation à la place des Etats membres. Or, c'est bien au

législateur national qu'il appartient de poser des obligations précises, comme l'a fait le Parlement français avec la loi du 11 février 2005 sur le handicap. Qui plus est, on peut estimer que le niveau d'exigence dans les normes à imposer dépendra du niveau de richesse du pays concerné. Dans ces conditions, l'échelon communautaire ne paraît pas le plus adapté pour lutter efficacement et justement contre les discriminations à l'égard des personnes handicapées ;

- enfin, l'interprétation de la directive par la Commission européenne laisse supposer que l'application du principe d'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale pourrait remettre en cause l'interdiction en France de l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) pour les couples homosexuels pacsés. En effet, même si les droits d'accès à la PMA sont officiellement exclus du champ d'application de la directive, la Commission européenne considère que la reconnaissance par un Etat membre d'un contrat civil comparable au mariage donne aux personnes concernées les mêmes droits qu'aux personnes mariées en matière de sécurité sociale, qui prend en charge, en France, la PMA. Or, il n'est pas contestable que seul le Parlement dispose de la légitimité démocratique nécessaire pour statuer sur cette question.

*En conséquence, **Mme Muguette Dini, rapporteur**, a présenté cinq demandes faites au Gouvernement par la proposition de résolution, afin de répondre aux difficultés précédemment évoquées.*

*A **Mme Bernadette Dupont**, qui se demandait si les obligations définies par la loi du 11 février 2005 en matière d'accessibilité des bâtiments pour les personnes handicapées ne sont pas, sur certains points, un peu strictes, **M. Nicolas About, président**, a répondu qu'il jugeait la loi plutôt équilibrée. En matière de services publics par exemple, celle-ci ne rend pas obligatoire l'accessibilité de tous les bâtiments, mais demande que chaque service puisse être rendu. Beaucoup de communes se sont ainsi acquittées de cette obligation en aménageant une pièce de leurs locaux.*

***M. Dominique Leclerc** a approuvé la démarche, encore trop rare, consistant à permettre au Parlement de faire connaître son sentiment en amont de l'adoption des textes européens. On peut ainsi espérer que la directive sera davantage compatible avec le droit français et que sa transposition se fera dans de bonnes conditions. D'autres Etats membres, comme la Grande-Bretagne ou le Danemark, sont beaucoup plus efficaces que la France dans ce genre d'exercice. Par ailleurs, il faut souligner que les directives sont parfois interprétées de manière très stricte par l'administration française elle-même : par exemple, dans un autre domaine, celle-ci considère à tort qu'en matière d'ouverture du capital des sociétés d'exercice libéral, la directive européenne qui traite ce sujet n'autorise que deux options, l'ouverture totale ou l'absence d'ouverture.*

Mme Marie-Thérèse Hermange a déclaré que les notions de discrimination et d'inégalité de traitement, malgré l'effort de définition réalisé dans la proposition de résolution, sont par nature assez floues et extensives. Elle s'est également interrogée sur l'impact d'autres directives communautaires sur la loi française du 6 août 2004 relative à la bioéthique car certaines ont déjà été négociées, votées et sont dès à présent applicables. De ce fait, les marges de manœuvre du législateur national, à l'occasion de la prochaine révision des lois de bioéthique, seront très limitées. Enfin, elle a jugé singulier que l'on prenne pour exemple de discrimination indirecte potentielle les horaires d'ouverture des services publics en fonction du vendredi, jour saint des musulmans, et pas du dimanche, jour saint des catholiques.

Mme Mugnette Dini, rapporteur, a fait observer que cet exemple n'a de vocation que pédagogique : les services publics étant fermés le dimanche, en France, ce sont, d'après les définitions européennes, les citoyens de confession musulmane qui pourraient être considérés comme victimes d'une discrimination indirecte.

M. André Lardeux a considéré que la proposition de directive est tout à fait contraire au principe de subsidiarité. Il a jugé que la législation communautaire est en fait communautariste depuis l'origine. Elle est même, en l'espèce, en recul sur celle de certains pays d'Afrique du Nord : en Tunisie, par exemple, même si une majorité des citoyens est de confession musulmane, c'est le dimanche qui est le jour officiel de repos hebdomadaire et non le vendredi, jour consacré pourtant à la prière. Le droit communautaire ne tient pas compte du fait que si on ne maintient pas des principes communs à tous les citoyens, l'unité de la société est menacée. Il a par ailleurs estimé que malgré son intérêt, la proposition de résolution restera lettre morte et c'est en réalité la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) qui fait le droit en l'espèce. Enfin, il a demandé pourquoi il est nécessaire de mentionner dans la proposition de résolution la question de l'accès des couples homosexuels à la procréation médicalement assistée, à partir du moment où la directive l'exclut de son champ d'application.

Mme Mugnette Dini, rapporteur, a répondu que si le texte de la proposition de directive est claire, l'interprétation qu'en fait la Commission européenne ne l'est pas. Celle-ci considère en effet que si un Etat membre reconnaît un contrat civil liant des personnes homosexuelles comme étant « comparable » au mariage, ce qui peut être le cas du Pacs, alors le principe de l'égalité de traitement s'applique. Il y a donc au moins une ambiguïté que la proposition de résolution demande justement de lever.

M. Nicolas About, président, a signalé que les propositions de résolution deviennent, en vertu de l'article 88-4 de la Constitution, la feuille de route du Gouvernement dans la négociation. Dans ce cas particulier, l'adoption de la directive requiert l'unanimité au Conseil, le Gouvernement pourra donc se prévaloir de la position du Sénat pour s'y opposer si la

rédaction ne satisfait pas les demandes formulées dans la proposition de résolution.

Mme Mugette Dini, rapporteur, a indiqué que plusieurs Parlements d'autres Etats membres ont déjà adopté l'équivalent d'une résolution ou fait connaître officiellement leur opposition à certains points de cette proposition de directive : c'est le cas notamment de l'Allemagne, de l'Italie, de la République tchèque, de l'Irlande et du Danemark.

A M. Jean Desessard, qui demandait si la proposition de résolution sera inscrite en séance publique, M. Nicolas About, président, a répondu qu'en vertu de l'article 73 bis du règlement du Sénat, la proposition de résolution de la commission deviendra résolution du Sénat au terme d'un délai de dix jours francs suivant la date de la distribution du rapport sauf si, dans ce délai, le Président du Sénat, le président d'un groupe, le président de la commission des affaires européennes, le Gouvernement ou lui-même, en tant que président de la commission saisie au fond, demande qu'elle soit examinée par le Sénat. Il a également indiqué qu'aucun amendement extérieur n'a été déposé sur le texte de la proposition de résolution en application du même article 73 bis paragraphe 6.

La commission a ensuite examiné le texte proposé pour la résolution.

A l'initiative de Mmes Marie-Thérèse Hermange et Bernadette Dupont, elle a supprimé le quatrième considérant, l'estimant trop abstrait et dépourvu d'effet juridique. Elle a ensuite précisé que les principes fondamentaux de la République soutiennent une démarche universaliste préconisant la définition de principes communs et rassembleurs. En ce qui concerne le dispositif relatif aux aménagements raisonnables destinés à permettre l'accès des personnes handicapées aux biens et services, elle a affirmé que, selon elle, la directive est contraire au principe de subsidiarité. Sur la question de la PMA, elle a retenu une rédaction exigeant plus fermement que la proposition de directive ne doit entraîner aucun effet juridique, en matière de droit d'accès des couples homosexuels liés par un contrat civil comparable au mariage, qui ne serait décidé par les législations nationales. Enfin, elle a souhaité montrer sa détermination au Gouvernement en lui demandant solennellement de s'opposer à l'adoption d'un texte qui ne répondrait pas à ses préconisations.

Elle a ensuite adopté le texte de la proposition de résolution ainsi modifié.