

N° 58

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2008-2009

Annexe au procès-verbal de la séance du 27 octobre 2008

PROPOSITION DE RÉSOLUTION EUROPÉENNE

PRÉSENTÉE EN APPLICATION DE L'ARTICLE 73 *BIS* DU RÈGLEMENT,

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),

PRÉSENTÉE

Par Mmes Mugnette DINI, Jacqueline ALQUIER, Brigitte BOUT, Annie DAVID, Annie JARRAUD-VERGNOLLE, Gisèle PRINTZ, Catherine PROCACCIA, MM. Nicolas ABOUT, Jean BOYER et Guy FISCHER,

Sénateurs

(Renvoyée à la commission des Affaires sociales, sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

Le 2 juillet dernier, la Commission européenne a présenté au Conseil de l'Union européenne 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 devrait concerner 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.

Le texte communautaire a été transmis au Parlement, conformément à l'article 88-4 de la Constitution.

La commission des affaires sociales du Sénat, à 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, avait fait part de son inquiétude concernant plusieurs dispositions des directives anti-discrimination qui lui paraissaient difficilement compatibles avec certains principes de droit fondamentaux et comportaient un risque de dérives communautaristes.

La loi du 27 mai 2008 ne portait pas sur les mêmes motifs de discrimination et les mêmes domaines d'application que l'actuelle proposition de directive. Elle interdisait notamment les discriminations fondées sur l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou une race en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services et de fourniture de biens et services et les discriminations fondées sur le sexe, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle en matière d'emploi, de formation professionnelle et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle.

De peur de voir la France faire l'objet d'une action en manquement de la part de la Commission européenne au moment de la présidence française de l'Union, le Gouvernement n'avait pas souhaité, à l'époque, prendre en compte les modifications proposées par le Sénat.

En revanche, le Gouvernement avait encouragé la Haute Assemblée à faire connaître son analyse plus en amont, au moment de la négociation des directives au Conseil et au Parlement européens.

C'est précisément l'objet ici poursuivi que d'étudier le contenu de cette directive anti-discrimination avant la fin de la discussion au niveau communautaire européen.

Or, l'analyse détaillée des articles montre que les craintes précédemment formulées par le Sénat sont justifiées :

- la réglementation proposée est peu protectrice et injuste ;
- son inspiration communautariste est contraire à la conception républicaine du « vivre ensemble » ;
- elle comporte des définitions floues autorisant des procès d'intention ;
- elle décharge le législateur de ses responsabilités en matière de lutte contre la discrimination des personnes handicapées ;
- elle instaure une ambiguïté juridique sur des questions essentielles de société qui ne peuvent être tranchées que par la représentation nationale.

I. UNE PROPOSITION DE DIRECTIVE PEU PROTECTRICE ET INJUSTE

La proposition de directive entretient une certaine confusion entre l'inégalité de traitement et la discrimination.

Le premier alinéa de l'article 2 dispose en effet qu'« *aux fins de la présente directive, on entend par principe de l'égalité de traitement l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un des motifs visés à l'article 1^{er}* ».

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 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 existe une inégalité de traitement entre ces salariés et les autres. On ne peut pas cependant invoquer une discrimination : le régime ne veut pas 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), mais il peut s'agir d'une erreur juridique ou d'une mesure injuste visant à réaliser des économies. Dans ce cas de figure, tous les salariés à temps partiel sont victimes de l'inégalité de traitement, quels que soient leurs traits personnels.

Le présupposé de la directive, selon lequel l'égalité de traitement est respectée si aucune discrimination ne se produit, est donc faux. Une personne peut subir une inégalité de traitement sans être pour autant victime d'une discrimination.

La confusion du droit communautaire conduit à ne protéger que les personnes qui appartiennent aux catégories créées par la directive : personnes âgées, handicapées, homosexuelles, ou appartenant à une minorité religieuse. Si celles-ci endurent une inégalité de traitement, le droit communautaire estime qu'il y a discrimination et la réglementation ou la pratique en cause sont considérées comme illégales. En revanche, si d'autres personnes subissent exactement la même inégalité de traitement, la législation proposée ne leur est d'aucun secours.

La directive, comme l'ensemble des directives anti-discrimination qui sont construites sur la même confusion, est donc à la fois peu protectrice (elle n'est destinée qu'à quelques-uns) et injuste (face à la même inégalité, elle protège certaines personnes et pas d'autres).

II. UNE PROPOSITION DE DIRECTIVE D'INSPIRATION COMMUNAUTARISTE CONTRAIRE AUX PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA RÉPUBLIQUE

La lutte contre les discriminations peut emprunter au moins deux voies juridiques.

Celles-ci ne sont pas neutres politiquement mais reposent sur une certaine conception de la société, comme le montre l'exemple suivant.

Lorsqu'une personne utilise un service public, si elle considère 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 qu'en raison de cette différence, elle est victime d'une discrimination. C'est la voie de la directive. Soit au contraire, elle n'invoque pas cette différence et s'appuie sur 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 victime, de l'autre il encourage à s'appuyer sur un principe commun à tous, et favorise une posture positive et constructive. Derrière cette question juridique se profile donc 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 législation communautaire, dont la directive est une illustration, est d'inspiration communautariste. Dans le combat contre les discriminations, elle incite les personnes à valoriser leurs caractéristiques d'ordre privé et à mettre en avant leurs différences. En accordant une grande valeur à ce qui divise, elle en vient à créer des droits particuliers et à rompre l'égalité devant la loi.

La législation française, héritière de la Révolution française et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, est d'inspiration universaliste. Elle insiste sur ce qui est commun, l'égalité devant la loi, et non sur les différences. Elle considère chaque personne comme un citoyen qui, en tant que tel, est l'égal de tous, et bénéficie des mêmes droits que tous les autres. Elle institue l'égalité en refusant de donner un contenu juridique aux caractéristiques d'ordre privé. En un mot, elle

promeut l'égalité en rappelant à chacun qu'il bénéficie des mêmes droits que tous, et non en distribuant des droits particuliers.

D'un côté, le combat pour l'égalité passe par l'affirmation d'une commune appartenance à l'humanité, indépendamment des caractéristiques privées, qui sont secondaires. De l'autre, le droit promeut de concert la lutte contre les inégalités et l'exacerbation des différences, en sous-entendant que toute inégalité est toujours due à une discrimination. Au lieu de faire de l'égalité un principe commun de rassemblement, il la transforme en un facteur de division, chacun étant renvoyé par le droit à ses caractéristiques privées.

La tonalité communautariste de la directive transparaît 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 s'explique par la confusion déjà relevée entre la discrimination et l'inégalité de traitement. La directive postule à tort que si certaines discriminations ne se produisent pas, l'égalité de traitement est respectée. On peut légitimement en déduire qu'il n'existe pas de principe général d'égalité de traitement : à partir du moment où le principe ne s'applique qu'à quelques-uns, il ne peut pas être considéré comme général.

La législation proposée n'offre donc aux citoyens de l'Union que la voie juridique communautariste pour combattre les discriminations. Il n'est pas possible, pour dénoncer une discrimination, de se réclamer d'un principe général s'appliquant à tous, 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 révèle plus clairement encore l'influence communautariste.

Le point 2 de l'article 2 dispose qu'« *une discrimination indirecte est réputée se produire lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, pour des personnes ayant une religion ou des convictions, un handicap, un âge ou une orientation sexuelle donnés, un désavantage particulier par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique, ne soient objectivement justifiés par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires* ».

Appliquée à « *l'accès à la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé* » (article 3), cette définition mène inévitablement à la création juridique de communautés, comme le montre l'exemple suivant.

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 ne bénéficient, en réalité, que de quatre jours par semaine de l'ouverture des services, alors que les non-musulmans bénéficient de 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 directive, les personnes de confession musulmane seraient donc victimes d'une discrimination indirecte de la part de la sécurité sociale en France.

La logique du droit communautaire conduit donc à la création de communautés et à l'attribution de prérogatives qui leur sont spécifiques (bénéficiaire du droit de demander une modification des jours d'accueil des services sociaux par exemple).

Outre qu'elle débouche sur des situations ingérables¹ et qu'elle entretient les rivalités entre communautés, cette conception de la société est profondément contraire à la conception française de la République.

La République ne reconnaît que les citoyens, et non les communautés. C'est ce point de départ qui lui permet d'assurer l'égalité de tous devant la loi.

Cependant, il ne s'agit pas que d'une question 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 ou leurs caractéristiques personnelles, soit l'on estime au contraire qu'une personne se définit d'abord par son origine ou 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.

¹ Pour reprendre l'exemple cité, faut-il ouvrir les services le samedi ? Cela constituerait une discrimination indirecte envers les personnes de confession juive. Faut-il donc ouvrir le dimanche ? Cela reviendrait à discriminer « la communauté » chrétienne...

Depuis la Révolution, la société française s'est construite sur le modèle universaliste. Ce n'est pas un hasard si cette idée est proclamée dès le premier article de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* » et le premier article de la Constitution de 1958, « *La France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion.* ».

En dépit des difficultés qu'il a rencontrées et des remises en cause dont il est actuellement l'objet, ce modèle a fait de la France une terre d'accueil offrant à tous les mêmes droits, indépendamment des origines, des croyances ou de la couleur de peau. Il a permis et permet encore à chacun de se considérer d'abord comme un individu libre et autonome, avant d'être vu comme un membre d'une communauté.

Face aux problèmes de dissolution du lien social que rencontrent les pays européens, le modèle universaliste, fidèle à l'héritage des Lumières communes à toute l'Europe, constitue une réponse à promouvoir.

Il mérite en ce sens d'inspirer la législation communautaire.

III. UNE PROPOSITION DE DIRECTIVE COMPORTANT DES DÉFINITIONS FLOUES OUVRANT LA PORTE AUX PROCÈS D'INTENTION

Les définitions posées à l'article 2 de la directive sont particulièrement vagues. On peut légitimement se demander si elles relèvent du droit positif.

Une discrimination directe est ainsi « *réputée se produire lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er}* ». L'emploi du conditionnel « *ne le serait* » est très déroutant : comment considérer qu'une personne est moins bien traitée qu'une autre qui n'existe pas et qu'il faut donc imaginer ? La 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 ?

De même, une discrimination indirecte « *est réputée se produire lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, pour des personnes ayant une religion ou des convictions, un handicap, un âge ou une orientation sexuelle donnés, un désavantage particulier par rapport à d'autres personnes, [...]* ». Selon cette définition, 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. Veut-on permettre de tels procès d'intention ? Il faut s'interroger, également, sur l'insécurité juridique que véhicule une expression aussi imprécise que celle de « *désavantage particulier* ».

La troisième définition est celle du harcèlement, qui est considéré comme « *une forme de discrimination lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». On peut s'inquiéter de l'audace de la Commission européenne, qui propose de faire rentrer le « *désir* » dans le champ du droit : le juge devra désormais apprécier ce qu'est un « *comportement indésirable* ». La notion de désir étant, de l'aveu unanime des psychologues et psychanalystes, particulièrement difficile à définir, est-on vraiment sûr de vouloir laisser cette responsabilité au juge ? Est-ce son rôle ? Est-il rigoureux de faire reposer le droit sur un terme aussi vague et une réalité aussi insaisissable et complexe ?

On ne peut manquer de rappeler, également, la confusion supplémentaire créée sur ce sujet par la directive 2006/54/CE 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 (refonte des directives 2002/73/CE et 2004/113/CE). Selon celle-ci, le harcèlement serait « *la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* », et le harcèlement sexuel serait « *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, humiliant, dégradant ou offensant* ». On accordera, à tout le moins, que la différence entre les deux est difficilement saisissable et qu'une certaine clarification serait bienvenue.

Le caractère particulièrement flou et extensif des définitions de la discrimination directe, de la discrimination indirecte et du harcèlement est donc source d'une grande insécurité juridique. Leur application nécessite que le juge recoure à des fictions qui n'ont rien à voir avec le droit : une autre personne, qu'il faut imaginer avec tout ce que cela comporte d'arbitraire, « *serait-elle* » mieux traitée qu'une autre dans la même situation ? Une pratique est-elle « *susceptible* », un jour qui arrivera peut-être et qu'il faut aussi imaginer, de désavantager certaines personnes par rapport à d'autres ?

De telles définitions ouvrent la porte aux procès d'intention.

Elles conduisent à juger non pas la réalité, mais une fiction ou une évolution possible de la réalité, que le juge doit deviner¹.

Une telle législation nécessite également, pour être applicable, un long travail de précision de la part du juge. Finalement, cela revient à lui confier le soin de dire la loi à la place du législateur.

En outre, ce constat est d'autant plus inquiétant que la directive, comme les autres directives relatives au même sujet, inverse la charge de la preuve.

L'article 8 dispose en effet que « *les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation de l'interdiction de discrimination* ».

À l'occasion de la transposition de la directive 2000/43/CE par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, le législateur a accepté cette inversion de la charge de la preuve en matière de discrimination dans l'accès au logement et de harcèlement.

¹ À ce sujet, il faut rappeler que sous l'impulsion du Sénat, le Gouvernement a reconnu, à l'occasion de l'examen de la loi du 28 mai 2008 portant dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, que la définition de la discrimination directe n'allait pas sans poser de problèmes. C'est pourquoi, dans cette définition, le conditionnel « *ne le serait* » du texte de la directive a été remplacé par un futur antérieur « *ne l'aura été* » dans la loi de transposition. Cet effort ne favorise pas pour autant l'intelligibilité de la loi. Il aurait mieux valu supprimer simplement le conditionnel.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002, a émis de strictes réserves d'interprétation sur ce sujet : *« considérant que les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse instaurées par les dispositions critiquées ne sauraient dispenser celle-ci d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'elle présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décision prise à son égard constituerait une discrimination en matière de logement ou procéderait d'un harcèlement moral ou sexuel au travail-; qu'ainsi, la partie défenderesse sera mise en mesure de s'expliquer sur les agissements qui lui sont reprochés et de prouver que sa décision est motivée, selon le cas, par la gestion normale de son patrimoine immobilier ou par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'en cas de doute, il appartiendra au juge, pour forger sa conviction, d'ordonner toutes mesures d'instruction utiles à la résolution du litige ; que, sous ces strictes réserves d'interprétation, les articles 158 et 169 ne méconnaissent pas le principe constitutionnel du respect des droits de la défense ».*

Au civil, l'inversion de la charge de la preuve dans les affaires de discrimination peut trouver une justification dans le fait que la partie demanderesse, la plupart du temps, ne dispose pas des éléments de nature à prouver la discrimination. En ce sens, on peut l'estimer légitime, à condition qu'elle ne dispense pas le demandeur d'établir *« la matérialité des éléments de faits précis et concordants »* laissant présumer l'existence d'une discrimination, comme l'exige la décision du Conseil constitutionnel.

Or, à partir du moment où la discrimination elle-même n'est plus définie par des éléments de faits précis et concordants, mais par des hypothèses fictives, l'inversion de la charge de la preuve n'est plus compatible avec le respect des droits de la défense. Au contraire, elle est de nature à renforcer le risque de procès d'intention contenu dans les définitions.

Il apparaît donc absolument nécessaire de préciser les définitions communautaires en les épurant de tous leurs éléments confus et insaisissables qui engendrent une grande insécurité juridique, confient au juge le soin de dire la loi à la place du législateur et autorisent les procès d'intention.

IV. UNE PROPOSITION DE DIRECTIVE QUI DÉCHARGE LE LÉGISLATEUR DE SA RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS À L'ÉGARD DES PERSONNES HANDICAPÉES

L'article 4 est dédié à l'égalité de traitement 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* ».

D'après cet article, toutes les entreprises privées ou les organismes publics, quels que soient leur taille ou leur chiffre d'affaire, 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.

Aucune définition de l'aménagement raisonnable n'est donnée. Il est tout juste indiqué qu'afin d'évaluer si les mesures nécessaires à cet aménagement représentent une charge disproportionnée, « *il est en particulier tenu compte de la taille et des ressources de l'organisation, de sa nature, du coût estimé, du cycle de vie des biens et services et des avantages potentiels d'une meilleure accessibilité pour les personnes handicapées* ».

C'est donc à chaque entreprise et à chaque organisme public concernés qu'il revient d'apprécier, selon leur propre point de vue, si les aménagements à entreprendre pour faciliter le travail ou l'accès des personnes handicapées sont raisonnables et ne représentent pas une charge disproportionnée. Pour les y aider, ils peuvent se référer aux critères mentionnés (taille et ressources de l'organisation, coût estimé...). Ceci étant, l'article sous-entend qu'il existe d'autres critères (« *il est en particulier tenu compte* »), mais ces derniers ne sont pas cités. À charge donc aux organisations de les inventer ou de les deviner.

Cette manière de lutter contre les discriminations dont sont victimes les personnes handicapées est profondément injuste et insatisfaisante.

Elle laisse aux entreprises la charge d'estimer elles-mêmes ce qu'elles doivent faire pour permettre l'égalité de traitement des personnes handicapées.

Dans une telle situation, le législateur se démet en réalité de sa responsabilité, qui consiste à définir des obligations auxquelles les entreprises et les services publics doivent se soumettre.

En évitant de poser de telles normes, le législateur communautaire se défausse 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 moralement coupable de discrimination envers elles.

On ne peut manquer de rappeler que cette conception de la lutte contre les discriminations des personnes handicapées se situe à l'opposé de la philosophie de 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 une égalité de traitement des personnes handicapées. Par exemple, en matière d'habitat, son article 41-1 pose des 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 handicapées¹.

Il n'est pas acceptable que cette promotion, au niveau communautaire, passe par l'autodessaisissement du législateur et la culpabilisation de la société civile.

Pour cette raison et sur ce point, la directive doit donc être revue dans un sens conforme au rôle et à la responsabilité du législateur.

¹ On objectera que les exigences et obligations à établir dépendent du niveau de développement du pays considéré. À quoi l'on répondra que, si l'on admet cette hypothèse, il faut reconnaître que le niveau communautaire n'est pas le bon pour lutter justement et efficacement en faveur de l'égalité de traitement des personnes handicapées.

V. UNE PROPOSITION DE DIRECTIVE QUI INSTAURE UNE AMBIGUÏTÉ JURIDIQUE SUR DES QUESTIONS ESSENTIELLES DE SOCIÉTÉ

La directive 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.

Or, en France, la procréation médicalement assistée (PMA) relève de la sécurité sociale et la PMA n'est pas ouverte aux couples homosexuels. L'article L. 2141-2 du code de la santé publique dispose ainsi que « *l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans [...]* ».

Comment ces dispositions s'articulent-elles avec l'interdiction de traiter de manière différente les personnes homosexuelles en matière de sécurité sociale posée par la directive ?

Certes, 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.

Pourtant, l'explication détaillée des articles proposée par la Commission européenne laisse entendre le contraire. La Commission commence par rappeler 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 ajoute que « *les États membres demeurent libres de décider ou non de l'institution et de la reconnaissance de partenariats officiellement enregistrés* ». Mais elle précise 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* ».

Faut-il comprendre que la Commission considère qu'à partir du moment où un État membre institue un contrat comparable au mariage, par exemple le pacte civil de solidarité, le principe de l'égalité de traitement s'applique et que, dès lors, la différence de traitement entre les pacsés et les mariés, en matière de PMA, devient discriminatoire et donc illégale ?

L'interprétation de la Commission introduit, si ce n'est une contradiction, du moins une ambiguïté sur cette question.

Il est donc absolument indispensable que ce point soit éclairci et que la rédaction finale ne laisse aucun doute sur les effets juridiques de la directive en matière de reconnaissance de droits à la PMA pour les couples bénéficiant d'un contrat civil comme le Pacs, proche du contrat de mariage.

L'accès à la PMA pour les couples homosexuels est en effet un sujet particulièrement sensible sur lequel seule la représentation nationale dispose de la légitimité démocratique nécessaire pour prendre position.

Il est inenvisageable que, comme le suggère la Commission européenne, ces questions fassent indirectement l'objet d'une réglementation communautaire et soient finalement tranchées par la Cour de justice des communautés européennes.

*

* *

En raison des sérieuses réserves que lui inspirent certains points de cette proposition de directive, les auteurs demandent au Sénat d'adopter la proposition de résolution suivante :

PROPOSITION DE RÉSOLUTION

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 que la lutte contre les discriminations peut emprunter au moins deux voies distinctes, l'une universaliste et l'autre communautariste ; que face à la même inégalité de traitement, la démarche universaliste incite à se prévaloir de principes communs et rassembleurs, alors que la démarche communautariste valorise les différences privées et les caractéristiques personnelles ; que dans la première, le combat pour l'égalité passe par l'affirmation d'une commune appartenance à l'humanité, indépendamment des caractéristiques privées jugées secondaires, et que la seconde tend à assimiler lutte contre les inégalités et exacerbation des différences ;

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 la voie 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 ;

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 États 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 ;

Considérant 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 ;

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 ; reconnaît que le niveau d'exigence de ces obligations est sans doute fonction du niveau de richesse de la société considérée ; se demande, en conséquence, si l'échelon européen est le mieux adapté à une lutte efficace contre la discrimination à l'égard des personnes handicapées ;

Estime enfin nécessaire la rédaction d'une disposition supplémentaire levant toute ambiguïté sur les effets juridiques de la proposition de directive 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.