



Equinet's Conference – 8 décembre 2015 Equality Bodies and the new freedom of movement Directive – challenge or opportunity ?

Session 3 : The experience of Equality Bodies : the role of the Defender of rights under the Directive 2014-54 (Expériences, perspectives et stratégies)

Chrysoula MALISIANOU

Juriste au pôle Fonction publique

Département Protection sociale, travail et emploi

A titre liminaire

-Objectif du Défenseur dans le cadre de cette nouvelle Directive :

- **Assurer l'effectivité du principe d'égalité et de non-discrimination en raison de la nationalité au bénéfice des travailleurs migrants communautaires et de leur famille** afin qu'ils puissent circuler librement pour travailler au sein de l'UE (art. 1 Directive 2014/54 ; art. 45 T FUE; art. 1 à 10 Règlement 492/2011) :

En matière notamment : d'accès à l'emploi, de conditions d'emploi et de travail, de bénéfice d'avantages sociaux et fiscaux, d'accès à la formation et au logement.

-Comment l'atteindre ? :

- **Mettre en œuvre tous les dispositifs internes utiles, voire d'en combler les manques**, pour faire en sorte que les règles et les principes qui existent en la matière et qui sont renforcés par la D 2014-54 soient connus de tous et effectivement appliqués en France.

A titre liminaire

- **-Par sa nomination en tant qu'autorité de référence en la matière** (art. 4 de la Directive 2014/54), chargée de l'application de la Directive.
 - **-Pourquoi l'atteindre ?**
- **-Beaucoup d'obstacles existent encore en pratique pour les travailleurs migrants communautaires et leur famille en France :**
 - Cf. Notamment, **considérant 5 de la Directive 2014-54** :
« les travailleurs de l'Union peuvent continuer d'être confrontés à des restrictions ou à des obstacles injustifiés à l'exercice de leur droit à la libre circulation, comme la non-reconnaissance de qualifications, des discriminations fondées sur la nationalité et le fait d'être exploités lorsqu'ils se rendent dans un autre État membre. Il existe donc une fracture entre le droit et son application effective (...) ».
 - > ces obstacles devraient s'estomper par cette Directive et la nomination des autorités en charge de son application.**

Points principaux abordés

- 1) Champ de compétence et d'intervention du Défenseur des droits en lien avec celui de la Directive 2014-54 du 16 avril 2014 ;**
- 2) Principales affaires et problématiques traitées par le Défenseur en matière de LCD en raison de la nationalité des travailleurs migrants communautaires et de leur famille;**
- 3) Rôle accru du Défenseur des droits pour la protection de ces travailleurs dans le cadre de sa nomination comme autorité de référence et défis/difficultés restant à relever.**

(1) Champ de compétence et d'intervention du Défenseur en lien avec celui de la Directive 2014-54

A)-Le Défenseur des droits est compétent pour traiter de tous les sujets relevant du champ d'application de la Directive et, c'est pourquoi, il sera désigné en tant qu'autorité de référence en la matière:

- pour « *promouvoir l'égalité de traitement et soutenir les travailleurs de l'Union et les membres de leur famille*» (art 4 de la Directive) ;

-cette désignation sur laquelle le Défenseur travaille notamment avec le SGAE devrait intervenir au plus tard le 21/05/16 – elle n'appelle a priori pas de mesure de transposition complémentaire sur ce point;

-elle est en adéquation avec le champ de compétence du Défenseur : actions curatives et préventives sur:

-**lutte contre les discriminations (dont nationalité);**

-**défense des droits de l'enfant;**

-**droits et libertés des usagers du SP;**

-**déontologie de la sécurité (non concerné).**

(1) Champ de compétence et d'intervention du Défenseur en lien avec celui de la Directive 2014-54

--> Ces domaines de compétences recourent (à part les questions liées à la déontologie des forces de l'ordre) les mêmes domaines que ceux protégés par la Directive 2014-54

(art. 2 de la Directive, principalement : accès à l'emploi ; conditions d'emploi et de travail notamment - rémunération, licenciement, santé et sécurité sur le lieu de travail, réintégration professionnelle ou réemploi - ; bénéfice des avantages sociaux et fiscaux ; accès à la formation ; accès au logement ; et accès des enfants des travailleurs de l'UE à l'enseignement, à l'apprentissage et à la formation professionnelle).

--> **le Défenseur des droits, avec le juge, seront donc les garants d'un arsenal juridique interne et communautaire complet en la matière.**

(1) Champ de compétence et d'intervention du Défenseur en lien avec celui de la Directive 2014-54

B)-Il sera le garant, avec le juge, d'un arsenal juridique complet en matière de LCD en lien avec la nationalité des travailleurs migrants communautaires :

-En droit interne nous appliquons :

-Pour les formes les plus graves de discrimination : art. L.225-1 et suivants du **Code pénal** ;

-En matière civile, pour les discriminations dans l'emploi privé : art.L.1132-1 et suivants du **Code du travail** ;

-Pour les discriminations en lien avec la nationalité dans l'emploi public, dans les cas où il n'y a pas d'aspect pénal au dossier : art. 18 et 45 du **TFUE**, l'art. 21 de la **Charte des droits fondamentaux de l'UE et le R. 492/2011**.

-> Le seul domaine où il n'existe pas en France de protection en matière de distinctions fondées sur la nationalité concerne, dans l'emploi public, les emplois impliquant l'exercice de prérogatives de puissances publiques ou de la souveraineté nationale/sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat (cf. notamment, article 45 du TFUE qui prévoit que les emplois dans l'administration publique sont exclus de la protection qu'il prévoit). -> Ces exceptions ne sont pas remises en cause par la D. 2014/54 mais elles doivent être d'interprétation stricte.

(1) Champ de compétence et d'intervention du Défenseur en lien avec celui de la Directive 2014-54

- **-Pour les discriminations en lien avec la nationalité concernant l'accès aux biens et services :**

- > **Pour le logement : loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 modifiant la loi Mermaz de 1989**, mais seulement pour les locations à usage d'habitation principale;

- > **Dans les autres situations : CEDH** (art. 14 combiné à un droit substantiel tel que l'art. 1er du Premier Protocole additionnel).

- En matière d'avantages sociaux** (ex: prestations sociales): **CEDH** art. 14 combiné à un droit substantiel tel que l'art. 1^{er} du Premier Protocole additionnel.

- > **Avec la Directive 2014-54 nous disposerons d'une norme complémentaire de protection en matière de discriminations en lien avec la nationalité des travailleurs migrants communautaires dans l'emploi, l'accès aux avantages sociaux ou fiscaux, au logement ou à la formation.**

(2) Principales affaires et problématiques traitées par le Défenseur sur la LCD en raison de la nationalité des travailleurs communautaires

○ **A)-Quelques chiffres :**

Les réclamations reçues sur les discriminations en raison de la nationalité, tous champs confondus, ne sont numériquement pas très importantes par rapport aux autres critères de discrimination:

(cf. dernier rapport annuel du DDD et baromètre OIT-DDD sur la perception par les travailleurs des discriminations dans l'emploi public et privé) :

- Pour 2014, nous pouvons rappeler que :

- Le Défenseur des droits a reçu **plus de 100 000 demandes d'interventions toutes compétences confondues (dont plus de 73 000 réclamations) ;**
- **La lutte contre les discriminations représente le 2^{ème} domaine de saisine du DDD (4535 dossiers) :**
- 1)- Médiation avec les SP (34 527);
- 2)- Lutte contre les discriminations (4535);
- 3)- Droits des enfants (2493); 4) Déontologie de la sécurité (702)⁹

(2) Principales affaires et problématiques traitées par le Défenseur sur la LCD en raison de la nationalité des travailleurs communautaires

- En matière de lutte contre les discriminations, la majorité des réclamations concerne les discriminations dans l'emploi :

- -> environ 2/3 des réclamations reçues en matière de discriminations concernent l'emploi (emploi privé : 33,1 % des réclamations ; emploi public : 26,9 %);
- -> le reste des réclamations en matière de lutte contre les discriminations concerne l'accès aux biens et services (dont les prestations sociales), au logement et à la formation (...);
- **-> Ainsi, en matière de LCD en lien avec la nationalité la majorité des réclamations concerne l'emploi. Toutefois, même en ce domaine, les saisines demeurent assez faibles par rapport à d'autres critères** tels que l'origine (1^{er} critère dans l'emploi privé), l'état de santé, le handicap (1^{er} critère dans l'emploi public et les biens et services), les activités syndicales, l'état de grossesse ou le sexe.

(2) Principales affaires et problématiques traitées par le Défenseur sur la LCD en raison de la nationalité des travailleurs communautaires

-> Cela ne signifie toutefois pas que les discriminations ont été éradiquées en cette matière en France :

il ressort du dernier **(8^{ème}) Baromètre OIT-DDD sur la perception des discriminations dans l'emploi de janvier 2015**, que sur 1002 demandeurs d'emploi interrogés, près de 2/3 des demandeurs considèrent qu'avoir un nom à consonance étrangère (66%) ou être de nationalité étrangère (66%) peut engendrer une discrimination, tout comme le fait d'avoir un accent étranger (64%) ou d'être une personne de couleur (62%).

-> La nationalité demeure donc un facteur de discrimination important engendrant des difficultés préjudiciables pour les victimes en matière d'emploi, d'accès à la formation, au logement ou aux avantages sociaux ainsi qu'a pu le constater le Défenseur des droits dans les affaires dont il est saisi, d'où l'importance de l'impact de la nouvelle D. 2014-54.

(2) Principales affaires et problématiques traitées par le Défenseur sur la LCD en raison de la nationalité des travailleurs communautaires

B- Les affaires traitées démontrent que d'importantes difficultés demeurent, d'où l'intérêt de la Directive 2014-54 qui devrait participer à assurer l'effectivité des droits de ces travailleurs :

--> de nombreuses réclamations reçues par le Défenseur des droits en ce domaine **concernent les ressortissants communautaires et les membres de leur famille ressortissants des Etats ayant récemment intégré l'UE** (par ex : ressortissants roumains – intégration de l'UE au 1^{er} janvier 2007 – qui s'ils sont depuis le 1^{er} janvier 2014 des citoyens européens à part entière (fin des mesures transitoires), font régulièrement l'objet de doubles discriminations – nationalité et origine s'agissant des personnes issues de la communauté Rom).

-> Dans ce cadre, 3 secteurs principaux ont été identifiés par le Défenseur comme étant les sources les plus importantes de discrimination en lien avec la nationalité des travailleurs communautaires et de leur famille :

(2) Principales affaires et problématiques traitées par le Défenseur sur la LCD en raison de la nationalité des travailleurs communautaires

1-L'emploi privé et public (avec la spécificité de certains emplois dans l'administration publique) :

-Rappel de la situation :

- -Les emplois dans le secteur privé : en principe, la nationalité ne peut être un critère de sélection des candidats sauf pour certains emplois - exception interprétée strictement - où la nationalité peut être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante (par exemple : notaires, pilotes...).
- -Les emplois dans le secteur public pour devenir fonctionnaire: il y a une distinction entre les ressortissants de l'UE et ceux des Etats tiers, l'idée principale étant que seule la nature de l'emploi devrait être prise en compte pour demander au candidat à l'emploi d'être de nationalité française (cf. délibération ex-Halde, 30 mars 2009, n°2009-139 sur les « emplois fermés »).

(2) Principales affaires et problématiques traitées par le Défenseur sur la LCD en raison de la nationalité des travailleurs communautaires

-Exemples d'affaires traitées :

- **-Emploi privé** (demande de remplir des conditions qui ne sont pas prévues par les textes conduisant à des discriminations fondées sur la nationalité) :
- **-Décision n° MLD-2014-32 du 27 mars 2014** : rupture anticipée discriminatoire par une société privée d'un CDD d'assistante commerciale en raison de la nationalité roumaine de la réclamante (exigence par l'employeur d'un titre de séjour et d'une autorisation de travail alors que ces conditions n'étaient pas requises par la loi française - code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile - à l'égard des citoyens européens soumis à un régime transitoire ayant obtenu un diplôme au moins équivalent à un master dans un établissement d'enseignement supérieur français, ce qui était le cas de la réclamante).

(2) Principales affaires et problématiques traitées par le Défenseur sur la LCD en raison de la nationalité des travailleurs communautaires

-Décision n° MLD-2013-163 du 29 juillet 2013 : portant avis du Défenseur des droits à un Procureur de la République concernant une offre d'emploi proposée par une société privée et publiée sur le site de Pôle emploi relative à un poste d'agent de sécurité au sein d'un site nécessitant l'habilitation « confidentiel-défense », subordonnée à la détention de la nationalité française, alors qu'une telle exigence n'était pas requise par les textes.

-Emploi public (demande de remplir des conditions qui ne sont pas prévues par les textes ou qui ne sont pas utiles pour atteindre l'objectif recherché) :

-Instruction et rappel à la loi (dossier n°08-12475) : exigence de nationalité française discriminatoire pour effectuer un stage en tant qu'interne en médecine dans un hôpital militaire.

(2) Principales affaires et problématiques traitées par le Défenseur sur la LCD en raison de la nationalité des travailleurs communautaires

-Instruction et rappel à la loi (dossier n° 15-000342) : exigence de la nationalité française ou allemande discriminatoire pour une nomination en qualité de directeur ou de directeur adjoint d'un centre de recherche scientifique.

2- L'accès au logement et à l'éducation :

-Décision n°MLD-2015-13 du 7 avril 2015 : subordination par une propriétaire de la location de son appartement à une condition fondée sur l'origine, le patronyme, l'appartenance à une nation ou à une religion déterminée (en l'espèce, la propriétaire ne voulait que des locataires français avec une tolérance pour les suédois ou les allemands → Discrimination à rebours).

-Décision n°MDE-2015-299 du 18 novembre 2015 : relative à une saisine d'office concernant des enfants de nationalité roumaine issus de la communauté Rom vivant dans un squat, dont les parents rencontrent des difficultés pour les scolariser alors qu'ils devraient l'être au regard de leur intérêt supérieur et de l'existence de l'obligation d'instruction en France jusqu'à l'âge de 16 ans.

(2) Principales affaires et problématiques traitées par le Défenseur sur la LCD en raison de la nationalité des travailleurs communautaires

3-L'accès aux avantages sociaux :

-Instruction et rappel à la loi (dossier n°15-009271, concernant plus de 30 réclamants): retards importants constatés par le Défenseur dans la **liquidation des pensions de retraite au détriment d'assurés en France de nationalité espagnole résidants en Espagne**, lors de la liquidation de leur pension par le régime agricole français (Mutualité sociale agricole - MSA).

-> Cette situation a engendré des **conséquences financières très préjudiciables pour ces personnes** qui n'ont, dans la majorité des situations, comme seule ressource qu'une pension de retraite française, d'autant que les services français concernés n'apportent quasiment aucune réponse à leurs demandes.

-> Le Défenseur a, ainsi, relevé des **défaillances importantes** de la part des caisses de la MSA et des différences de traitement à l'égard de ces ressortissants communautaires **susceptibles de constituer une discrimination prohibée.**

(3) Rôle accru du Défenseur dans le cadre de sa nouvelle nomination au titre de la Directive 2014-54 et défis/difficultés restant à relever :

A- Intensification de son rôle en matière de traitement des réclamations et de service d'accès au droit, dès lors qu'il sera clairement identifié comme autorité de référence :

- il sera désigné en tant qu'autorité chargée « *de promouvoir, d'analyser, de contrôler et de soutenir l'égalité de traitement des travailleurs de l'Union et des membres de leur famille sans discrimination fondée sur la nationalité, restrictions ou obstacles injustifiés à l'exercice de leur droit à la libre circulation* » (art. 4-1); - **Dans ce cadre :**

-> il sera amené à travailler encore davantage avec ses partenaires (autres Etats européens d'où sont originaires les travailleurs communautaires, Equinet, Solvit, associations ou ONG);

-> il sera conduit à mettre en œuvre, les missions dévolues par la Directive (art. 4-2 à 5) : servir de point de contact vis-à-vis de points de contacts équivalents dans d'autres EM pour l'échange d'informations utiles, publier les infos utiles, mener des enquêtes, publier des rapports et formuler des recommandations, fournir une assistance juridique ~~ou~~ autre.

(3) Rôle accru du Défenseur dans le cadre de sa nouvelle nomination au titre de la Directive 2014-54 et défis/difficultés restant à relever :

-> il ne s'agit pas là de nouveaux pouvoirs (à une exception près) : le Défenseur est déjà, dans ses champs de compétence habilité notamment à mener des enquêtes, à publier des rapports indépendants, des informations utiles sur l'application des règles pertinentes et à mener toute autre action de promotion des droits ou de traitement des réclamations utiles.

B- Des difficultés pourraient apparaître et certaines actions du Défenseur en matière de promotion des droits pourraient être développées sur le critère de la nationalité pour les travailleurs de l'UE :

-Le Défenseur devra veiller en ce domaine à ce que son rôle ne se mélange pas à celui des organismes existants au niveau de l'UE représentés en France, tels que Solvit (risques de double compétence pour certains dossiers), ou EURES (réseau de coopération visant à faciliter la liberté de mouvement des travailleurs au sein notamment des EM) -> Afin d'assurer une bonne coopération avec ces organismes au service des citoyens ;

(3) Rôle accru du Défenseur dans le cadre de sa nouvelle nomination au titre de la Directive 2014-54 et défis restant à relever :

-Le Défenseur des droits devra aussi, en qualité de point d'accès au droit privilégié en ce domaine, mettre en œuvre les moyens pertinents dont il dispose, voire les développer, afin d'assurer la meilleure diffusion des informations dont il dispose aux citoyens intéressés, par le biais de ces organismes aussi (EURES, l'Europe est à vous) :

Art 6-2, de la Directive : « les Etats membres fournissent à titre gracieux, dans plus d'une langue officielle des institutions de l'Union, des informations claires, aisément accessibles, exhaustives et actualisées sur les droits conférés par le droit de l'Union relatif à la libre circulation des travailleurs. Il y a lieu que ces informations soient aussi aisément accessibles par l'intermédiaire de l'Europe est à vous et EURES ».

- Le Défenseur devra aussi sûrement, développer certains outils spécifiques en ce domaine en matière de formation, tels que ceux existants sur d'autres critères de discrimination, en les adaptant;

(3) Rôle accru du Défenseur dans le cadre de sa nouvelle nomination au titre de la Directive 2014-54 et défis restant à relever :

- Et, aussi devra-t-il, certainement, développer ou dupliquer en matière de discrimination en lien avec la nationalité des travailleurs migrants communautaires des outils d'information, à l'instar des plaquettes d'information déjà élaborées s'agissant, par exemple, des discriminations en raison de l'état de grossesse, de l'orientation sexuelle, de la protection sociale, ou du harcèlement discriminatoire;

-aussi, faire un lien sur son site internet sur cette question spécifique ou même sur sa plateforme web d'information, de prévention, de protection et de mobilisation pour l'égalité contre le racisme - ECR (lancée en septembre 2015);

- Une « hotline » téléphonique dédiée pourrait aussi être envisagée.

(3) Rôle accru du Défenseur dans le cadre de sa nouvelle nomination au titre de la Directive 2014-54 et défis restant à relever :

- **Le Défenseur pourrait également être amené à faire connaître largement les actions de groupe (rappelées d'ailleurs dans l'art. 3-3 de la Directive) qui seront bientôt, en France aussi, possibles en matière de discriminations et qui devront permettre un traitement plus efficace de certaines séries de réclamations** (par exemple : affaire précitée des ressortissants espagnols qui n'arrivent pas à obtenir la liquidation de leur retraite en France). **Le Défenseur devra aussi informer sur tous les autres recours juridiques possibles en France.**

-Enfin, **une autre mission qui sera dévolue au Défenseur des droits** en qualité d'autorité de référence en la matière, **mériterait d'être clarifiée** afin qu'elle ne pose pas de difficultés par rapport à ses missions actuelles : **il s'agit du rôle qui sera le sien pour fournir « une assistance, juridique et/ou autre » (art. 4-2 a de la D), à « titre gracieux » :**

(3) Rôle accru du Défenseur dans le cadre de sa nouvelle nomination au titre de la Directive 2014-54 et défis restant à relever :

- **-> jusqu'à présent, le Défenseur ne donne pas de conseils, consultations juridiques ou une assistance juridique en dehors des réclamations dont il est saisi.** Sa pratique consistant à ne donner de tels conseils que dans le cadre des réclamations présentées devant lui.
- **N'étant pas un avocat, mais une autorité constitutionnelle indépendante, il ne peut en principe donner des consultations juridiques, sauf à considérer que cette mission fait partie de son rôle au titre de la promotion de l'égalité et de l'accès au droit dont il a la charge,** mais il faudrait alors redéfinir en partie ce rôle.
 - **--> En tout état de cause, une clarification serait utile sur ce point, en vue de garantir une meilleure défense encore des droits fondamentaux dont il a la charge.**

MERCI DE VOTRE ATTENTION

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**LE DÉFENSEUR
DES DROITS**

