

**Proposition de loi visant à lutter contre les discriminations par la pratique de tests individuels et statistiques (n° 1494)**

Document faisant état de l'avancement des travaux du rapporteur,

M. Marc Ferracci

20 novembre 2023

**COMMENTAIRE DE LA PROPOSITION DE LOI**

*Article 1<sup>er</sup>*

**Désignation d'un service chargé de la réalisation des tests de discrimination individuels et statistiques**

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Le présent article prévoit la désignation d'un service, placé sous l'autorité du Premier ministre, pour œuvrer à la connaissance, à la prévention et à la correction des situations de discrimination *via* la réalisation de tests de discrimination individuels ou statistiques.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

L'article 45 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances a reconnu la valeur des tests de discrimination en tant que preuve pénale, consacrant ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière.

L'article 180 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a complété l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, afin de reconnaître la possibilité d'utiliser le test de discrimination individuel en matière civile.

Les articles 225-1 du code pénal et 1132-1 du code du travail, qui dressent la liste des différents critères de discrimination reconnus par la loi, ont été complétés à plusieurs reprises. Le plus récent, introduit par la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, interdit les discriminations fondées sur le statut de lanceur d'alerte.

## 1. L'état du droit

### a. Définition des tests individuels et statistiques

Selon Frédéric Burnier et Brigitte Pesquié, « *le test de discrimination est un mode d'enquête destiné à établir l'existence de pratiques discriminatoires. Il est surtout connu et étudié dans sa dimension sociologique ou statistique de mesure de la discrimination. [...] Il tend maintenant à devenir un mode de preuve devant la justice pénale* »<sup>(1)</sup>.

On distingue donc les tests individuels, qui ont vocation à démontrer qu'une personne est victime de discrimination, et les tests statistiques, qui cherchent à identifier des comportements discriminatoires généraux au sein d'une organisation. **La méthode est comparable mais pas identique.**

**Dans les deux cas**, il s'agit de reproduire la situation de discrimination (envoi d'une candidature, visite d'un logement, dépôt d'une demande de prêt, etc.), en faisant varier certains paramètres de façon à identifier la présence de discriminations fondées sur un critère interdit par la loi<sup>(2)</sup> (tel que, par exemple, l'origine, le sexe, les opinions politiques, l'« *appartenance [...], vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée* », l'orientation sexuelle, le handicap, l'apparence physique, la situation de famille ou le lieu de résidence).

**Cette technique d'enquête ne peut pas s'appliquer à toutes les situations de discriminations**, par exemple lorsqu'elles s'exercent sur le temps long – c'est le cas des inégalités de salaires au cours d'une carrière – ou quand elles interviennent au milieu d'autres paramètres difficiles à quantifier – comme c'est souvent le cas pendant les entretiens d'embauche. Dans ce cas, d'autres méthodes quantitatives ou qualitatives peuvent être utilisées (étude de cohorte sur plusieurs années, comparaison de profils similaires, etc.).

Les **tests statistiques** procèdent généralement par sondage, par exemple en envoyant un grand nombre de candidatures concurrentes à partir de vrais ou de faux profils. Ils permettent d'identifier des récurrences pouvant laisser imaginer que des discriminations pourraient avoir lieu en cas de vraies candidatures.

Les **tests individuels** interviennent dans un contexte contentieux, pour prouver une situation concrète de discrimination dont sont victimes une ou plusieurs personnes. Dans le cas d'un recrutement, la démarche consisterait à envoyer sur un même poste quelques candidatures équivalentes en qualité pour voir si le refus est lié à autre chose qu'un critère normal de recrutement.

Si les tests statistiques ont une finalité principalement académique, les tests individuels peuvent avoir des conséquences lourdes et font donc l'objet d'un encadrement spécifique.

---

(1) Burnier Frédéric et Brigitte Pesquié. « Test de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques*, vol. 5, n° 3, 2007, pp. 60-67.

(2) La liste des discriminations pénalement réprimées est fixée par les articles 225-1, 225-1-1 et 225-1-2 du code pénal et L 1146-1 et L. 2146-2 du code du travail.

### ***b. Un aménagement du principe de loyauté de la preuve***

Les discriminations se définissant comme des différences de traitement, la situation en cause ne peut donc être considérée comme une discrimination qu'à partir d'une comparaison avec d'autres situations. Or, « *s'il est relativement facile de constater la réalité d'un refus de vente, d'un refus d'accès à une discothèque, d'un refus d'embauche, d'un licenciement, etc., il est infiniment plus délicat d'établir que ce comportement a pour cause certaine (même si ce n'est pas la cause exclusive) un des motifs discriminatoires interdits* »<sup>(1)</sup>. Le test individuel de discrimination tente de répondre à cette exigence.

Si ce mode de preuve n'est pas interdit, conformément au **principe de liberté probatoire**<sup>(2)</sup>, il déroge toutefois à l'acception habituelle du **principe de loyauté de la preuve** selon laquelle sont écartées les preuves obtenues de manière déloyale. La Cour de cassation a encore récemment rappelé qu'« *en application de l'article 9 du code de procédure civile et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, la preuve obtenue par un stratagème se caractérisant par un montage, une mise en scène, une opération clandestine, est déloyale* »<sup>(3)</sup>.

C'est sur ce motif que la cour d'appel de Montpellier avait estimé, le 5 juin 2001, que le procédé du test était déloyal. Le tribunal et la cour d'appel avaient alors refusé d'examiner cette preuve car le test avait été organisé hors l'intervention d'un officier de police judiciaire ou d'un huissier de justice. Le 11 juin 2002, **la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré au contraire que le test de discrimination ne pouvait être écarté des modes de preuve pour son caractère déloyal**, ouvrant ainsi largement la voie à son utilisation.

Cette décision s'inscrivait dans la continuité de la jurisprudence européenne, puisque la Cour européenne des droits de l'Homme avait déjà estimé que **l'obtention de la preuve n'était pas déloyale tant qu'elle ne faisait pas naître l'intention de commettre l'infraction**. Dans une affaire concernant le rôle d'un agent infiltré, elle avait considéré qu'« *une distinction devrait être opérée entre les cas où l'action de l'agent infiltré crée une intention criminelle jusqu'alors absente et ceux où l'intéressé serait déjà potentiellement disposé à commettre l'infraction. En l'occurrence, lesdits policiers se seraient bornés à révéler une intention criminelle existante, mais à l'état latent, en fournissant [...] l'occasion de la concrétiser* »<sup>(4)</sup>.

---

(1) Burnier Frédéric et Brigitte Pesquié. « Test de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques*, vol. 5, n° 3, 2007, pp. 60-67.

(2) Article 427 du code de procédure pénale : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ».

(3) Cour de cassation, 10 juillet 2021, n°20-14.670.

(4) CEDH, Teixeira de Castro contre Portugal, 9 juin 1998, n° 25829/94.

Les tests de discrimination individuels ont donc d'abord été reconnus comme des preuves en matière pénale par la jurisprudence, avant d'être consacrés par la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances. L'article 225-3-1 du code pénal précise désormais que les délits en matière de discrimination « *sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie* ».

**Ces tests ont ensuite fait l'objet de la même reconnaissance en matière civile.** La loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a complété l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, afin de reconnaître la possibilité d'utiliser le test de discrimination individuel dans tout contentieux en matière de discrimination, notamment à l'occasion des actions de groupe en matière de discrimination, créées par l'article 60 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle.

Le rapport de la commission des Lois de l'Assemblée nationale sur cette mesure indiquait : « *Contrairement à la règle qui prévaut en droit pénal, l'article 9 du code de procédure civile prévoit qu'il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention. La précision apportée sera d'autant plus utile une fois entrée en vigueur l'action de groupe contre les discriminations, qui figure dans le projet de loi actuellement en navette relatif à la Justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, dès lors que le testing pourra efficacement être employé pour la répression au civil des discriminations de masse* » <sup>(1)</sup>.

### ***c. Un élément de preuve difficile à produire et à faire valoir***

Pour être utile au plaignant et lui permettre de prouver la matérialité de l'infraction dont il est victime, ainsi que la culpabilité du suspect, **le test doit être suffisamment robuste** : « *les juridictions ont manifesté dans ce secteur des exigences élevées quant à la preuve des faits et surtout de l'intention de leur auteur* » <sup>(2)</sup>.

La jurisprudence considère **le test de discrimination comme un élément de preuve recevable et utile, mais rarement suffisant**. Il faut généralement fournir d'autres éléments d'enquête pour démontrer l'intentionnalité de l'infraction commise. Les personnes visées par les tests contestent souvent la méthodologie retenue pour dévaloriser la preuve fournie.

---

(1) Assemblée nationale, *Rapport de la commission des Lois sur le projet de loi égalité et citoyenneté, Première lecture, 17 juin 2016, XV<sup>ème</sup> législature, p. 710.*

(2) Burnier Frédéric et Brigitte Pesquié. « Test de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques, vol. 5, n° 3, 2007, pp. 60-67.*

**La mise en œuvre du test de discrimination est également exigeante.** Une circulaire du ministère de la justice du 26 juin 2006 précise que, **si la personne de référence utilisée pour la comparaison peut être fictive, la personne discriminée doit être une personne physique réelle.** Autrement dit une condamnation ne saurait reposer sur un test réalisé avec une série de faux profils, c'est-à-dire sans victime.

Cela limite la marge de manœuvre des associations souhaitant démontrer l'existence d'une discrimination de nature à entraîner des poursuites pénales, car elles doivent pouvoir s'appuyer sur une personne réelle. En pratique, il est donc nécessaire que la personne qui s'estime discriminée obtienne rapidement un profil de référence pour pouvoir disposer de la comparaison, même dans un délai restreint.

Il n'existe **pas d'encadrement quant aux personnes compétentes pour réaliser ces tests.** Dans le projet initial de la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, l'article 225-3-1 du code pénal limitait les autorités qui pouvaient conduire ces tests de discrimination (officier de police judiciaire, huissier de justice ou agent assermenté de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité <sup>(1)</sup>). Au cours de la navette, le Sénat a décidé de supprimer cette mention, afin que toute personne, notamment les associations, puisse réaliser des tests de discrimination. À ce jour, **outre la Défenseure des droits, les associations, les avocats et même les particuliers peuvent réaliser des tests individuels.**

Malgré ces possibilités, **le recours aux tests de discriminations individuels reste rare, en raison des difficultés à la fois pratiques pour les réaliser et juridiques pour les faire valoir.** D'où la nécessité de renforcer l'accompagnement offert aux personnes victimes de discriminations qui, selon la Défenseure des droits, sont déjà très nombreuses à ne pas porter plainte. La Défenseure des droits, qui est compétente pour mener de tels test, a indiqué lors de son audition qu'elle réalise environ cinquante tests de discrimination par an, ce qui est loin d'être suffisant pour répondre au phénomène. Le Défenseur des droits à également mis à disposition des usagers un guide dédié <sup>(2)</sup>.

**Les tests statistiques ne posent pas les mêmes difficultés et exigences** dès lors que leur finalité, à ce jour, est essentiellement académique. Différentes études et baromètres existent, s'appuyant sur des universitaires, des associations ou des institutions comme le Défenseur des droits. Il s'agit d'un moyen d'information générale, mais **pas encore d'un outil de politique publique au service d'une stratégie coordonnée de lutte contre les discriminations.** La question de leur fiabilité se pose néanmoins dès lors que ceux-ci peuvent avoir des conséquences sur les personnes morales testées <sup>(3)</sup>.

---

(1) La HALDE a ensuite été fondue dans le Défenseur des droits.

(2) [https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/2023-03/DDD\\_fiche-pratique\\_methodologie-test-discrimination\\_20200408.pdf](https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/2023-03/DDD_fiche-pratique_methodologie-test-discrimination_20200408.pdf)

(3) Voir commentaire de l'article 3.

## 2. Le dispositif proposé

L'article 1<sup>er</sup> prévoit la création d'un service – ou la désignation d'un service existant – pour « *œuvrer à la connaissance, à la prévention et à la correction des situations de discrimination* ».

Bien qu'une telle disposition puisse également relever du domaine réglementaire, **rien ne s'oppose à la création, par la loi, d'un service placé auprès du Premier ministre**. L'intervention du législateur est justifiée par les domaines concernés qui entrent pleinement dans le champ de l'article 34 (« *droits civiques* », « *garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », « *droit du travail* », « *droit syndical* »), ainsi que par les prérogatives importantes qui sont confiées à ce service, notamment en matière de sanction.

**D'autres services ont ainsi pu être créés par la loi**. C'est le cas de l'agence française anticorruption, créée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, ou encore du service créé par l'article 5 de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants <sup>(1)</sup>.

Le service désigné pourrait être la délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT (DILCRAH), créé par un décret du 16 février 2012 pour appuyer le comité interministériel de lutte contre le racisme et l'antisémitisme institué en 2003 <sup>(2)</sup>. La DILCRAH a été placée auprès du premier ministre par le décret du 22 décembre 2016. L'adoption d'un amendement de votre rapporteur à l'occasion du projet de loi de finances pour 2024 devrait permettre le renforcement des moyens accordés à la DILCRAH, à hauteur de trois millions d'euros, pour exercer cette mission <sup>(3)</sup>.

Ce service remplirait **six missions** concernant, d'une part, les tests individuels et, d'autre part, les tests statistiques.

### *a. Les tests individuels (1° et 2°)*

Le 1° confie au service un **rôle d'information, de conseil et d'orientation des personnes souhaitant réaliser des tests individuels** de discrimination. Sont concernées les différentes infractions pénales relatives aux discriminations :

– les discriminations visées aux articles 225-1, 225-2 et 432-7 du code pénal ;

– les discriminations relatives à l'exercice du droit syndical (article L. 2146-2 du code du travail) et à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (article L. 1146-1 du code du travail).

---

(1) Ce service est depuis devenu TRACFIN.

(2) Décret n°2003-1164 du 8 décembre 2003 portant création du comité interministériel de lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine envers les personnes lesbiennes, gays, bi et trans.

(3) Amendement n° II-4671 de M. Marc Ferracci.

### **Article 225-1 du code pénal**

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques [ou morales] sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un lanceur d'alerte au sens, respectivement, du I de l'article 6 et des 1° et 2° de l'article 6-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée. [...]

### **Article 225-1-1 du code pénal**

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés.

### **Article 225-1-2 du code pénal**

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de bizutage définis à l'article 225-16-1 ou témoigné de tels faits.

### **Article 225-2 du code pénal**

La discrimination définie aux articles 225-1 à 225-1-2, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
- 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
- 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
- 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou 225-1-2 ;
- 5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou 225-1-2 ;
- 6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende.

### **Article 432-7 du code pénal**

La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;
- 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque.

### **Article L. 1146-1 du code du travail**

Le fait de méconnaître les dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, prévues par les articles L. 1142-1 et L. 1142-2, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros.

La juridiction peut également ordonner, à titre de peine complémentaire, l'affichage du jugement aux frais de la personne condamnée dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal et son insertion, intégrale ou par extraits, dans les journaux qu'elle désigne. Ces frais ne peuvent excéder le montant maximum de l'amende encourue.

### **Article L. 2146-2 du code du travail**

Le fait pour l'employeur de méconnaître les dispositions des articles L. 2141-5 à L. 2141-8, relatives à la discrimination syndicale, est puni d'une amende de 3 750 euros.

La récidive est punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7 500 euros.

Le 2° prévoit que le service ait **la faculté de réaliser les tests de discrimination individuel** à la demande d'une personne s'estimant victime de l'une des discriminations précédemment mentionnées. Combiné avec les prérogatives prévues au 1°, le service pourra produire dans des délais brefs une candidature contrefactuelle similaire à la sienne, adresser celle-ci à la personne morale testée et recueillir la réponse de cette dernière afin de mettre en évidence, le cas échéant, une présomption de discrimination.

Le service pourra également mettre à disposition des personnes qui le saisissent des informations sur le déroulement d'un test, des modèles de candidatures contrefactuelles facilement mobilisables, une aide dans l'interprétation des résultats obtenus et des conseils quant aux suites pouvant y être données. **Cette mission d'ingénierie est indispensable au déclenchement rapide des tests**, et ainsi à un accroissement du recours à cette méthode de preuve.

Ce travail se déroulera **en bonne intelligence avec les autres acteurs de la lutte contre les discriminations**, qu'il s'agisse des associations, des syndicats ou du Défenseur des droits, qui pourront informer la personne sur l'existence de ce nouveau service public dédié spécifiquement à la réalisation des tests.

En ce sens, le dispositif prévu ne crée **pas une concurrence et une confusion** entre les rôles de chacun, mais **plutôt une complémentarité en ce qu'il vise à renforcer la capacité à réaliser des tests**. Ceci pouvant, à terme, **réduire le non-recours aux droits**, ce qui doit être l'objectif principal des politiques de lutte contre les discriminations.

***b. Les tests statistiques (3° à 5°)***

Le 3° confie à ce même service la mission de réaliser lui-même, ou par l'intermédiaire d'une association ou d'une autre organisation compétente, des tests statistiques ayant pour objectif de s'assurer de l'absence de discrimination « *systémique* » au sein d'une organisation. Toutes les discriminations sont visées, tant celles prévues dans le code pénal par les articles 225-1 à 225-1-2 que celles prévues par l'article L. 1132-1 du code du travail <sup>(1)</sup>.

Ces tests ne répondent pas à des demandes individuelles, même si des signalements peuvent être pris en compte pour élaborer le programme du contrôle. Ce programme de contrôle est défini par le Gouvernement, en fonction des objectifs de politique publique qu'il se fixe. Il pourrait ainsi fixer des critères de discrimination ou des secteurs en particulier.

Dans son avis n° 23-06 du 13 novembre 2023, le Défenseur des droits a indiqué que « *la proposition de loi va dans le sens des recommandations de la Défenseure des droits qui demande depuis plusieurs années que des campagnes nationales de testings, visant le champ de l'accès à l'emploi comme au logement ou d'autres biens et services, soient régulièrement réalisées* ».

Une fois les contrôles menés, le service a également **un rôle d'accompagnement et, le cas échéant, de sanction**.

Le 4° prévoit que le service assiste, à leur demande, les personnes visées par les tests pour corriger les situations de discriminations, notamment en leur fournissant des outils et des conseils pratiques d'amélioration des procédures interne.

Le 5° précise que le service rend publics les résultats des tests statistiques dans les conditions prévues par l'article 3. Le II et le III de l'article 3 prévoient en effet que, lorsqu'une situation de discrimination est identifiée par un test, le résultat est rendu public si l'accord ou le plan d'action qu'elle doit mettre en place pour corriger la situation est insuffisant ou inexistant.

Enfin, **le 6° de l'article 1<sup>er</sup>** prévoit que le service élaborera un rapport annuel d'activité portant notamment sur les suites données aux tests statistiques et individuels de discrimination. Il ne s'agit pas de rendre publics l'ensemble des résultats des tests, ce qui est prévu sous certaines conditions par l'article 3, mais de présenter des statistiques globales sur l'efficacité de ces tests et d'en tirer des recommandations pour les pouvoirs publics.

---

(1) Voir article 3 de la présente proposition de loi.

\*

\* \*

## *Article 2*

### **Création d'un comité des parties prenantes au sein du service chargé de la réalisation des tests de discrimination individuels et statistiques**

#### ➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Le présent article vise à créer un comité des parties prenantes, chargé d'accompagner le service mentionné à l'article 1<sup>er</sup> dans l'exercice de ses missions, notamment en élaborant la méthodologie des tests et en assurant le suivi de leurs résultats.

Ce comité est composé de personnalités qualifiées dans le domaine des discriminations, d'élus et de représentants des personnes morales susceptibles d'être testées.

#### ➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

Aucune.

#### **1. Composition du comité des parties prenantes**

La composition du comité vise à **garantir l'indépendance et l'impartialité des décisions** qui seront prises. Il comprend :

– **deux députés et deux sénateurs**, désignés respectivement par l'Assemblée nationale et par le Sénat. Ces élus, membres de la majorité et de l'opposition, pourront s'assurer de l'impartialité du fonctionnement du service, ainsi que du programme de contrôle élaboré par le Gouvernement ;

– des **personnalités choisies en raison de leurs compétences** en matière statistique, juridique, économique ou sociale, qui seront en mesure de garantir la fiabilité des tests au stade de leur élaboration et de l'analyse de leurs résultats, d'élaborer la méthode scientifique nécessaire et d'évaluer efficacement les procédures mises en œuvre dans les organisations testées ;

– des **représentants des personnes morales publiques et privées susceptibles d'être testées**, qui permettront la présence du regard des salariés et des employeurs sur le fonctionnement du service et aideront, par leur connaissance du terrain, à interpréter les résultats, à assister les personnes morales testées et à apprécier les efforts qu'elles fournissent ;

– un **membre désigné par le Défenseur des droits**, ce dernier disposant d'une expertise en matière de discrimination et présentant des garanties d'indépendance élevées.

## 2. Prérogatives du comité des parties prenantes

Le comité des parties prenantes se voit confier **deux blocs de compétences**.

### *a. Élaborer une doctrine générale en matière de tests de discrimination*

Le comité aurait vocation à **élaborer une doctrine générale** en matière de conception et d'interprétation des tests de discrimination.

- À ce titre, il a un **rôle d'animation des réflexions interministérielles** sur la question de la lutte contre les discriminations, par l'organisation de concertations et de débats. Il peut **formuler des recommandations** concernant la lutte contre les discriminations, notamment à l'occasion de la publication du rapport annuel d'activité prévu au 6° du I de l'article 1<sup>er</sup> de la proposition de loi.

- Il a également pour mission de **définir une méthodologie** en matière de conception, de déroulement et d'analyse des tests de discrimination individuels ou statistiques, applicables aux projets de tests qui seront retenus. Ces derniers soulèvent effectivement de nombreuses **questions juridiques, éthiques et scientifiques**. Cette méthodologie pourra être utile au service mentionné à l'article 1<sup>er</sup> pour mener à bien ses missions, et le comité pourrait être sollicité pour se prononcer sur toute question nouvelle.

Cette méthodologie, applicable aux projets engagés par le service pour garantir la cohérence des résultats, n'empêchera aucunement la réalisation d'autres types de tests dans le champ académique, selon leur propre méthodologie.

### *b. Rendre des avis et recommandations sur les tests réalisés*

Le comité est également appelé à **se prononcer sur les tests** menés à partir du programme de contrôle élaboré par le Gouvernement et des saisines des personnes qui s'estiment victimes de discrimination.

- **Avant les tests**, il sera amené à valider la méthodologie retenue pour réaliser le test, afin que celle-ci soit adaptée au type d'organisation et de discrimination visées, et que les résultats du test fassent l'objet d'un consensus entre les acteurs.

- **Après les tests**, il émettra des avis sur les suites devant être données aux tests, en particulier lorsque ceux-ci aboutissent à la détection d'une situation de discrimination.

Lorsqu'il s'agit d'un **test statistique**, le comité peut rendre **un avis sur les résultats et sur les mesures que la personne visée devra mettre en œuvre** dans le cadre prévu par l'article 3 <sup>(1)</sup>. Lorsque ses recommandations ne sont pas suivies et que les mesures prises sont insuffisantes, le service mentionné à l'article 1<sup>er</sup> peut saisir le comité pour avis, avant de rendre public le résultat du test <sup>(2)</sup> ou de prononcer une sanction financière <sup>(3)</sup>.

---

(1) II et III de l'article 3.

(2) Alinéa 7 et 10 de l'article 3.

(3) IV de l'article 3.

\*

\* \*

### Article 3

## Procédures en cas de test statistique révélant des pratiques discriminatoires

### ➤ Résumé du dispositif et effets principaux

Le présent article prévoit les suites données à un test statistique laissant supposer l'existence de discriminations dans une organisation. Lorsqu'il s'agit d'une discrimination au sens du code du travail, l'employeur concerné doit négocier un accord ou prévoir un plan d'action pour corriger la situation. Lorsqu'il s'agit d'une discrimination au sens du code pénal, la personne concernée doit établir un plan d'action pour mettre fin aux discriminations constatées.

En cas d'absence de réaction ou d'insuffisance de la réponse adoptée, les personnes visées s'exposent à la publication des résultats du test, ainsi qu'à une amende administrative.

### ➤ Dernières modifications législatives intervenues

La loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel a prévu une obligation de prendre des mesures correctives en fonction d'un indicateur d'écart de rémunération entre les femmes et les hommes, sous peine de sanction financière.

#### 1. L'état du droit

##### *a. Les tests statistiques ne sont pas utilisés dans un cadre contentieux*

Le cadre juridique relatif à l'utilisation des tests individuels est précisément défini par la loi et la jurisprudence<sup>(1)</sup>. Concernant les tests statistiques, leur utilisation à ce jour a principalement **une visée académique ou journalistique**, afin de démontrer la présence de discriminations dans un secteur ou une organisation et d'en informer le public.

Les tests statistiques offrent rarement la possibilité de démontrer l'existence d'une infraction pénale, en l'absence de plaignant associé au test. Ainsi, « *même si certains tests statistiques ont pu conforter d'autres constatations et contribuer à étayer un faisceau d'indices concordants, ils ne sauraient à eux seuls établir la preuve d'une infraction. C'est une différence essentielle entre la matière civile et la matière pénale.* »<sup>(2)</sup>.

---

(1) Voir commentaire de l'article 1<sup>er</sup>.

(2) Burnier Frédéric et Brigitte Pesquié. « Test de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques*, vol. 5, n° 3, 2007, pp. 60-67.

S'il existe bien des sanctions en matière pénale <sup>(1)</sup> et civile <sup>(2)</sup> pouvant résulter d'un test de discrimination individuel, **il n'existe pas de sanctions associées aux résultats d'un test de discrimination statistique.**

Toutefois, **le développement récent des actions de groupe est venu brouiller la frontière entre test individuel et test statistique**, puisqu'un groupe de personnes s'estimant victimes de discrimination peut désormais faire valoir ses droits collectivement, si nécessaire en s'appuyant sur des tests de discrimination <sup>(3)</sup>. Pour ces personnes, les résultats d'un test statistique peuvent être utiles pour justifier la mise en demeure de la personne visée par l'action et, éventuellement, la réparation du préjudice subi. À ce jour, la jurisprudence ne fait cependant pas état de l'utilisation de tests de discrimination dans le cadre de cette procédure.

### ***b. Autres exemples de sanctions administratives***

Les articles L. 1142-8 et suivants du code du travail prévoient déjà un mécanisme de contrôle et de pénalité, basé sur des indicateurs de discrimination – en l'occurrence en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

Depuis la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, tout employeur d'au moins cinquante salariés doit publier des indicateurs relatifs aux écarts de rémunération et aux actions mises en œuvre pour les supprimer. En-deçà d'un certain niveau, cette question doit obligatoire être intégrée dans le cadre des négociations professionnelles ou faire l'objet d'un plan d'action.

Ce dispositif intervient en complément de la négociation obligatoire devant être engagée par l'employeur au moins tous les quatre ans concernant « *l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération, et la qualité de vie et des conditions de travail* » <sup>(4)</sup>.

Lorsque, dans un délai de trois ans, l'entreprise ne s'est pas mise en conformité, elle encourt une pénalité dont le montant est fixé au maximum à 1 % des rémunérations et gains versés aux salariés. Cette sanction s'applique également aux entreprises qui n'ont pas négocié d'accord, ni mis en place de plan d'action, en application de l'article L. 2242-8 du code du travail.

---

(1) Articles 225-2 et 432-7 du code pénal et L. 2145-2, L. 1146-1 du code du travail.

(2) Tests réalisés sur la base de l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

(3) L'article 60 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle.

(4) 2° de l'article L. 2242-1 du code du travail.

## 2. Le dispositif proposé

Le présent article vise exclusivement les suites données aux tests réalisés en application du 3<sup>o</sup> de l'article 1<sup>er</sup> de la proposition de loi, à savoir les tests statistiques.

- Le **I** définit les suites données par le service mentionné à l'article 1<sup>er</sup> aux tests statistiques révélant l'existence de pratiques discriminatoires.

En premier lieu, **le service informe l'autorité administrative territorialement compétente**, afin que celle-ci puisse enclencher la procédure contraignante prévue aux II et III du même article.

En second lieu, il a **la faculté de rendre public**, après avis du comité des parties prenantes, les résultats du test, ce qui constitue un premier niveau de sanction pouvant être déclenché en cas de non-respect des mesures prévues au II et III du même article.

- Le **II** et le **III** prévoient les mesures devant être prises par les personnes visées par un test de discrimination lorsque celui-ci permet d'identifier l'existence d'une situation de discrimination.

Le **II** s'applique aux discriminations dans l'emploi, telles qu'elles sont définies à l'article L. 1132-1 du code du travail. Le **III** s'applique aux discriminations au sens de l'article L. 225-2 du code pénal, à savoir toute distinction opérée sur un critère de discrimination ayant pour conséquence de refuser ou de subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service ; d'entraver l'exercice normal d'une activité économique ; de refuser d'embaucher, de sanctionner ou de licencier une personne.

**Lorsque la discrimination est opérée par un employeur**, il est mis en demeure par l'autorité administrative en charge du travail territorialement compétente, informée par le service mentionné à l'article 1<sup>er</sup> :

- soit d'**engager la négociation** d'un accord visant à prévenir ou corriger les discriminations ;

- soit, à défaut d'accord, d'**établir un plan d'action** visant à prévenir ou corriger les discriminations, après consultation du comité social et économique.

### **Article L. 1132-1 du code du travail**

Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, d'horaires de travail, d'évaluation de la performance, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de sa qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un lanceur d'alerte, au sens, respectivement, du I de l'article 6 et des 1° et 2° de l'article 6-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

**Lorsqu'il s'agit d'une discrimination au sens de l'article 225-2 du code pénal**, l'autorité administrative met en demeure la personne morale visée de réaliser seulement le plan d'action précédemment mentionné.

Dans les deux cas, ces mesures doivent être prises dans un **délai de six mois**. Une exception est prévue pour permettre d'allonger ce délai de trois mois lorsque la négociation d'un accord est en cours et qu'il est en voie d'être conclu.

Les accords ou plans d'action doivent **définir des objectifs et des mesures pour les atteindre**, en s'appuyant sur l'avis du comité des parties prenantes et sur les recommandations particulières et générales qu'il formule, en application de l'article 2. Le 4° de l'article 1<sup>er</sup> prévoit également que le service peut assister, à leur demande, les organisations dans la correction de la situation.

Un décret en Conseil d'État viendra préciser les éléments que doivent contenir l'accord ou le plan d'action.

L'accord ou le plan d'action sont ensuite transmis à l'autorité territorialement compétente et au service mentionné à l'article 1<sup>er</sup>, qui évaluent la pertinence des mesures prises.

**Si le plan ou l'accord ne contient pas les éléments obligatoires sur lesquels il doit porter pour prévenir ou corriger les discriminations, les résultats sont publiés** après un échange contradictoire.

Cette publication est une exception aux principes fixés par les articles L. 311-6 et L. 312-1-2 du code des relations entre le public et l'administration, qui limitent la communication des documents administratifs.

• Enfin, le **IV** prévoit, en dernier recours, **une procédure de sanction financière** lorsque la personne visée par le test ne met en place aucune des mesures prescrites ou les met en place de manière manifestement incomplète.

Cette sanction prend la forme d'une amende administrative qui s'élèverait au maximum à 0,5 % des rémunérations et gains versés annuellement aux travailleurs salariés ou assimilés, au sens du premier alinéa des articles L. 242-1 du code de la sécurité sociale et L. 741-10 du code rural et de la pêche maritime.

\*

\* \*

#### *Article 4*

#### **Gage financier**

Le présent article prévoit un gage financier, visant à compenser la charge pour l'État résultant de l'application de la présente proposition de loi, notamment du fait de la création de nouvelles missions confiées aux services du Premier ministre et de l'externalisation de la réalisation des tests statistiques auprès d'acteurs expérimentés en la matière.

Cette compensation est réalisée par la création d'une taxe additionnelle à l'accise sur les tabacs prévue au chapitre IV du titre Ier du livre III du code des impositions sur les biens et services.

\*

\* \*