Le principe de liberté contractuelle, un frein à l'effectivité du droit de la non-discrimination dans l'accès au logement privé ?

Eva Menduiña Gordón

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2057>

DOI : 10.4000/revdh.2057

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Eva Menduiña Gordón, « Le principe de liberté contractuelle, un frein à l'effectivité du droit de la non-discrimination dans l'accès au logement privé ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 04 mars 2016, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2057> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2057>

Ce document a été généré automatiquement le 10 décembre 2020.

Tous droits réservés

Le principe de liberté contractuelle, un frein à l'effectivité du droit de la non-discrimination dans l'accès au logement privé¹ ?

Eva Menduiña Gordón

- 1 L'interdiction de discriminer dans l'accès au logement est prévue dans plusieurs textes. D'un côté, l'article 1^{er} de la loi Mermaz dispose « qu'aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement pour un motif discriminatoire défini à l'article 225-1 du Code pénal », de l'autre côté, le Code pénal inclut ce délit dans un libellé plus large qui interdit de « refuser la fourniture d'un bien ou d'un service » en raison de la liste de critères prohibés (art. 225-2, 1^o du CP).
- 2 Pourtant, en dépit d'un arsenal juridique qui interdit aussi bien par la voie pénale que par la voie civile la discrimination dans l'accès au logement, le contentieux en la matière se fait rare. Peut-on en identifier les raisons ? L'idée que le bailleur est libre de contracter ou de ne pas contracter pourrait être une clef d'analyse intéressante et explicative de l'absence de recours des candidats à la location évincés (I) ainsi que des quelques résistances des juges à reconnaître la discrimination dans l'accès au logement lorsqu'ils sont saisis de ce grief (II).

I L'absence de recours et la liberté contractuelle

- 3 Le logement est un domaine considéré comme étant traditionnellement sujet à discrimination. Une décision de la Cour d'appel de Paris, du 12 novembre 1974 l'énonçait par exemple, déjà à l'époque, en affirmant « que c'est précisément en matière de logement que l'esprit de discrimination raciale trouve l'occasion fréquente de se manifester² ». L'exposé des motifs de la proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités identifie le logement comme étant un des trois domaines dans lesquels les discriminations sont

constatées³. Les données statistiques viennent à l'appui de ces affirmations. D'une part, l'enquête IFOP sur les discriminations dans l'accès au logement locatif, commandée par le Défenseur des droits en novembre 2012, conforte également ces affirmations. 82% du panel représentatif de l'ensemble de la population française considère en effet que les discriminations dans l'accès à un logement locatif sont fréquentes. Les catégories pressenties comme étant les plus exposées sont les personnes ayant un revenu irrégulier (CDD, intérim). Or, l'irrégularité des revenus concerne le plus souvent des populations spécifiquement exposées aux discriminations, telles que les personnes jeunes, d'origine immigrée, les familles monoparentales... Le (jeune) âge est le deuxième critère cité après les revenus. D'autre part, le « testing » mené par l'INC « 60 millions de consommateurs » corrobore la persistance des refus de location abusifs. À revenu égal, le candidat s'exprimant avec un accent maghrébin ou africain a essuyé le plus grand nombre de refus pour obtenir un rendez-vous auprès d'une agence immobilière (33 %), devant la mère célibataire (30 %), la personne sous curatelle (29%) et, enfin, la personne âgée de 71 ans (24%). Les chiffres de ce « testing » montrent par ailleurs que le candidat à l'accent étranger devra fournir quatre fois plus de justificatifs que le candidat de référence⁴.

- 4 Bien que le phénomène de discrimination dans le logement privé soit donc indiscutablement prégnant, il n'en demeure pas moins que le pourcentage de plaintes en la matière est infime. À ce propos, le rapport annuel 2014 du Défenseur des droits signale que seulement 2,60% des réclamations dans le domaine de la lutte contre les discriminations se réfèrent au logement privé. Dans la période 2005- 2012, le Défenseur des droits avait reçu 2780 réclamations sur le logement, soit, 5% de l'ensemble⁵. Les saisines judiciaires sont beaucoup plus difficiles à comptabiliser, mais elles sont nécessairement peu nombreuses au vu de la rareté des décisions existantes. Selon l'enquête Parcours et profil de migrants, seulement 7% des enquêtés avaient engagé des démarches pour faire reconnaître leurs droits alors que 27 % avaient eu une expérience de discrimination dans le logement⁶. En définitive, le décalage entre l'ampleur des phénomènes observés et le faible volume des actions juridiques est avéré et ne manque pas d'interroger le chercheur.
- 5 En amont, pourquoi n'y a-t-il pas de recours lorsque le candidat à la location se heurte à un refus dont il soupçonne le caractère discriminatoire? Qu'est-ce qui explique l'immobilisme des candidats relégués dans l'ordre des visites, découragés, trompés par le faux prétexte de « l'appartement déjà loué », ou à qui on demande des garanties ou des documents supplémentaires⁷ ? Les raisons sont sans nul doute multiples.
- 6 Notons que de manière générale, le droit de la non-discrimination est plus difficilement mobilisable en matière d'accès à un bien, un service ou encore un emploi. Dans ces cas de figure, la situation personnelle du demandeur est en théorie moins stable, il détient moins d'informations sur l'auteur de la discrimination que s'il était déjà lié par un rapport contractuel avec lui. Étant difficilement en mesure de constituer un panel comparatif de sa situation par rapport à celle des autres candidats, il est en moindre capacité de se défendre. La difficulté s'accroît dans le domaine du logement privé : le schéma typique est un seul bailleur, et un seul appartement (et s'il y a plusieurs appartements, il est rare qu'ils soient identiques et donc comparables). Comment prouver alors le refus discriminatoire ?
- 7 Mais, on peut également avancer comme première hypothèse explicative de ce manque de contentieux l'idée que le primat de la liberté contractuelle est intériorisé par les

futurs locataires. Lorsqu'ils se voient refuser un logement, souvent les victimes potentielles ont intériorisé la loi du marché et ne se rendent pas compte que leur candidature a été écartée pour des motifs discriminatoires⁸ : ils interprètent alors ce refus comme une prérogative du bailleur dans le choix du locataire.

- 8 L'attitude des futurs locataires dans la constitution de leur dossier de candidature à la location illustre cette hypothèse. En effet, la loi prévoit désormais une liste des pièces justificatives que le bailleur peut demander au futur locataire (cf. art. 22-2 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 et décret n° 2015-1437 du 5 novembre 2015 fixant la liste des pièces justificatives pouvant être demandées au candidat à la location et à sa caution) ; il est interdit, *a contrario*, d'en exiger d'autres. Pourtant, les candidats à la location se voient exiger des documents que le bailleur n'est pas en droit de demander en vertu de la loi. Une enquête UFC-Que Choisir menée en 2011 est sur ce point révélatrice⁹. Sur l'ensemble des agences proposant des locations soumises à l'enquête, 62% demandent au moins un document interdit pour la constitution d'un dossier. Or, les candidats à la location obtempèrent. Ils savent que la liberté contractuelle – et donc la liberté de choisir le locataire – prime notamment dans une situation de marché concurrentiel avec des « zones tendues »¹⁰, et ils acceptent de fournir des documents « interdits » (par exemple le jugement de divorce, une attestation d'absence de crédit en cours ou une photographie d'identité alors que ce type de demande peut laisser craindre des dérives discriminatoires).
- 9 Le principe de la liberté contractuelle est enfin suffisamment prégnant, dans l'esprit même des locataires, pour que ces derniers, alors qu'ils viennent d'emménager, acceptent parfois de quitter les lieux à la simple sollicitation du bailleur. Or, ils pourraient parfaitement refuser, étant titulaires d'un bail. Certains arrêts montrent ainsi des locataires ayant saisi le juge pour dénoncer une rétractation/ résiliation discriminatoire mais qui, paradoxalement, ont quitté les lieux à la demande du bailleur¹¹.
- 10 En définitive, il n'est pas impossible que la liberté du bailleur de choisir son locataire soit un postulat fort qui permet parfois d'expliquer l'absence de contentieux. Donnée intégrée par les futurs locataires – notamment dans les zones tendues, elle ne paraît pas être totalement étrangère au raisonnement du juge.

II Le défaut de reconnaissance de la discrimination par le juge et la liberté contractuelle

- 11 En 1987, Danièle Lochak faisait valoir que dans les rapports contractuels entre particuliers, « le principe d'égalité cède devant le principe de liberté »¹². Il reste ici à se demander si cette affirmation se vérifie encore et si, plus particulièrement dans le domaine du logement, le juge accorde une primauté à la liberté contractuelle du bailleur. En d'autres termes, comment le juge concilie-t-il dans l'examen du contrat de bail, la liberté contractuelle du bailleur avec la protection contre la discrimination du locataire ?
- 12 Il est dans l'état actuel de la jurisprudence difficile de répondre de manière ferme à cette question, en raison, notamment, de la rareté des décisions rendues en la matière. Nous pouvons, en revanche, identifier dans l'office du juge, quelques indices de la prééminence du principe de la liberté contractuelle. Ainsi, on peut notamment se

demander si les Procureurs de la République qui se sont vu transférer neuf dossiers de discrimination dans le logement, instruits par la Halde en 2008¹³ et sélectionnés par elle, suite à une opération de « testing », et qui ont décidé de les classer sans suite, n'ont pas donné une importance démesurée à la liberté du bailleur. En l'espèce, la Halde avait mené une opération de test auprès de soixante-dix-sept opérateurs du secteur privé (agences et propriétaires privés) dans trois territoires différents (Paris, Essonne et agglomération lilloise), avait enquêté sur quinze situations laissant apparaître une différence de traitement manifeste, et avait effectué vingt auditions. Neuf dossiers avaient finalement été transférés au Parquet. Au vu de la forte sélection des dossiers effectuée par la Halde, on peut présumer que les dossiers transférés comportaient de nombreux éléments de preuve et que la Halde estimait que les victimes avaient de sérieuses chances de voir leur requête aboutir.

- 13 Par ailleurs, en ce qui concerne le raisonnement du juge judiciaire, quelques décisions sont lourdes d'enseignements. Le bailleur qui ne discrimine pas dans l'accès au logement est celui qui fait son choix en s'appuyant sur des éléments objectifs et non pas sur des critères discriminatoires. Pourtant, parmi les décisions juridictionnelles sur la discrimination dans l'accès au logement privé, certaines laissent transparaître une résistance des juges à restreindre le pouvoir discrétionnaire du bailleur de choisir son futur locataire et donc à lui imposer une démarche d'objectivation de son choix. Bien que la portée de ces décisions soit limitée – compte tenu de la rareté du contentieux – il ne faut pas minorer leur intérêt. En effet, ces décisions témoignent de la résistance des juges à reconnaître la discrimination et à faire primer le pouvoir discrétionnaire du bailleur de choisir librement son locataire sur le principe de la non-discrimination.
- 14 La première espèce concerne une famille monoparentale, avec quatre enfants, qui s'était vue refuser une location alors que, selon la mère, elle leur avait été promise. La cour d'appel de Montpellier a rendu un arrêt, le 27 novembre 2007¹⁴, par lequel elle a refusé d'admettre l'existence d'une discrimination en raison de la situation de famille au motif qu'aucun élément de preuve ne permettait de « démontrer que le propriétaire s'était engagé à louer à la demanderesse », alors que cet engagement à louer « constitue », aux dires du tribunal, « un préalable indispensable à la recherche d'une éventuelle discrimination ».
- 15 Un deuxième arrêt se place sur le même terrain. En l'espèce, il n'y avait pas de doute sur l'existence d'une offre de location qui avait été publiée dans un journal local. Les victimes potentielles avaient obtenu un rendez-vous pour visiter les lieux, l'appartement leur avait été réservé puis refusé sous prétexte qu'il aurait été déjà loué. Soupçonnant un refus discriminatoire en raison de l'origine, les candidats à la location ont organisé un *testing* avec des amis, et à cette occasion, ils ont découvert que l'appartement était en réalité toujours disponible. Le Tribunal de grande instance d'Albertville, le 30 janvier 2006¹⁵, a refusé de reconnaître une discrimination en raison de l'origine car « les démarches de location n'étaient qu'au stade des pourparlers oraux » alors que « pour retenir le délit de discrimination, il faut établir qu'il y ait un refus de fournir un service ou de souscrire un contrat » en raison d'un motif prohibé. Cette motivation n'est pas reprise par la Cour d'appel de Chambéry, le 13 mars 2008¹⁶, qui se limite à écarter la discrimination, faute pour les candidats d'avoir produit des justificatifs de leurs revenus.

- 16 Dans ces décisions, les juges ajoutent une condition supplémentaire à ce qui est requis par la loi, condition insurmontable et nuisible en termes d'effectivité du droit de la non-discrimination, pour deux raisons.
- 17 *A minima*, il est difficile de saisir l'objet même de la preuve à fournir par le candidat à la location. Concrètement qu'est-ce que c'est qu'un « engagement à louer » ? On peut bien évidemment envisager plusieurs hypothèses, s'agit-il d'un engagement unilatéral du bailleur ? De pourparlers ? D'une promesse de bail ?
- 18 Il est d'ores et déjà possible d'exclure que par « l'engagement à louer » les juges fassent référence à un engagement unilatéral du bailleur. Rappelons que l'engagement unilatéral de volonté n'est pas une source d'obligation et donc que le bailleur ne peut pas s'engager par sa seule et unique volonté¹⁷. Il est également peu probable que l'« engagement à louer » vise les simples pourparlers contractuels. D'ailleurs, le jugement du Tribunal de grande instance d'Albertville écarte explicitement l'étude de la discrimination précisément parce que le bailleur et les candidats à la location étaient dans la phase de pourparlers. Reste enfin à vérifier si par l'exigence d'un « engagement à louer », les juges demandent en réalité à la victime potentielle de la discrimination de prouver qu'elle a été bénéficiaire d'une promesse de location. En théorie, rappelons que cette demande peut être parfaitement remplie par les victimes potentielles. Pour ce faire, il faudra en amont s'interroger sur la nature de la promesse : s'agit-il d'une promesse unilatérale de bail liant le bailleur – juridiquement obligatoire en droit français¹⁸ – ou d'une promesse synallagmatique ? Cette deuxième option serait plus étonnante, le candidat à la location devrait alors en réalité prouver la formation du bail, car la promesse synallagmatique de bail vaut bail lorsque les éléments essentiels du bail (chose, loyer, durée) sont déterminés et ont été consentis¹⁹. En pratique, dans l'une ou l'autre situation, la condition introduite par les juges dans ces deux décisions est paradoxale : le bailleur promettant, aussi bien dans la promesse unilatérale de bail que dans la promesse synallagmatique, s'engage définitivement : si on pouvait en douter pour la promesse unilatérale, la prochaine réforme du droit des contrats l'affirme explicitement en prévoyant son exécution forcée. Le bailleur ne peut donc pas révoquer unilatéralement son engagement²⁰. Or, si cette dernière interprétation était correcte – et que ce fameux « engagement à louer » exigé par les juges constitue une promesse de bail, les victimes potentielles de discrimination devront à la fois établir d'un côté, que le bailleur leur a refusé l'accès au logement et en même temps montrer de l'autre côté, qu'elles ont été bénéficiaires d'une promesse de location !
- 19 En réalité, la condition de « l'engagement à louer » conduit les victimes potentielles de discrimination dans une impasse infranchissable : par analogie avec l'emploi, accepterions-nous que la victime d'un refus d'embauche discriminatoire ait à rapporter la preuve d'une promesse d'embauche ou de son embauche pour prendre en compte sa requête ? Fait-il sens de demander à la victime d'un refus de soin de produire la preuve de son accès à ce soin ?
- 20 Le raisonnement est absurde et dangereux en ce que cette exigence introduite par les juges dans ces espèces remet en cause l'interdiction même de discriminer dans l'accès à la location, alors que nous savons que ce type de discrimination est monnaie courante, tel que le confirme l'enquête organisée en 2014 par « 60 millions de consommateurs ».
- 21 En définitive, si celui qui plaide la discrimination dans l'accès à la location doit nécessairement rapporter la preuve d'un engagement du bailleur à son égard, le refus du bailleur constitue en réalité une rétractation, une rupture du bail pour des motifs

illicites. Bien que les textes font référence expresse à « l'accès », ces interprétations juridictionnelles reviennent alors à restreindre leur champ d'application à la simple protection du maintien dans les lieux.

NOTES

1. Que soient remerciées S. Benichou, A. Danis-Fatome et B. Robert de Massy pour leurs lectures et/ ou commentaires éclairants.
2. D. 1975, jurisp., p. 471.
3. Enregistrée le 14 janvier 2014.
4. « Les vrais chiffres de la discrimination au logement », *60 Millions de consommateurs*, n° 491, mars 2014.
5. Défenseur des droits, *Fiche thématique sur le Logement*, 2012, http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_fic_logement.pdf
6. *Ibid.*
7. Réseau Ressources pour l'égalité des chances et l'intégration (RECI), « Les discriminations liées à l'origine réelle ou supposée dans le logement : état des savoirs », Note bibliographique documentée, nov. 2015, p. 12.
8. « Il existe une réelle difficulté pour la victime potentielle de se rendre compte qu'elle est écartée pour des motifs discriminatoires et non par un processus de sélection sur un marché où l'offre et la demande sont fortement déséquilibrés » (*Ibid.*, p. 7)
9. UFC- Que choisir, *Logement locatif. Des pratiques bien peu louables*, Paris, 2011.
10. Terme utilisé par démographes et économistes pour désigner les zones où il existe un fort déséquilibre, notamment avec une offre locative insuffisante par rapport à la demande.
11. En ce sens, CA Toulouse, 3^{ème} ch. Correctionnelle, 2 avril 2009, n° dossier 07/01580 et n° de jugement 09/432 : rétractation discriminatoire en raison du placement de l'enfant de la locataire en maison d'enfants à caractère social ; Cass Crim., 25 nov. 1997 : résiliation discriminatoire en raison de l'impossibilité des locataires de pouvoir rassembler les justificatifs supplémentaires exigés par le bailleur lorsqu'il aurait appris qu'un des locataires avait le SIDA, et dont le but était de contraindre à la résiliation,
12. LOCHAK Danielle, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, p. 778 et s. Dans le même sens : FENOUILLET, Dominique, « Egalité, discriminations, état civil : dynamique et incertitudes », Journées René SAVATIER, *Communautés, discriminations et identité*, LGDJ 2009, p. 87 et s.
13. Délibérations 2009-5 à 17 du 5 janvier 2009.
14. Juris-classeur n° 2007-353816.
15. N° de parquet 05003743 ; n° de jugement 164/06.
16. N° 06/00694
17. IZORCHE Maire Laure, L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, PUAM, 1995, p. 79 et s.
18. v. HUET Jérôme, DECOCQ Georges, GRIMALDI Cyril, LECUYER Hervé, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2012, n° 21138.
19. Req 21 mars 1921, DP 1921, p. 155 ; Req 28 janvier 1924, DH 1924 p. 121 ; Civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, B. III n° 152.

20. Depuis la réforme du droit des contrats, qui rentrera prochainement en vigueur, la promesse unilatérale oblige le promettant à conclure le contrat si l'acceptation du bénéficiaire intervient pendant le délai de l'option (art. 1124)

RÉSUMÉS

Dans le domaine du logement privé, le contentieux en droit de la non-discrimination est maigre. Le principe de la liberté contractuelle constitue, semble-t-il, un frein à l'effectivité du droit de la non-discrimination dans l'accès au logement privé et une clef d'analyse intéressante et explicative aussi bien de quelques résistances des juges à reconnaître la discrimination dans l'accès au logement lorsqu'ils sont saisis, que du défaut de recours effectif.

In the area of private housing, the associated litigation to non-discrimination is not really dependable. It seems to us that the principle of freedom of contract can be a barrier in terms of effectiveness of the right of non-discrimination regarding the access to private housing. It is indeed an interesting and illustrative key analysis not only of some forms of resistance coming from the judges in their recognition of a discrimination in the access to housing when confronted, but also as a failure to remedy.

INDEX

Mots-clés : refus d'accès aux biens et services, accès au logement, maintien dans le logement, discrimination, motif prohibé.

Keywords : denial of access to goods and services, access to housing, keeping in housing, discrimination, prohibited ground.

AUTEUR

EVA MENDUIÑA GORDÓN

Eva Menduiña Gordón est Maître de conférences en droit privé, UPOND