SciencesPo
ÉCOLE DE DROIT

LES JURIDICTIONS ET LES INSTANCES PUBLIQUES DANS LA MISE EN OEUVRE DE LA NON-DISCRIMINATION : PERSPECTIVES PLURIDISCIPLINAIRES ET COMPAREES

Rapport Final

Sous la direction scientifique de :

Marie Mercat-Bruns, Professeure Affiliée, Ecole de droit de Sciences Po et Maître de conférences, CNAM (LISE/CNRS)
Jeremy Perelman, Assistant Professor, Ecole de droit de Sciences Po

En collaboration avec :

Daniel Borrillo, Maître de conférences, Université Paris Ouest Nanterre La Défense et CERSA
Lucie Cluzel-Métayer, Professeur des Universités, Université de Nancy et CERSA
Janie Pélabay, Chargée de recherche FNSP, CEVIPOF, Sciences Po
Réjane Sénac, Chargée de recherche CNRS, CEVIPOF, Sciences Po

Lisa Ammon, Doctorante, Université Paris 8 Vincennes Saint-Denis
Jérémie Kouzmine, Avocat Stagiaire, Ecole Française du Barreau
Clara Gandin, Avocate Stagiaire, Ecole Française du Barreau
Olga Mamoudy, Maître de conférences, Université Paris Sud

Juin 2016

SCIENCES PO (Ecole de droit / CNRS, CEVIPOF) - CERSA

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n°13.35). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.

Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

Sommaire

Liste des contributeurs *2*

Remerciements *2*

Index des abréviations : *3*

I. INTRODUCTION *4*

II. UNE RECHERCHE INTERDISCIPLINAIRE ET COMPAREE SUR LA MISE EN OEUVRE DE LA NON-DISCRIMINATION : LA MÉTHODOLOGIE SUIVIE *8*

A. En France **8**

B. Aux Pays-Bas **16**

III. LES RESULTATS DE LA RECHERCHE PAR CHAMP *18*

A. Résultats en science politique **18**

B. Résultats en droit administratif **43**

C. Résultats en droit civil **60**

D. Résultats en droit du travail **84**

E. Résultats de la recherche interdisciplinaire sur les Pays-Bas **147**

IV. CROISEMENT DES RÉSULTATS EN SCIENCE POLITIQUE ET EN DROIT *162*

A. Interrogations croisées à l'initiative des politistes : **162**

B. Interrogations croisées à l'initiative des juristes : **168**

V. CONCLUSION GÉNÉRALE *179*

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE *182*

ANNEXES *191*

A. Annexe méthodologique **191**

B. Ordres du jour des réunions de pilotage **200**

Table des matières détaillée *203*

Liste des contributeurs

Sous la direction scientifique de :

Marie Mercat-Bruns, CNAM (LISE) et Ecole de droit de Sciences Po
Jérémy Perelman, Ecole de droit de Sciences Po

En collaboration avec :

Daniel Borrillo, Université Paris Ouest Nanterre La Défense et CERSA
Lucie Cluzel-Métayer, Université de Nancy et CERSA
Janie Pélabay, CEVIPOF, Sciences Po
Réjane Sénac, CNRS, CEVIPOF, Sciences Po
Lisa Ammon, Université Paris 8 Vincennes Saint-Denis
Jérémie Kouzmine, Ecole Française du Barreau
Clara Gandin, Ecole Française du Barreau
Olga Mamoudy, Université Paris Sud

Remerciements

Le volet de science politique a été écrit à partir de l'analyse de discours et de rapports, mais aussi d'entretiens effectués auprès de responsables politiques, institutionnels, syndicaux et associatifs que nous souhaitons remercier vivement pour leur contribution décisive à cette étude.

Le volet juridique (droit administratif et droit du travail) a été écrit notamment grâce aux entretiens effectués auprès des juges dans le domaine social et administratif. Pour le droit du travail, les entretiens de magistrats ont été complétés par des entretiens avec des acteurs spécialisés (avocats, inspecteurs du travail) . Vis-à-vis de l'ensemble de nos interlocuteurs, nous tenions à les remercier infiniment de leur éclairage.

Pour l'étude effectuée aux-Pays-Bas, nous remercions également Michel Aben, Carien Evenhuis, Ed Faas, Jenny Goldschmidt, Rikki Hooltmaat, Dick Houtzager, Ko Huitema, Suzanne Koelman, Natasja Moritz, Hanna Nierstrasz, Peter Rodrigues, Sidris van Sauers, Cyriel Triesscheijn, Paul Velleman, Lisa Waddington, Jeroen de Wildt, Laura Zuydgeest et Marcel Zwamborn ainsi que la Maison Anne Frank.

Enfin, quant à la recherche juridique dans sa globalité, nous tenions à remercier Delphine Legohérel, magistrate, responsable du service JURICA, Martin Clément, Marc Loiselle et Victoria Vanneau, pour leurs conseils scientifiques lors des réunions transversales et la mise en contact avec nos interlocuteurs des juridictions sociales.

Index des abréviations :

Abréviations en France :
ACSE : Agence pour la cohésion sociale et pour l'égalité des chances
CGET : Commissariat Général à l'Egalité des Territoires
CNAM : Conservatoire National des Arts et Métiers
CNCDH : Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme
DILCRA : Délégation Interministérielle à la Lutte Contre le Racisme et l'Antisémitisme
DIV : Délégation interministérielle à la Ville
FASILD : Fonds d'aide et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations
HALDE : Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations
MRAP : Mouvement contre le Racisme et l'Amitié entre les Peuples
AJDA : Actualité juridique Droit administratif
AJFP : Actualité juridique Fonction publique
AP-HP : Assistance publique – Hôpitaux de Paris
CAA : Cour administrative d'appel
CE : Conseil d'Etat
Cass. Soc. : Cour de cassation, chambre sociale
Cass. Civ. : Cour de Cassation chambre civile
CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
CMU : Couverture maladie universelle
TA : Tribunal administratif

Abréviations aux Pays-Bas :

ETC : Equal Treatment Commission ; Commission pour l'égalité de traitement aux Pays-Bas, aujourd'hui le Collège pour les Droits de l'Homme
LBR : Landelijk Bureau ter bestrijding van Rassendiscriminatie ou National Bureau against Racial Discrimination
LECD-OM : Landelijk Expertise Centrum Discriminatie (LECD) van het Openbaar Ministerie ou Centre national d'expertise des discrimination du service du procureur
MDRA : Melpunt Discriminatie Regio Amsterdam
NIHR : National Institute for Human Rights, traduction anglaise de College voor de Rechten van de Mens ou Collège pour les droits de l'Homme

UE : Union Européenne

I. INTRODUCTION

La discrimination est une notion juridique qui pénètre progressivement dans le corpus juridique français[1], dans le contentieux et dans le discours institutionnel mais non sans résistances[2]. L'interdiction de la discrimination tire sa force de son ancrage en droit international et droit européen mais sa consécration ne garantit pas sa mise en œuvre effective[3] par les juridictions et les institutions. Ces dernières se l'approprient ; néanmoins elles manifestent parfois une certaine incompréhension de ce droit ou une certaine réserve sur son usage excessif : « il ne faut pas de proche en proche voir de la discrimination partout » nous prévient un magistrat de la Cour de cassation. La reconnaissance formelle du rôle cardinal des droits fondamentaux en droit interne et dans la sphère institutionnelle n'est pas contestable et s'inscrit dans une dynamique du droit global autour des droits humains que nos recherches comparées avec les Pays-Bas confirment.[4] Cependant, l'actualité illustre également une réaction au repérage des discriminations dans l'opinion publique et dans le discours institutionnel qui exprime une peur des dérives du multiculturalisme ainsi

---

[1] Voir le rapport de la Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, rapport annuel 2008, p. 61 ; L. Cluzel, M. Mercat-Bruns, *Etude comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, étude proposée à la Halde, Paris, La Documentation française, 2011 ; D. Borillo, « Apport philosophique et contribution pratique du droit européen en matière de lutte contre les discriminations », in *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques*, 2008, p. 33 ; M. Mercat-Bruns, *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz 2013 ; M. Mercat-Bruns, *Discrimination at Work: Comparing European, French, and American Law*, Oakland, University of California Press, 2016.

[2] R. Sénac, *L'égalité sous conditions : genre, parité, diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015.

[3] Selon Antoine Jeammaud, l'effectivité n'est pas, en principe, une question qui intéresse le juriste, sa tâche est consacrée « à trouver la cohérence des règles de droit, également interpréter et appliquer les normes générales et abstraites à des cas d'espèce ». Pourtant *l'effectivité* semble pertinente dans le cadre d'une recherche interdisciplinaire (droit, science politique). L'effectivité du droit, selon Jeammaud, devient « *un objet d'indispensable inquiétude pour les juristes soucieux de convaincre qu'ils ne s'enferment pas dans "l'univers abstrait des règles" et sont attentifs à l'inscription de celles-ci dans les pratiques sociales* » ; Voir Antoine Jeammaud, « Le concept d'effectivité du droit », *in* Philippe Auvergnon (dir.), *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Actes du Séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, COMPTRASEC, 2006, p. 34. Nous ne reviendrons pas sur les nuances entre l'*effectivité* du droit, la mesure de son *efficacité* qui pourrait être *de savoir dans quelle mesure la règle parvient au but posé par son auteur ou celui qui est amené à juger de cette aptitude* et la *mise en œuvre du droit* (dans le monde anglosaxon, on évoque les notions plus précises « *enforcement/compliance* ») des règles ; ce vocable semble avoir été privilégié dans notre étude : autrement dit, plus modestement, l'ambition est de mesurer *si les règles induisent une action ou un process/une procédure par lesquels les juges et les institutions (à travers des mécanismes publics ou privés) rendent ou non la règle contraignante par une forme de mobilisation*.

[4] Voir le dernier rapport d'activité de la CNCDH qui évoque les discriminations, 28/06/2016 : http://www.cncdh.fr/fr/publications/rapport-dactivites-2015

que des préoccupations économiques et sécuritaires. C'est dans ce contexte que les auteurs de cette recherche proposent d'entremêler l'analyse par la science politique et par le droit. L'objectif est d'examiner si les juges et les institutions sont sensibles à ces craintes et pour cette raison, réticents à la mise en œuvre de la non-discrimination, ou simplement s'ils investissent peu ce champ du droit pour privilégier la promotion d'instruments alternatifs de médiation ou de prévention des discriminations et la quête d'autres discours sur l'égalité et la cohésion sociale, issus de la *soft law*.

Cette recherche se singularise par son cadre d'analyse et sa démarche interdisciplinaires et comparés qui ont permis de mettre en exergue les différentes facettes de la « mise en œuvre du principe de non-discrimination par les institutions et les juges ». Avant tout,, il est apparu cardinal de revenir sur l'intitulé de la recherche. . En effet, les résultats de la recherche permettent de questionner *l'existence même d'un principe de non-discrimination* à la fois en droit du travail, droit administratif et droit civil et également dans le champ de la science politique ou dans le discours institutionnel aux Pays-Bas. Autant, il paraît incontestable qu'en France les institutions et les juges se réfèrent au principe d'égalité inscrit dans la Constitution, autant la non-discrimination n'est pas systématiquement érigée en principe par les personnes interviewées, ceci malgré sa valeur constitutionnelle[5] et supra-constitutionnelle[6].

Notre recherche met en lumière une constante : alors que les responsables interviewés ne renvoient pas toujours au *principe* de non-discrimination à la différence du *principe* d'égalité, il faut s'interroger sur l'émergence éventuelle d'un nouveau droit de la non-discrimination qui s'appliquerait à l'ensemble de la hiérarchie

[5] Article 1 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 ».

[6] « L'égalité de traitement entre hommes et femmes est un droit fondamental, faisant partie des principes généraux de l'UE dont la Cour doit garantir le respect (CJCE 15 juin 1978 Defrenne Aff. C-149/77). Depuis le traité de Lisbonne, la non-discrimination figure parmi les valeurs et les objectifs de l'Union (art. 2 et 3 TUE) ; article 21 de la Charte des droits fondamentaux l'exprime aussi: « est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ; en outre l'article 14 de la CEDH le prévoit, sans oublier les textes des Nations Unies.

des normes dans un sens vertical et horizontal, et à l'ensemble des rapports privés et publics. Comme le note le Premier Président de la Cour de cassation à l'ouverture d'un colloque récent intitulé « Les 10 ans du droit de la non-discrimination » : « au-delà de la sphère du droit public, le champ des discriminations combattues par la loi s'est lentement étendu aux comportements privés, notamment à ceux relevant du droit du travail, du droit de la consommation, ou du droit de la santé, et la lutte contre la discrimination est devenue aujourd'hui un terrain de l'application de la proportionnalité, qui a envahi notre droit comme vecteur de l'appréciation des atteintes tolérables au principe d'égalité. »[7] Avec l'explosion du nombre des critères prohibés[8], l'adoption d'une action en justice propre[9] et le développement des champs du droit couverts (publics et privés), quelle est la reconnaissance éventuelle d'une nouvelle discipline ou spécialisation du droit de la non-discrimination au-delà de l'énonciation d'un principe ?[10] Nos travaux s'intéresseront donc à la mise en œuvre de la non-discrimination tout court, plutôt qu'à l'énonciation d'emblée d'un principe y afférent.[11]

La question n'est pas non plus de savoir si on trouve davantage de discriminations dans le contentieux ou même de savoir si l'on se focalise de plus en plus sur les discriminations. Cette recherche tente plutôt de savoir comment la non-discrimination est mobilisée. Par exemple, selon un inspecteur du travail interrogé, « la mise en avant d'un critère de discrimination interdite expliquerait la rupture d'égalité. Donc

---

[7] Le Premier Président de la Cour de cassation évoque ainsi le développement de la non-discrimination lors du colloque conjointement organisé par le Défenseur des droits, la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil National des Barreaux, le colloque « 10 ans de droit de la non-discrimination » s'est tenu le 5 octobre à la Cour de Cassation.

[8] *Loi n°2016-832 du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale :* cette loi inscrit la précarité sociale comme 21ème critère de discrimination dans le droit pénal, dans le droit du travail, ainsi que dans 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.

[9] Voir *infra* projets de loi sur l'action de groupe dans la partie consacrée au droit du travail (divergence entre le projet justice du XXIème siècle et le projet sur l'égalité et la citoyenneté).

[10] A quel moment le droit devient une matière, une discipline particulière ? Voir J-L. Fabiani, « A quoi sert la notion de discipline ? », in *Qu'est-ce qu'une discipline ?, Paris,* Ed. de l'EHESS, 2006, p. 11. Selon A. Jeammaud, une discipline du droit est l'activité ou l'ensemble des activités de connaissance des problèmes juridiques d'un secteur des relations sociales et des solutions que prétendent leur procurer les règles juridiques en vigueur (qui peuvent appartenir à des branches juridiques différentes de l'ordre juridique concerné) ». Voir A. Jeammaud, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence Revue critique*, 2010, p. 186.

[11] En attendant la consécration éventuelle d'un droit de la non-discrimination comme ont pu émerger un droit de la consommation ou un droit de l'environnement.

l'utilisation de la non-discrimination ne contribuerait pas au recul du principe d'égalité. Elle tendrait plutôt à lui donner corps, à le faire sortir de l'abstraction, à le rendre *opérationnel* ». Cette perception est-elle ou non la même pour l'ensemble des juges et des institutions ?

Enfin, notre recherche s'inscrit dans un contexte d'évolution législative constante avec le projet de loi sur la justice du XXIème siècle[12] qui prévoit l'action de groupe en matière de discriminations et le projet de loi Egalité et citoyenneté.[13] Outre l'ajout du critère de précarité sociale, la loi n°2016-832 du 24 juin 2016 modifie une nouvelle fois la liste des critères prohibés de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 dans son article 1er : « Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, son âge, sa perte d'autonomie, son handicap, son orientation ou identité sexuelle, son sexe ou son lieu de résidence, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ». Quel sens donner à cette effervescence normative ? Notre analyse de la mise en œuvre de la non-discrimination tente de mettre en perspective cette production constante de nouvelles règles avec la dynamique institutionnelle et judiciaire plus prudente dans ses discours sur le droit.

[12] http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/justice_21e_siecle.asp : Discussion future au cours des séances des mardi 27, mercredi 28 et jeudi 29 septembre 2016.

[13] http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0787.asp

II. UNE RECHERCHE INTERDISCIPLINAIRE ET COMPAREE SUR LA MISE EN OEUVRE DE LA NON-DISCRIMINATION : LA MÉTHODOLOGIE SUIVIE

Depuis la rédaction du rapport intermédiaire, les travaux ont consisté principalement à achever, de façon coordonnée, les deux analyses juridique et politique sur la mise en œuvre du principe de non-discrimination en France et aux Pays-Bas. L'analyse juridique comprend des analyses jurisprudentielles en droit civil, administratif et en droit du travail français, complétées en droit administratif et en droit du travail par une analyse d'entretiens. L'étude en science politique est fondée sur le croisement d'une enquête qualitative avec l'analyse des discours publics, rapports, travaux et déclarations sur l'application du principe de non-discrimination. Enfin l'analyse menée aux Pays-Bas, conjuguant sciences politique et droit repose s'est fondée, sur une grille de lecture utilisée pour l'enquête en France. Des réunions régulières et la mission interdisciplinaire à l'étranger ont permis d'échanger sur des interrogations croisées qui émergent des différentes études accomplies et qui culmineront par une confrontation des résultats et des conclusions communes.

Il s'agit, en premier lieu, de présenter la méthodologie de l'enquête qualitative des politistes telle que menée en France et reprise pour les Pays-Bas, ensuite les méthodologies en droit administratif, civil et en droit du travail qui comportent des entretiens avec des juges en droit administratif et droit du travail. Les études en droit sont également jurisprudentielles.

A. En France

La première démarche a été d'élaborer une grille de lecture commune aux politistes et juristes dont la structure a été ensuite adaptée pour les entretiens en droit administratif et en droit du travail pour approfondir les questions de technique juridique en matière de discriminations. Le cadre des études jurisprudentielles varie selon le domaine du droit.

1. Méthodologie politiste

Le volet de science politique (équipe : Janie Pélabay, Réjane Sénac, Lisa Ammon) de cette recherche s'inscrit dans un rapport de synergie avec le volet juridique dans la mesure où il a pour objectif d'éclairer le lien entre normes juridiques et politiques. Il s'agit d'analyser les enjeux politiques qui sous-tendent, à la fois les avancées et les résistances quant à la mise en œuvre du principe de non-discrimination en France.

Suivant Edelman[14] qui souligne l'importance du langage dans la légitimation d'une politique publique, nous nous attachons à examiner la manière dont les différents acteurs et institutions définissent le principe de non-discrimination, à la fois comme norme et comme pratique (Schmidt & Radaelli 2004). Dans ce but, nous croisons l'analyse des discours publics, rapports, travaux et déclarations sur l'application du principe de non-discrimination avec celle d'une enquête qualitative élaborée dans l'objectif d'interroger les actrices et acteurs concerné.e.s, aussi bien des responsables politiques, institutionnels, associatifs que syndicaux. L'enquête qualitative a ainsi été menée auprès :

(1) de membres du gouvernement ou de cabinet ministériel (ministères en charge de l'emploi, de la politique de la ville, des droits des femmes, de la lutte contre l'exclusion, etc.) ;

(2) des responsables d'institutions telles que le Défenseur des droits, le Commissariat à l'Egalité des Territoires, la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme ;

(3) des responsables de syndicats (CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT ainsi que le MEDEF) et d'associations (ATD Quart Monde, la Ligue des droits de l'Homme, le MRAP, SOS Racisme).L'annexe méthodologique permet de prendre connaissance à la fois de la grille d'entretien et de la liste des personnes interviewées avec un classement par domaine de responsabilité – politique, institutionnel, syndical et associatif.

L'enquête qualitative a été effectuée selon la technique de l'entretien semi-directif. Comme l'explique le politiste Samy Cohen, celui-ci « correspond mieux aux

[14] Murray Edelman, *Political Language. Words that succeed and Policies that Fail*, New York, Academic Press, 1977.

exigences de l'enquête en profondeur auprès des hauts responsables de préférence à l'entretien non directif (car il) permet de combiner questions ouvertes et fermées, interrogations générales et très précises. Il autorise les relances, la reformulation des questions, l'improvisation de questions nouvelles et l'adaptation de l'ordre et de la nature des questions en fonction des réponses fournies par l'interviewé et du déroulement de l'entretien, tout en maintenant l'échange dans un cadre prédéfini »[15]. Ce cadre est incarné par la grille d'entretien qui a ici été élaborée pour permettre d'accéder, par le récit, aux représentations relatives à la non-discrimination, aux moyens par lesquels elle devrait, selon les interviewé.e.s être mise en œuvre ainsi qu'aux avancées et résistances diagnostiquées. L'entretien débute par une question très large appelée consigne : « *En votre qualité de responsable politique/institutionnel/ syndical/associatif, j'aimerais que l'on parle ensemble de ce que c'est pour vous que la non-discrimination*. » Puis, au cours de l'entretien, l'interviewé.e est orienté.e par des relances ayant pour but de lui faire aborder les thèmes jugés essentiels sans casser la logique de l'interaction. Les thèmes-clés sont au nombre de trois. Il s'agit (1) d'une mise au point sémantique portant sur la généalogie de la non-discrimination et sur la spécificité de ce terme par rapport aux notions « voisines » telles que l'égalité ou la diversité ; (2) de l'actualité de cette notion au niveau international, européen et français ; et (3) de l'analyse de ses enjeux en termes de définition de l'égalité républicaine et des moyens jugés appropriés et/ou légitimes pour l'atteindre, ce qui revient à faire porter l'entretien sur le référentiel de politique publique (outils de mesure et d'action) en jeu.

Dans ce volet de la recherche, les données de l'enquête qualitative seront articulées à deux autres types de corpus. D'une part, l'analyse des entretiens semi-directifs s'inscrit dans une analyse du discours public, depuis les débats parlementaires concernant la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, afin de rendre compte de la « lutte définitionnelle » (Barbier 2003) qui accompagne la « publicisation » de la non-discrimination, notamment en interrogeant l'articulation entre politique de l'égalité et politique de l'identité. D'autre part, les données de

---

15. Samy Cohen, « L'interview démystifiée », dans Samy Cohen (dir.), *L'art d'interviewer les dirigeants*, Paris, PUF, 1999, p. 8.

l'enquête sont replacées dans l'arrière-fond des débats de théorie sociale et de philosophie politique permettant de dresser une « typologie conceptuelle » des modèles théoriques et politiques auxquels se rattachent la non-discrimination. Mise en perspective et confrontée à cette contextualisation politique et théorique, l'analyse des entretiens permet non seulement de comprendre quelle(s) conception(s) de l'égalité – formelle et/ou concrète – se joue(nt) dans la pratique française de la non-discrimination (e.g. égalité en droit, égalité des droits, égalité de traitement, égalité des chances et des opportunités, etc.), mais aussi de fournir la base d'une problématisation solide des controverses que soulève, au plan académique autant que dans le débat public, l'application du droit de la non-discrimination. Cette analyse croisée vise, *in fine*, à traiter la question de savoir si, et comment, la lutte contre les discriminations vient interroger la capacité des institutions républicaines à tenir leurs promesses d'égalité, compte tenu des significations données à l'égalité. Selon la typologie développée par le philosophe Jean-Marc Ferry[16], l'égalité peut se comprendre (1) comme un principe au sens où elle constitue un droit fondamental à prétention universelle, (2) comme une norme centrale du régime républicain associée à la souveraineté nationale et (3) comme une valeur définissant l'identité nationale dans la promotion d'un « nous » se distinguant d'un « eux ». Cet arrière plan théorique contribue à problématiser la vision de la non-discrimination qu'ont les acteurs interviewés en s'interrogeant sur les tensions entre ces trois registres de l'égalité.

Ce volet de la recherche comporte également une mise en perspective comparative et interdisciplinaire avec le cas des Pays-Bas, suivant une recherche effectuée par Marie Mercat-Bruns et Lisa Ammon, et présentée ultérieurement.[17] Certains entretiens du volet de science politique ont été effectués en présence de Marie Mercat-Bruns, afin de consolider la démarche interdisciplinaire.

---

[16] Jean-Marc Ferry, *Les Voies de la relance européenne*, Lausanne, Fondation Jean-Monnet pour l'Europe, Collection « débats et documents », n°1, avril 2014 (en ligne : http://jean-monnet.ch/wp-content/uploads/2014/05/14-05-02_Fondation_Jean_Monnet_-_L_avenir_de_l_Europe_web-print.pdf)

[17] Dont la méthodologie sera présentée ultérieurement (après avoir envisagé l'ensemble des démarches méthodologiques en France)

2. Méthodologie juridique

Elle implique de différencier les méthodes utilisées en droit administratif, en droit civil et en droit du travail.

a) Devant les juridictions administratives :

Cette étude a été effectuée par Lucie Cluzel-Métayer et Olga Mamoudy. Plusieurs indices laissent penser que, depuis l'arrêt du 30 octobre 2009 Mme Perreux, le juge administratif sanctionne de manière de plus en plus effective les discriminations provoquées, souvent sans qu'elle en ait l'intention, par l'administration. Fort de l'intégration du droit de l'Union, le juge administratif procède en effet à un aménagement de la charge de la preuve qui permet une sanction plus efficace des discriminations. La jurisprudence administrative est ainsi marquée par des avancées significatives. Mais l'analyse des jugements des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et des décisions du Conseil d'Etat montre également que persistent certaines difficultés dans l'appréhension et la sanction de la discrimination. Seule une étude jurisprudentielle suivie d'entretiens avec des juges pouvait mettre en exergue ces intuitions et ces tendances.

(1) Constitution du corpus jurisprudentiel

Pour vérifier l'hypothèse de départ, la méthode a consisté à recenser systématiquement les arrêts du Conseil d'Etat, les jugements des Cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs répertoriés sur le site Légifrance et contenant l'occurrence « loi du 27 mai 2008 » ou « discrimination », de manière à mettre en évidence les arrêts mobilisant effectivement le droit des discriminations issu de la transposition des directives européennes. Ce corpus jurisprudentiel a été enrichi par les arrêts répertoriés dans la base de données du Défenseur des droits, grâce à l'aide de Martin Clément, ce qui a permis d'intégrer les affaires pertinentes relatives au principe d'égalité. Ce corpus a complété celui précédemment établi lors de l'étude sur les discriminations dans l'emploi réalisée pour la Halde en 2011, en l'actualisant et en y ajoutant 1) les jugements des juridictions ordinaires, 2) les affaires relatives à l'accès aux biens et services (l'étude précédente ne concernait que l'emploi). En outre, la focale a été mise sur l'usage du droit des discriminations par les requérants et les juges.

L'idée, à l'issue de ce recensement, n'est pas de procéder à un inventaire exhaustif, mais à une sélection de la jurisprudence pertinente, témoignant d'une avancée ou au contraire d'une résistance face à l'intégration du droit européen des discriminations et de faire un parallèle avec l'évolution des modes de raisonnement du juge judiciaire. L'analyse devant *in fine* mettre en regard les évolutions jurisprudentielles avec celles du discours politique.

(2) Entretiens

De ce matériau jurisprudentiel recueilli a progressivement émergé une grille de lecture permettant d'identifier les résistances mais aussi les avancées réalisées pour intégrer le droit de la non-discrimination. Cette grille nous a permis de préciser le questionnaire que nous avons proposé, dans un second temps, aux magistrats. Le questionnaire qui est une adaptation du questionnaire des politistes (Cf. annexe) a été envoyé à des magistrats rapporteurs ou rapporteurs publics ayant eu à traiter des affaires de discriminations. Il ne s'agit pas, là encore, d'une enquête de terrain visant à interroger l'ensemble des magistrats de manière exhaustive, mais de cibler ceux qui ont rapporté sur des affaires pour lesquelles la solution témoignait d'une avancée, d'une résistance ou soulevait simplement une question intéressante. Certains ont répondu et ont même eu la gentillesse de nous envoyer spontanément certaines de leurs conclusions sur les affaires en question.

(3) Confrontations

Le croisement de l'analyse jurisprudentielle et des entretiens réalisés sur la base du questionnaire proposé nous a permis de tirer des conclusions qui seront, bien sûr, à étayer ensuite par une actualisation des sources et d'autres entretiens. Ces conclusions ont été régulièrement confrontées à celles de nos collègues privatistes et politistes de manière à trouver les lignes de force de l'évolution des discours juridiques et politiques.

b) Devant les juridictions civiles :

L'étude jurisprudentielle se concentre sur les chambres civiles et commerciales de la Cour de cassation dans le domaine du droit des personnes, du droit des contrats et du droit de la famille à la lumière du droit européen. Elle a été complétée par une étude de 2236 arrêts sur la base de données de la Cour de cassation Jurica des

arrêts des Cours d'appel (1ère et 2ème chambre civile), notamment dans le domaine contractuel des biens et services. En droit civil, aucun entretien avec des juges n'avait été prévu.

c) Devant les juridictions du travail

Elle comporte deux volets : l'un jurisprudentiel et l'autre sous la forme d'entretiens. Cette étude a été effectuée par Marie Mercat-Bruns et par Clara Gandin[18].

(1) Analyse jurisprudentielle :

Le champ d'analyse de la jurisprudence couvre la période des décisions de la chambre sociale des Cours d'appel et de la Cour de cassation à partir de 2010 jusqu'à janvier 2015 (JURICA) avec quelques arrêts de 2015-2016. Certaines décisions des Conseil de Prud'hommes peuvent être concernées lorsqu'elles ont été révélées notamment par les médias et par les réseaux de chercheurs. Ce choix du curseur temporel s'explique par l'existence d'une étude antérieure d'E. Serverin et F. Guiomard pour la Mission Droit et Justice sur les arrêts de cours d'appel de 2007 à 2010 à partir de la base de donnée Jurica de la Cour de cassation et d'une deuxième analyse synthétique d'arrêts plus récents des cours d'appel (2006-2013) pour la Mission Droit et Justice, dirigée par le Professeur Bernard Bossu.[19] Donc cette recherche est partie des arrêts relevés par le Défenseur des droits dans le contentieux du travail et les suggestions de responsables documentaires du Défenseur d'approfondir les recherches jurisprudentielles en signant une convention Jurica pour la période 2010-2015. Comme pour les recherches de jurisprudence administrative, il ne s'agit pas de relever l'ensemble des décisions sur les discriminations mais celles qui révèlent une appropriation nouvelle de ce corpus juridique ou qui ignorent, écartent, de façon caractérisée, les qualifications propres à ce droit. Le nombre d'arrêts analysés s'élève à 3146 arrêts de cours d'appel

[18] Clara Gandin, étudiante à l'époque en M2 bénévole sur le projet (actuellement à l'EFB) a pris le relais d'Ahlem Bensaidani, vacataire.

[19] Etude d'E. Serverin et de F. Guiomard « Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité. Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010) » achevé en 2013, pour la Mission Droit et Justice. Elle tiendra également compte d'une étude plus récente de 1578 décisions d'appel pendant la période de 2006-2013 intitulée « Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel : La réalisation contentieuse d'un droit fondamental » de septembre 2014 pour la Mission Droit et Justice dirigée prt le Professeur Bernard Bossu, Université de Lille 2, Droit et Santé.

(JURICA) en sachant que certaines requêtes par mot clé entraînent beaucoup de recoupements et reprennent les mêmes arrêts déjà analysés.

(2) Entretiens :

L'analyse de cette jurisprudence assez fournie en droit du travail a été complétée, dans un deuxième temps, par des entretiens avec des juges, notamment des chambres sociales, au niveau de l'appel et de la Cour de cassation afin de relever les convergences ou les divergences entre les argumentations des décisions et l'appréhension plus générale des juges de la non-discrimination. En effet, sur le plan du droit du travail, l'idée n'est pas d'interroger certains juges en fonction de leurs décisions souvent assez claires mais plutôt d'envisager, à l'aune des discours institutionnels relevés par nos collègues politistes, les espaces de résistance ou les modes d'appropriation de ce droit appliqués au travail. Quels sont les modes de compréhension de la non-discrimination, sa portée, ses rapports avec le principe de l'égalité de traitement, aussi présente en droit du travail et les pans du droit du travail qui semblent privilégiés ou mieux connus ? Sur les 27 courriers formels envoyés à la Cour de cassation et aux secrétaires généraux des différentes cours d'appel sélectionnées en fonction de leur jurisprudence sur la question (Versailles, Colmar, Reims, Bastia, Aix, Metz, Orleans, Paris, Rennes, Dijon, Limoges, Lyon, Rouen, Toulouse, Montpellier, Besançon, Poitiers, Grenoble, Bordeaux , Nancy, Amiens, Bourges, Chambery, Douai, Rioms, Agen), la Cour de Cassation (un membre actuel et un ancien membre) et 4 Cours d'appel ont répondu, notamment au questionnaire envoyé par la suite par écrit ou de vive voix (discussion de 1 heure en moyenne). Même si le nombre de réponses laisse réellement à désirer la qualité et la longueur des retours sont significatives.

Enfin, afin de comprendre l'absence du contentieux dans différents champs de l'interdiction des discriminations fondées sur certains critères ou le faible contentieux en matière de discriminations indirectes, il est apparu progressivement opportun de croiser les propos des juges avec des entretiens auprès des inspecteurs du travail, des avocats spécialisés et des juges prud'homaux qui peuvent mettre en oeuvre ce droit de la non-discrimination. La grille des questions utilisée dans tous les entretiens est celle élaborée par les politistes mais adaptée par les juristes travaillistes de l'étude. Elle se trouve en annexe.

(3) Croisement des résultats des analyses jurisprudentielles, analyses institutionnelles et des analyses comparées :

Dans un troisième temps, ont été croisés les résultats des trois analyses jurisprudentielles, des analyses institutionnelles des politistes et des analyses interdisciplinaires comparées avec les Pays-Bas qui partent d'une grille de lecture suffisamment comparable comme vecteur d'analyse commun de la mise en oeuvre des règles de non-discrimination et leurs limites. Afin de coordonner les approches par discipline, des réunions de partage des résultats en cours avec l'ensemble de l'équipe ont eu lieu régulièrement en 2014, 2015 et 2016 et certains entretiens de politistes se sont déroulés en présence des juristes.

B. Aux Pays-Bas

En effet, le dernier volet de cette recherche est consacré à l'étude de l'application des règles de non-discrimination aux Pays-Bas ayant pour objectif la mise en perspective des résultats des volets politistes et juridiques.

1. Déroulement de l'enquête :

Trois voyages aux Pays-Bas ont été réalisés (par Marie Mercat-Bruns et Lisa Ammon) pour ce volet afin de mener une étude qualitative auprès de représentants des différents acteurs participants à la mise en œuvre de la non-discrimination : spécialistes et universitaires de la non-discrimination, représentants du Collège pour le droit de l'Homme, des agences locales et régionales, du service du procureur, de la police, de deux ministères ainsi que des personnalités ayant participé à la mise sur l'agenda de la non-discrimination aux Pays-Bas dans les années 1980 pour pouvoir retracer l'histoire et la conceptualisation du principe de la non-discrimination comparé à la France. Un premier voyage à Utrecht et Leiden en octobre 2014 a permis de rencontrer plusieurs personnes clefs, à la fois universitaires, militants et souvent anciens membres de la Commission pour l'égalité de traitement (Jenny Goldschmidt par exemple, ancienne présidente de la Commission pour l'égalité de traitement, ancienne directrice de l'Institut pour les droits de l'Homme de l'Université d'Utrecht (SIM) et Professeure de Droit émérite ou Peter Rodriguez, professeur de droit à l'Université de Leiden, auparavant chargé de recherches à la Maison Anne Frank,

ancien commissaire de la Commission pour l'égalité de traitement), qui nous ont permis d'identifier davantage d'acteurs essentiels pour cette étude. Nous avions également réalisé un entretien avec deux représentants d'une agence locale (Hanna Nierstrasz et Michel Aben de Artikel et avec un membre actuel du nouveau Collège pour les droits de l'Homme, Dick Houtzager. Un deuxième voyage en juin 2015 a ensuite permis de rencontrer des acteurs plus spécialisés au sein de l'infrastructure : la police (Ed Faas) et le service du procureur (Paul Velleman et Ko Huitema du centre d'expertise national sur les discriminations), ou encore le ministère de l'Intérieur (Suzanne Koelmann), mais aussi d'approfondir la perspective historique grâce à un entretien avec Marcel Zwamborn, qui, en tant que juriste, membre suppléant de l'ancienne commission néerlandaise pour l'égalité de traitement et consultant aux Pays-Bas ou à Bruxelles lutte contre les discriminations depuis les années 1980 ou encore un entretien avec Jeroen de Wildt et Carien Evenhuis, tous les deux anciens membres du groupe de travail interministériel sur la législation antidiscriminatoire du ministère des Affaires Sociales et de l'Emploi et activistes féministes depuis les années 1970. Un troisième voyage en octobre 2015 a finalement permis de compléter et d'interviewer entre autres Cyriel Triesscheijn, Directeur de RADAR, une des plus anciennes agences locales des Pays-Bas et de « Artikel 1 », également agence locale devenue centre d'expertise pour le réseau d'agences locales du Pays ou Natasja Moritz, conseillère principale pour la lutte contre les discriminations du ministère des Affaires Sociales et de l'Emploi. La liste complète des personnes interviewées se trouve en annexe.

2. Méthodologie pour l'étude comparée

Pour permettre une comparaison des résultats en France avec ceux de l'enquête aux Pays-Bas, la même grille d'entretien des politistes a été employée en l'adaptant spécifiquement aux questionnements propres aux Pays-Bas (suivant la méthodologie de l'entretien semi-directif). Par exemple, une attention particulière vouée au thème du multiculturalisme (en comparaison avec la vision républicaine en France). Du point de vue de l'interlocuteur étranger, il est intéressant de savoir s'il existe une « approche française » de l'égalité ou de la non-discrimination, un modèle français qui peut être reproduit ou rejeté à l'étranger.

Les entretiens réalisés sur place ont été complétés par un travail de recherche sur les réformes institutionnelles récentes au niveau national (Collège pour les droits de l'Homme) et au niveau local (réforme créant les services d'accueil au niveau municipal pour les victimes de discrimination) et un travail de documentation et de contextualisation (rapports publics, actualités médiatiques, statistiques etc.) des entretiens – autant que la barrière de la langue le permettait, les ressources disponibles en français, anglais ou allemand étant limitées. Sans connaissance du néerlandais, une étude de la jurisprudence n'a pas été faite, les résultats se présentent donc davantage un point de vue politiste même si les entretiens ont été réalisés en binôme juriste – politiste.

III. LES RESULTATS DE LA RECHERCHE PAR CHAMP

Il s'agit dans un premier temps de rendre compte des résultats par discipline et, dans un deuxième temps, des résultats interdisciplinaires aux Pays-Bas.

A. Résultats en science politique

Cette recherche fait apparaître quatre enjeux, ayant respectivement trait :
(1) au *contexte* de la formulation et de la construction des politiques de non-discrimination tant d'un point de vue généalogique qu'au regard de leur ancrage dans une actualité situant la République française entre crise économique et défiance politique ;
(2) aux positionnements par rapport aux *concepts* encadrant normativement la non-discrimination (égalité de droits/traitement/chances mais aussi liberté, fraternité, vivre-ensemble, etc.) ;
(3) aux différents *acteurs* ainsi qu'à leurs rôles et leurs interactions ;
(4) aux *controverses* qui émergent aujourd'hui au sujet de l'implémentation de la non-discrimination.

1. Contextes : généalogie et ancrage dans l'actualité

Les entretiens effectués dans le cadre de l'enquête qualitative menée auprès de responsables de l'espace politique, institutionnel, syndical et associatif, d'octobre 2014 à juin 2015, sont analysés au prisme d'une double contextualisation en termes de généalogie et d'actualité. D'une part, la dimension longitudinale permet de faire ressortir la profondeur généalogique de la question de la non-discrimination en France. D'autre part, les circonstances caractérisant le temps de l'enquête informent le positionnement des acteurs sur ce sujet.

a) Généalogie de l'institutionnalisation du principe de non-discrimination

S'agissant de la généalogie de l'institutionnalisation en France de la non-discrimination, la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations représente le pilier de la transposition des directives européennes (2000/43 et 2000/78) sur la non-discrimination, prolongée non seulement par la création de la Halde en 2004, mais aussi par des dispositions spécifiques dans des lois ayant un objet plus large, telles que la loi de modernisation sociale de janvier 2002 et la loi de février 2005 pour l'égalité des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Il ressort de l'analyse des discours et de l'enquête qualitative que ce moment charnière, tout comme son lien avec le droit communautaire, est peu cité, voire peu perçu, par les acteurs. En termes de généalogie, ces derniers évoquent fréquemment les prises de position publiques de personnalités politiques et les initiatives attribuées à des acteurs nationaux, individuels ou collectifs. Sont en particulier cités certains décideurs politiques français (principalement : Jacques Chirac, Lionel Jospin, Nicolas Sarkozy, François Hollande, Christiane Taubira), des acteurs institutionnels investis dans ce domaine (Louis Schweitzer, Dominique Baudis, Jacques Toubon), ou des organismes qui ont porté des actions telles que le testing, le CV anonyme ou le critère de la précarité sociale (SOS Racisme, Fédération de la maison des potes, ATD Quart Monde).

Par ailleurs, la mise en œuvre de la non-discrimination s'inscrit dans un temps social et politique qui est, en France, scandé de « moments » correspondant à des types d'action et de normes qui diffèrent de la non-discrimination mais qui sont néanmoins mis en rapport avec elle par de nombreux acteurs. Nous pouvons en particulier citer les lois dites sur la parité votées après la réforme constitutionnelle de 1999, la Charte

de la diversité de 2004 et le label Diversité de 2008. Leur rapport à la non-discrimination, qui peut marquer une relation de complémentarité ou de tension, conduit à poser la question de l'existence de glissements successifs, faisant passer la non-discrimination du registre de l'égalité des droits à celui de l'égalité des chances, puis au registre de la promotion de la diversité.

b) La République française en contexte de crise-s (2014-2015)

Au-delà de sa généalogie propre et de ses concomitances avec diverses formes d'actions publiques ou privées faites au nom de l'égalité, la mise en œuvre du principe de non-discrimination en France doit être replacée dans un contexte de « crise » qui n'est pas seulement économique mais également morale, sociale et politique. Comme le montre l'enquête, la référence à la fois « aux émeutes de 2005 » et à « la crise économique de 2008 », ainsi qu'à leurs suites, informe, selon des optiques divergentes mais de manière récurrente, le regard que les acteurs politiques, syndicaux et associatifs portent sur la lutte contre les discriminations. La « crise économique », en particulier apparaît largement comme ayant induit, voire comme justifiant, un recentrage sur la question de l'emploi, notamment les questions relatives à l'accès à l'emploi et à l'évolution salariale et de carrière. Comme l'explique un conseiller auprès du Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du dialogue social :

> « *la crise a fait reculer l'importance de ces sujets [lutte contre les discriminations] aux yeux des entreprises et de leurs représentants. On entend parfois de leur part : 'Ces sujets sont importants, mais dans la période, notre priorité n'est pas de faire du social, il faut d'abord qu'on restaure nos marges.' Et de notre côté, nous essayons de faire valoir le fait que cela n'a rien d'incompatible au contraire : d'une part, ils ont justement intérêt à utiliser cet outil de performance économique qu'est la lutte contre les discriminations, d'autre part, ils sont dans l'illégalité, ce qui leur fait courir un risque financier non-négligeable. Sans parler de l'impact en termes d'image que cela peut représenter pour eux.* »

Afin que la lutte contre les discriminations reste à l'agenda des entreprises malgré la crise, selon lui, « *la notion de risque juridique (…) est l'un des arguments pour [les] convaincre de se préoccuper de ces sujets* ».

Par ailleurs, l'analyse des freins actuels à l'effectuation du principe de non-discrimination requiert que soit pris en considération un ensemble de phénomènes souvent dépeints en termes de « défiance » : perte de confiance dans les institutions publiques et dans l'action collective, mais aussi perte des « valeurs » au fondement du « pacte républicain », à quoi s'ajoutent les thèmes conjugués d'une « crise de l'école », d'une « crise de l'intégration » ou d'une « crise des banlieues ». Réciproquement, les responsables associatifs notent que les institutions publiques en général, et les décideurs politiques en particulier, manifestent un manque de confiance à l'égard des jeunes à travers un comportement qui relève plus de la morale que d'un dialogue duquel les jeunes seraient considérés comme des acteurs à part entière.

Il convient en outre de se demander si – au-delà des discours individuels qui font état de l'importance des attentats de janvier 2015 quant au besoin de lutter contre les discriminations – on peut identifier un « effet Charlie » plus durable quant à la conceptualisation et la mise en œuvre du principe de non-discrimination. Suite aux évènements de janvier 2015, des rencontres ont lieu afin de préparer la « Grande mobilisation de l'École pour les valeurs de la République ». Une pièce maîtresse de ce dispositif est la Délégation Interministérielle à la Lutte Contre le Racisme et l'Antisémitisme (DILCRA), instituée par le décret n°2012-221 du 16 février 2012, et placée sous la tutelle du Premier ministre depuis le 15 décembre 2014. Les responsables associatifs expriment des attentes pour que la DILCRA joue un rôle de coordination en ce qui concerne en particulier la formation à la lutte contre les préjugés et les discriminations.

Au-delà de cette entrée par la question ethno-raciale et pour avoir une approche transversale des inégalités, il ressort des entretiens qu'appréhender la lutte contre les discriminations dans un contexte diagnostiqué comme étant celui de la crise économique et de la défiance politique, c'est articuler la réaffirmation de l'égalité juridique et politique à la réduction des inégalités sociales et économiques. Ainsi que le souligne l'économiste Thomas Piketty, « la question de l'inégalité et de la redistribution a toujours été au cœur du conflit politique, tout particulièrement dans

les sociétés démocratiques, où l'égalité proclamée des droits du citoyen contraste singulièrement avec l'inégalité effective des conditions de vie »[20].

2. Les concepts en question(s)

La manière dont la non-discrimination est conceptualisée est évidemment cruciale dans le cadre de la présente enquête. Ce cadrage conceptuel fait intervenir trois dimensions principales. La première concerne le rapport qu'entretient la non-discrimination à des principes normatifs aussi importants que le triptyque républicain « liberté, égalité, fraternité » ou encore à des notions plus vastes telles que la justice, la solidarité et le vivre-ensemble. La deuxième dimension de ce cadrage conceptuel consiste à préciser les significations de l'égalité accolées, explicitement ou implicitement, au principe de non-discrimination. Troisièmement, il s'agit d'interroger la spécificité de la catégorie juridique de la non-discrimination vis-à-vis d'autres qualifications telles que le harcèlement moral, le risque apparaissant que son statut normatif en vienne à être dilué dans une sorte de « novlangue » juridique.

a) La relation aux idéaux politiques de base

(1) Triptyque républicain : liberté, égalité, fraternité

Cette devise de la République française depuis la Constitution de 1848 figure sur les frontons des édifices publics depuis le 14 juillet 1880 et dans l'article 2 de la Constitution de la V^{e} République de 1958. Au-delà de sa dimension apparemment consensuelle, la définition de ses termes et l'analyse de leurs relations interrogent la signification de cette trilogie républicaine définie sur le site de l'Elysée comme « notre patrimoine national »[21]. Une majorité des personnes interviewées explicitent le sens de la non-discrimination au regard de ses interactions avec l'idéal d'égalité, même si cet idéal est interprété différemment comme nous le verrons plus loin.

La présidente de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH), la Professeure Christine Lazerges, définit la non-discrimination comme

[20] Thomas Piketty, « Les inégalités économiques sur longue période », dans Robert Castel *et al.*, *Les Mutations de la société française aujourd'hui. Les grandes questions économiques et sociales II*, Paris, La Découverte, 2007, p. 56.

[21] http://www.elysee.fr/la-presidence/liberte-egalite-fraternite/ consulté en août 2014.

« un objectif très difficile à atteindre qui permet d'évaluer l'effectivité du principe d'égalité ». Elle explique en ce sens :

> « […] *toute forme de discrimination est une rupture avec le principe d'égalité. Pour nous, les droits fondamentaux, le principe d'égalité et le principe d'égale dignité sont vraiment le noyau dur, dur, dur de notre mission de veille. Je vous donne un exemple, si la CNCDH, dans un avis que je trouve vraiment très bon de janvier 2013, s'est prononcée pour le mariage pour tous, c'était au nom du principe d'égalité. Et avant cela même, c'est le principe d'égalité qui fondait la lutte contre toutes les discriminations dont font l'objet les homosexuels depuis la nuit des temps. Donc, le principe d'égalité est pour nous le fondement de notre lutte acharnée contre toutes les formes de discriminations. Alors après, le terme discrimination se décline ... mais il n'y a pas de discriminations qui ne portent pas atteinte au principe d'égalité*. »

Cette centralité du principe d'égalité dans la définition de la non-discrimination n'exclut pas de porter attention à l'interaction avec ces autres idéaux que sont la liberté et la fraternité. Ainsi Christine Lazerges peut-elle poursuivre en affirmant que :

> « *la non-discrimination favorise l'effectivité de la devise de la République au-delà de l'égalité. Et la liberté certainement parce que ça donne une liberté d'action et de pensée à ceux qui ne sont plus discriminés et une assurance de soi-même. Et la fraternité à l'évidence. Le tout conduisant à la solidarité. Même si ce n'est pas dans la devise de la République. Les conséquences de la non-discrimination vont donc évidemment au-delà de l'égalité et elles aboutissent à l'égale dignité.* »

La dimension libératrice qui est ici évoquée est directement thématisée par Raphaël Le Méhauté, commissaire général délégué à l'égalité des territoires, directeur de la ville et de la cohésion urbaine du Commissariat Général à l'Egalité des Territoires (CGET) jusqu'à en faire un instrument de la recherche d'authenticité et d'accomplissement de soi dans sa singularité. Il affirme en ce sens que « *la non-discrimination, c'est le pendant de la liberté. J'allais dire quasiment d'expression, et pour moi, la liberté d'expression c'est la liberté d'être, de dire, de faire des choses, naturellement dans les limites des lois de la République*. »

Dominique Soppo, président de SOS Racisme, valorise le troisième terme de la devise dans son rôle central pour se penser égaux. Il précise :

> « *qu'on est aujourd'hui en manque d'imaginaire de fraternité. On dit souvent que les gens doivent être égaux, qu'ils doivent pouvoir se reconnaître comme frères. On pourrait dire l'inverse. On se bat pour l'égalité des gens si on les reconnaît comme ses frères ou comme ses sœurs. Et à quoi renvoie aujourd'hui l'imaginaire de fraternité en France ? 'Touche pas à mon pote' des années 1980, c'est quelque part un imaginaire de la fraternité qui est mobilisé. Aujourd'hui, je ne suis pas sûr qu'il y*

ait un tel imaginaire suffisamment fort pour qu'il y ait des gens qui se disent qu'il faut mener ces luttes pour l'égalité. »

(2) Justice, solidarité, vivre-ensemble

Si le concept de *justice* est conceptuellement voisin de celui de non-discrimination, ce n'est pas seulement parce qu'il existe un droit de la non-discrimination. C'est bel et bien parce que s'y joue la capacité, pour une société politique « bien ordonnée », de garantir les conditions de la justice fondamentale (c'est-à-dire les droits fondamentaux et les libertés de base), mais aussi de la justice distributive et redistributive quant aux ressources matérielles et à ces « biens premiers » que représentent l'éducation, la santé ou les « bases sociales du respect de soi »[22].

Au travers du terme de *solidarité*, c'est la dimension socio-économique de la non-discrimination qui est saisie conceptuellement, non sans renvoyer, en termes d'histoire des idées politiques, à des courants « solidaristes » très influents dans la tradition républicaine.

Plus actuelle mais également plus floue, la notion de *vivre-ensemble* oriente la conceptualisation de la non-discrimination vers l'idée d'une communauté politique confrontée au défi de « l'unité dans la diversité », c'est-à-dire à la recherche d'un « commun » politique qui n'éradique pas la pluralité des modes de vie, des valeurs, des cultures et des religions.

Clarifier le positionnement du principe de non-discrimination par rapport à ces trois concepts conduit à penser l'articulation complexe entre des conceptions issues du libéralisme politique et du républicanisme mais également de la pensée communautarienne et des théories multiculturalistes.

b) Les déclinaisons de l'égalité

Dans la mesure où le droit de la non-discrimination participe du droit à l'égalité, et où – comme nous l'avons précédemment indiqué – l'exigence d'égalité est l'un des principaux vecteurs sémantique pour poser le problème de la non-discrimination, la question de savoir comment le principe de non-discrimination se situe, d'un point de vue conceptuel, vis-à-vis de conceptions divergentes, et parfois concurrentes, de

[22] John Rawls, *Theory of Justice*, Harvard, Harvard University Press, 1971.

l'égalité s'avère très importante. De manière significative, les débats persistants sur la pertinence du recours à des mesures d'action ou de discrimination positive pour mettre en œuvre le principe de non-discrimination montrent la prégnance du questionnement sur l'effectivité du principe démocratique d'égalité, lequel se trouve pris dans des tensions entre égalité des chances et égalité de résultat[23], ainsi qu'entre redistribution, reconnaissance et représentation[24].

À cet égard, trois conceptions se détachent d'une analyse préliminaire des discours publics, de l'enquête qualitative et de la littérature de science politique sur le sujet.

(1) L'égalité de droit au « pays des droits de l'Homme »

C'est d'abord l'idée d'une égalité de droit, comprenant l'égalité en droit et l'égalité des droits, qui marque la conception de la non-discrimination. À ce niveau fondamental, qui est celui des « Droits de l'Homme », le principe de non-discrimination ressortit au statut de citoyen.ne dans les États de droit démocratiques issus de la modernité juridico-politique. Ainsi, le délégué interministériel à la Lutte Contre le Racisme et l'Antisémitisme, Gilles Clavreul soulignait qu'au-delà de ses traductions juridiques, la non-discrimination est un principe « qui renvoie au socle des valeurs de la démocratie libérale, représentative, de la conception qu'on a des individus et de la citoyenneté. Quand on parle du droit de la non-discrimination, on rappelle les principes fondateurs de la Déclaration des droits de l'Homme."

Ainsi reliée aux droits de l'Homme, toute discrimination se laisse alors interpréter comme l'expression manifeste d'un tort causé à autrui (« *Harm principle* » selon Mill), voire comme une atteinte à la « dignité » due à la personne humaine (cette notion étant, par exemple, mobilisée par des associations telles qu'ATD Quart Monde).

La présidente de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH), la Professeure Christine Lazerges indique cependant que « *dans la représentation collective* », le fait que la France soit associée au « *pays des droits de l'Homme* » constitue « *un frein* ». En effet, selon elle, les discriminations sont

[23] Drude Dahlerup, « Electoral Gender Quotas: Between Equality of Opportunity and Equality of Result », *Representation*, 43:2, 2007, p. 73-92.

[24] Nancy Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, Paris, La Découverte, 2005.

perçues comme étant un phénomène « *marginal* » en regard de cette norme que resteraient les droits de l'Homme.

(2) L'égalité de traitement ou l'effectuation d'un principe

La persistance du décalage entre égalité de droit et inégalité de fait, *de jure* vs *de facto*, interroge les moyens choisis et mis en œuvre pour permettre d'accéder à une égalité de traitement, et renvoie à la question toujours d'actualité de savoir si traiter également, c'est traiter de la même manière. En affirmant son attachement au « *color-blindness* des politiques françaises de discrimination positive »[25], le Comité sur le Préambule de la Constitution présidé par Simone Veil revendique la modernité d'un universalisme républicain qui « ignore la diversité pour se concentrer sur la ressemblance qui fait l'égalité »[26], tout en autorisant les mesures de différenciations positives destinées à prendre en compte et à combattre les inégalités, en particulier territoriales et sociales[27]. Comme l'explicite le rapport public du Conseil d'État de 1996, le principe d'égalité permet en effet de traiter différemment des situations inégales. Or, l'enquête montre que cette question reste au cœur de la mise en œuvre du principe de non-discrimination.

(3) L'égalité des chances : les ambiguïtés d'une méritocratie républicaine centrée sur la responsabilité individuelle

Une partie des responsables interviewés, en particulier parmi les associations, reprend l'analyse du juriste Yves Poirmeur, selon lequel, dans le cadre de l'action publique, l'égalité des chances participe d'un double jeu : « insidieusement, les politiques sociales dont [l'égalité des chances] est la norme rejettent la responsabilité de son échec sur l'individu qui, malgré les dispositifs compensatoires, n'a pas pu ou

---

[25] Simone Veil (présidé par), Rapport du comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, *Redécouvrir le préambule de la Constitution*, Rapport remis au président de la République en décembre 2008, Paris, La Documentation française, 2009, p. 62.

[26] Thierry Leterre, « Une identité nationale au pluriel ? », *Regards sur l'actualité*, n°358, 2010, p. 31.

[27] Jeannette Bougrab, « Vers des "affirmative actions" à la française ? », dans *Pour une société de nouvelle chance*. *Une approche républicaine de la discrimination positive*, rapport du Conseil d'analyse de la société, Paris, La Documentation française, 2006 ; Conseil d'Etat, *Sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, EDCE, 1997, n°48 ; Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Le Principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997.

su saisir sa chance et réduire l'aléa.»[28] Dans la même perspective critique, Patrick Simon qualifie l'égalité des chances de « tartufferie », en particulier s'agissant de la réponse politique aux émeutes urbaines sous l'espèce de la création de *l'Agence pour la cohésion sociale et pour l'égalité des chances* (ACSE) venant fusionner le *Fonds d'aide et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations* (FASILD), l'*Agence de lutte contre les illettrismes* et la *Délégation interministérielle à la Ville* (DIV). D'après lui, l'approche par la lutte contre les discriminations et par la promotion de l'égalité des chances ont pour point commun d'« éviter la remise en question du modèle républicain lui-même [(…) en] évacu[ant] le fait central, et proprement insupportable, que les discriminations sont produites par la structure même de la société française »[29]. Il dénonce en particulier « le désastre annoncé de l'égalité des chances (qui) est préparé par les premiers pas de la Halde » [30] incarnant d'après lui une approche focalisée sur la discrimination directe comportant un élément d'intention.

Si plusieurs des interviewés reprennent à leur compte les critiques ainsi avancées à l'encontre de l'égalité des chances, il convient de se demander dans quelle mesure la reconfiguration de la Halde suivant de la création du Défenseur des droits, ainsi que, plus largement, les pratiques sous-tendant actuellement la lutte contre les discriminations sont de nature à permettre un dépassement des ambiguïtés émergeant d'une vision méritocratique tendant à faire porter la responsabilité d'un traitement égal sur l'individu discriminé.

c) Problèmes de qualification juridique

En ce qui concerne la définition du concept de non-discrimination, des questions apparaissent au plan de sa qualification juridique. Il ressort notamment de l'enquête que plusieurs acteurs, issus en particulier du monde institutionnel et associatif,

---

[28] Yves Poirmeur, « Le double jeu de l'égalité des chances », dans Geneviève Koubi, Gilles J. Guglielmi, *op. cit.*, p. 111.

[29] Patrick Simon, « Discriminations négatives – Pour une politique contre le délit de faciès », *Mouvements*, n° 44, « Émeutes et après ? », mars-avril 2006, p. 102.

[30] *Ibid*., p. 107.

dressent le constat critique du flou sémantique de la non-discrimination. Celui-ci est, pour une part, attribué à l'étendue de la catégorie juridique qui, après des extensions successives, conduirait au danger de « diluer » la non-discrimination dans une sorte de novlangue juridique. Ainsi, le professeur Michel Miné, co-responsable du groupe de travail sur les discriminations de la Ligue des droits de l'Homme, tout en soulignant l'importance accordée au droit comme levier d'égalité dans l'histoire de son association note que « *le paradigme de la discrimination devient envahissant* ». Selon lui, « *la grammaire de la discrimination »* a des allures de novlangue dans la mesure où « *le risque est de tout identifier comme étant de la discrimination et de retomber finalement dans la difficulté à voir les authentiques discriminations* ». Cela justifie selon lui le fait que le nombre de critère doit être « *relativement limité pour que ça soit opérationnel.* »

Par ailleurs, si l'idée d'un « harcèlement raciste » (MRAP) a pu être évoquée en lien avec la discrimination fondée sur l'origine ethnoculturelle, les rapprochements parfois effectués avec la catégorie juridique du harcèlement moral sont cités comme participant de cette même extension dommageable de la non-discrimination. Ainsi, des responsables associatifs et institutionnels notent-ils que le principe de non-discrimination s'apparente parfois à une catégorie fourre-tout, dont les frontières juridiques restent soit mal définies, soit mal perçues par les victimes elles-mêmes. À quoi s'ajoutent les problèmes relatifs à la définition des critères de discrimination légalement reconnus (cf. infra).

3. Les acteurs de la non-discrimination

Multiples, les acteurs de la non-discrimination demandent à être analysés au regard de la diversité des échelles (européenne, nationale, locale) de la lutte contre la discrimination, mais aussi au regard de la concurrence entre ces échelles. En ce qui concerne plus spécifiquement le plan national, il convient d'étudier les rôles et responsabilités des acteurs en distinguant des domaines (politique, économique, social, juridique) et des sphères d'action (publique, syndicale, associative) différentes et, sous certains aspects, concurrentes. Ce sont enfin les pratiques des acteurs qui permettent de renseigner sur les avancées et les résistances à la mise en œuvre du principe de non-discrimination.

a) Questions d'échelle : de l'international au local

La littérature scientifique consacrée à la non-discrimination fait habituellement ressortir le rôle initial de l'UE et des instances européennes, singulièrement de la Commission européenne, en matière de lutte contre les discriminations, avec une insistance sur le « moment 2001 ». Or, l'enquête qualitative indique au contraire qu'à quelques exceptions près, la perception actuelle de l'échelle européenne et du rôle joué par l'UE est tout à fait restreinte, quand elle n'est pas travaillée par l'idée qu'en proviendraient aujourd'hui certains « reculs ». C'est ainsi une conception centrée sur le cadre stato-national qui s'impose en France. En outre, l'idée qu'existe, pour ce dossier comme pour d'autres, un « modèle français » est fort prégnante chez un grand nombre d'acteurs. Elle peut aller jusqu'à la revendication d'une « exception française » dans le traitement des discriminations, qui rencontre la réaffirmation de la valeur insigne du « modèle républicain *à la française* », dont la différence est dès lors marquée vis-à-vis de modèles « multiculturalistes » et/ou « anglo-saxons ». Cette primauté du national n'élude cependant pas la dimension du local, que celle-ci renvoie à la nécessité d'un traitement décentralisé des plaintes (Délégués territoriaux du Défenseur des droits, présence ou non de pôles anti-discrimination dans les parquets, etc.) ou à la prise en compte de la lutte contre les discriminations au sein de dispositifs participant de la politique de la ville (avec cette pièce maîtresse que représentent les Contrats de ville). Enfin, la prise en compte de la dimension locale vient révéler une tension (visible notamment au plan de l'allocation et de la répartition des ressources) entre, d'une part, les dispositifs centrés sur les « quartiers » de la politique de la ville et, d'autre part, ceux qui s'adressent au monde rural et aux secteurs qualifiés de « péri-urbains ».

b) Des rôles à répartir et à coordonner :

Quels sont les types d'acteur concernés par la mise en œuvre du droit antidiscriminatoire et comment leur coordination est-elle pensée ? Les personnes interviewées interrogent, à cet égard, la répartition des rôles entre les sphères politique, institutionnelle, économique, syndicale et associative. En période de crise économique et de défiance politique, la domination du registre économique semble s'imposer, comme en témoigne le recentrage sur l'emploi. Le groupe de dialogue

inter-partenaires « Lutte contre les discriminations en entreprise », mis en place le 29 octobre 2014 par le ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, et le ministère de la Ville, de la Jeunesse et des Sports, suite à la saisine de la fédération de la Maison des potes concernant le défaut de décret d'application pour l'instauration du CV anonyme inscrit dans la loi de 2006 sur l'égalité des chances, a constitué une agora regroupant des acteurs politiques, institutionnels, syndicaux, patronaux et associatifs. Il a permis aux différents points de vue de s'exprimer et de se confronter même si certains acteurs associatifs et syndicaux déplorent la manière dont la discussion a été engagée. Au lieu d'ouvrir le débat sur le CV anonyme et les moyens de rendre plus effectif les recours en justice, les représentant.e.s des ministères impliqués ont d'emblée privilégié une approche par la prévention. Dominique Sopo, président de SOS Racisme, le regrette dans la mesure où selon lui, les actions en justice sont un des moteurs au développement de la prévention et des pratiques de responsabilité sociale et environnement (charte, label) de par leur effet dissuasif. Il affirme ainsi que « *commencer une réflexion sur la manière dont on relance la lutte contre les discriminations en tenant le discours 'ce n'est pas la répression mais la prévention qui compte', est très éloigné de la réalité des processus. Vous prenez L'Oréal par exemple, cette entreprise assume assez bien que c'est aussi l'action judiciaire de SOS Racisme qui l'a poussée en France à se bouger sur le sujet.* »

Des divergences sur la question de la répartition des compétences entre syndicats et associations ont en particulier émergé. Les débats autour de la mise en œuvre des « actions de groupe » incarnent les tensions autour du rôle et du périmètre d'action des associations et des syndicats. Si les associations sont jugées habilitées à prendre en charge l'accompagnement dans l'insertion sociale, ou même à intervenir au niveau des freins au recrutement, seuls les syndicats sont considérés comme ayant la compétence et la légitimité de s'adresser aux salarié.e.s dans l'emploi. La question de savoir qui peut se porter partie civile et sur quel domaine (embauche pour les associations et déroulement de carrière pour les syndicats) est l'un des points de tension principaux sur ce sujet. Michel Miné, co-responsable du groupe de travail sur la lutte contre les discriminations de la Ligue des droits de l'Homme, Professeur de droit au CNAM, souhaite que l'action de groupe ne soit pas exclusivement confiée aux syndicats et déplore que la légitimité et l'efficacité des

associations ne soient pas plus reconnues dans la mesure où elles peuvent remplir une fonction complémentaire :

> *« Nous reconnaissons évidemment aux organisations syndicales de salariés, cela va de soi, le droit de mettre en œuvre ces actions, mais nous considérons que ces organisations ne doivent pas avoir le monopole. Les associations doivent également pouvoir mettre en œuvre ces actions de groupe, elles ont une expertise et une expérience et sont en contact avec des salariés qui ne sont pas forcément en lien avec des syndicats. C'est la principale évolution juridique que j'attendrais en matière de droit de la discrimination. »*

Au reste, l'importance d'avoir des espaces de coordination est soulignée par la grande majorité des interviewé.e.s, le groupe de dialogue inter-partenaires « Lutte contre les discriminations en entreprise » incluant les associations et les syndicats étant souvent pris comme exemple, malgré les difficultés et tensions énoncées ci-dessus.

Enfin, le rôle et la visibilité du Défenseur des droits apparaissent comme centraux pour assurer une médiation entre les acteurs de la mise en œuvre de la lutte contre les discriminations, mais également pour servir d'interface entre, d'un côté, les individus se sentant discriminés et souhaitant porter plainte et, de l'autre côté, les individus ou les structures discriminant directement ou indirectement. Mais au-delà des acteurs institutionnels ou associatifs directement investis dans la lutte contre les discriminations, il est fréquent que le rôle de l'école et de l'Education nationale soient explicitement souligné. En l'occurrence, on fait appel à l'école publique non seulement en tant qu'institution de socialisation secondaire, qui est centrale pour construire les bases d'une société non-discriminante en luttant contre les préjugés, mais aussi comme instance donnant les outils pour une intégration réussie en tant que citoyen.ne et qu'individu qui aura à s'intégrer dans le marché du travail.

c) Les pratiques

Ainsi que cela vient d'être indiqué, le besoin de collaboration et de concertation entre les différents acteurs impliqués dans la lutte contre les discriminations apparaît comme l'une des réponses principales à la question des pratiques susceptibles de favoriser sa mise en œuvre efficace. Les modalités d'une telle collaboration restent cependant peu précisées. Toutefois, on peut retenir à cet égard l'attente d'un renforcement du rôle de l'Etat pour impulser et coordonner cette mise en réseau. Le groupe de dialogue inter-partenaires « Lutte contre les discriminations en

entreprise » est perçu de manière ambivalente car si, d'un côté, il a créé un espace de discussion, il a pu, d'un autre côté, être perçu comme une « grande messe républicaine » d'où les associations sortaient perdantes.

Le Défenseur des droits est considéré comme une institution qui pourrait tenir ce rôle de coordination et devenir un lieu pérenne de réflexion en amont de l'action et des décisions politiques. La revendication d'un renforcement du rôle de l'Etat traduit aussi des attentes en termes d'orientation normative, puisqu'il est considéré de sa responsabilité de « fixer les règles » et de maintenir le cap politique de l'égalité. Les acteurs, tout particulièrement les associations, diagnostiquent un désinvestissement idéologique et financier de la part de l'Etat depuis 2008. Ils déplorent l'effritement du « maillage associatif » et donc la perte d'un niveau d'intervention au plus près des citoyen.ne.s à la fois pour accompagner les victimes de discrimination et pour réaliser un travail de prévention. Dans la même perspective, il n'est pas rare que soit déploré le peu de dialogue avec le monde juridique, les juges autant que le ministère de la justice étant parfois considérés comme entretenant trop peu de liens avec les autres acteurs de la lutte contre les discriminations. Ce à quoi s'ajoutent des interrogations fréquentes sur le devenir des concertations et des rapports portant sur le sujet ainsi que sur leur traduction en textes juridiques et en politiques publiques.

En ce qui concerne l'enjeu fondamental de l'emploi, les atouts, mais aussi les limites du dialogue social ont été soulignés, le rôle du patronat étant lui-même fortement questionné par les acteurs syndicaux. Il faut noter combien cet enjeu est important pour ces derniers, à une période où plusieurs accords sont sur le point d'être renégociés aussi bien sur la diversité que sur l'égalité femmes-hommes. La question des pratiques soulève par ailleurs une interrogation sur le besoin de renforcer la dimension contraignante de la non-discrimination, notamment au travers d'un conditionnement des aides prévues dans le cadre de certains politiques publiques (Contrat de ville, contrats aidés) par l'inclusion de clauses portant sur la lutte contre les discriminations.

Enfin, plusieurs personnes interviewées font le diagnostic que la non-effectivité du droit anti-discrimination réside dans le manque de formation des acteurs centraux à sa mise en œuvre, aussi bien les fonctionnaires qui prennent ou traitent les plaintes (policiers, gendarmes, magistrats du parquet ou du siège) que ceux qui exercent au sein du service public (emploi, famille, école…). La résistance de ces acteurs se

situerait aussi dans l'existence de blocages en termes de perceptions et de mentalité. Christine Lazerges, présidente de la CNCDH, exprime ainsi sa crainte

> *« que ce soit la représentation de ces infractions qui empêche les poursuites… Dans l'esprit des magistrats, ou d'abord dans l'esprit des services de police ou de gendarmerie (auprès de qui on porte plainte), c'est l'idée que les faits ne sont pas vraiment graves et sont difficiles à prouver qui entrave* ab initio *les poursuites. Par exemple, vous n'arrivez que bien difficilement à déposer plainte pour injure raciale. Si vous êtes un jeune de 15 ans capuchonné, quasiment jamais on ne va prendre votre plainte pour injure raciale. On va vous dire : 'calme toi, tu reviendras si ça recommence' (…). Il y a un chemin considérable à faire dans les représentations que les pouvoir publics, les services de police et de gendarmerie, et même les magistrats ont de la pénalisation des discriminations. Il y a une sous-évaluation de leur importance et pourtant c'est le lien social qui est en jeu, c'est la paix sociale qui est en jeu. Il y a très, très peu de poursuites. »*

Sur ce même sujet, le Défenseur des droits Jacques Toubon affirme que *« la chose la plus importante, c'est la preuve. »* Avant d'ajouter :

> *« Je pense qu'il s'agit intellectuellement de se placer dans la position où le dire, la parole, la réclamation sont tenus pour avoir une valeur intrinsèque, et non pas comme quantité négligeable, c'est-à-dire comme l'expression d'un simple ressenti. (…)La judiciarisation est très imparfaite parce que, justement, la magistrature, les juges et en particulier les parquets, puisque ce sont eux qui reçoivent les plaintes, n'ont pas encore, je crois, totalement franchi ce pas. Au départ, et on le voit dans la proportion des classements sans suite, il y a une sorte de réflexe intellectuel qui fait dire : 'il n'y a pas là-dedans matière à une qualification juridique'. Avant même de se poser la question, extrêmement difficile, de la constitution de la preuve, il y a une sorte de présupposé d'incertitude. »*

La réponse à cette résistance des acteurs s'énonce en termes de développement de l'offre de formation dont l'objectif est à la fois de déconstruire les stéréotypes et de fortifier la maîtrise des connaissances d'un droit dont beaucoup s'accordent à souligner la technicité. Ce double objectif est essentiel pour qu'il y ait des poursuites et pour l'administration de la preuve comme le précise la président de la CNCDH Christine Lazerges : « *Pour moi le plus fondamental est que les services de police et de gendarmerie par leur formation soient préparés à s'intéresser à la lutte contre les discriminations. Ce sont eux qui vont fournir des éléments de preuve et permettre les poursuites. »*

Le professeur Michel Miné, membre du groupe de travail sur la lutte contre les discriminations de la Ligue des droits de l'Homme, insiste également sur l'importance de la formation car selon lui « *la difficulté à laquelle nous sommes confrontés réside dans le fait que souvent les acteurs maitrisent mal le droit. Tous les acteurs (avocats,*

administrations, magistrats, acteurs syndicaux) globalement maîtrisent mal le droit de la discrimination. Ils maitrisent sans doute très bien d'autres branches du droit, mais pas ce droit novateur de la discrimination. »

La formation à la lutte contre les préjugés et à la connaissance du droit antidiscriminatoire est aussi présentée comme nécessaire pour le personnel des entreprises (RH et managers). C'est un avis partagé par les associations, les syndicats, par les membres de cabinets ministériels et les institutionnels. La condamnation de L'Oréal et ADECCO pour discrimination raciste à l'embauche suivie d'un effort de formation interne est citée comme ce qui atteste d'une telle nécessité.

Du point de vue des potentielles victimes de discrimination, le développement de formations est tout aussi important. Il gardera l'objectif de déconstruction des préjugés, mais garantira plutôt l'accès aux droits. Les représentant.e.s d'ATD Quart Monde rencontré.e.s soulignent en particulier que « *la clef est vraiment l'accès aux droits »* car « *la non-discrimination est atteinte lorsque chacun a accès à ses droits de façon égale* ». Il s'agit de prévenir les discriminations et d'éviter le non-recours auprès des populations qui n'ont plus confiance dans le système juridique, les procédures étant jugées trop longues, inefficaces voire contreproductives (en les stigmatisant).

4. Controverses : quel sens pour la non-discrimination ?

L'analyse du sens – à la fois la signification et l'orientation – donné au principe de non-discrimination et surtout au droit antidiscriminatoire dans la République française d'aujourd'hui renvoie à un certain nombre de controverses qui émergent de l'enquête qualitative et de débats théorico-normatifs permettant de les problématiser et d'en faire ressortir les enjeux de fond.

Ces controverses mettent d'abord l'accent sur la question des critères, ainsi que plus généralement sur l'état actuel du droit et des politiques antidiscriminatoires. Ensuite, elle porte sur les moyens de les améliorer, avec certains points précis de débats ayant trait en particulier aux critères prohibés par la loi, aux actions de groupe, au CV anonyme et aux statistiques ethniques. Un troisième axe de controverses se dégage du rapport à instaurer entre « *hard law* » et « *soft law* », la question étant de savoir si ces deux conceptions sont complémentaires ou s'inscrivent dans un rapport de

tension, voire de substitution. Enfin, un quatrième axe de controverses se dégage autour du rôle du droit antidiscriminatoire et autour de l'importance respective que devraient recevoir, en la matière, la sanction, la réparation et la prévention.

a) La question des critères :

Un premier débat porte sur la liste des critères de discrimination prohibés par la loi. Ces critères sont essentiels dans la mesure où ils permettent de qualifier juridiquement la discrimination et jouent un rôle central dans la démonstration de la preuve. Christine Lazerges, présidente de la CNCDH, insiste sur le fait que la précision des critères a pour enjeu le caractère juridique de la non-discrimination :

> *« Il y a une exigence de précision de la loi sinon on porte atteinte au principe de légalité des délits et des peines. (…) On ne peut pas imaginer un texte qui incriminerait simplement toutes les discriminations sans définition suffisante. On a fait cela pour le harcèlement. Le harcèlement n'était pas défini et une question prioritaire de constitutionnalité a conduit le Conseil constitutionnel à annuler le texte sur le harcèlement. L'arbitraire naît de textes qui ne sont pas précis. En matière d'incriminations pénales, l'exigence de précision est absolue. Absolue. »*

Au-delà de cette exigence, le débat porte sur la pertinence de les regrouper ou d'en ajouter de nouveaux. Pour Michel Miné, co-responsable du groupe de travail sur les discriminations de la Ligue des droits de l'Homme, Professeur de droit au CNAM, il est nécessaire d'avoir « *un certain nombre de critères ; cependant, ce nombre doit être relativement limité pour que le droit de la discrimination soit opérationnel.* »

C'est dans ce contexte que l'ajout de nouveaux critères ne fait pas consensus. Les défenseurs d'une extension de la liste des critères soulignent que cela contribuerait à avancer sur une approche multicritère de la discrimination, tandis que les plus réticentes craignent une dilution de la portée juridique de la discrimination. Ainsi, le sens donné à l'ajout du critère du lieu de résidence en février 2014 est questionné du point de vue de son éventuelle application non seulement aux quartiers de politique de la ville, mais aussi aux territoires ruraux. Par ailleurs, la proposition d'ajouter le critère de la précarité sociale, portée par ATD Quart Monde, et soutenue par un avis de la CNCDH, est accueillie de manière contrastée. Christine Lazerges, présidente de la CNCDH, précise dans son entretien que « la pauvreté est pour [la CNCDH] à l'évidence un critère de discrimination ».

Ses promoteurs y voient un outil dissuasif et pédagogique permettant de dénoncer l'impunité caractérisant l'exclusion des plus pauvres, tandis qu'au-delà d'une

adhésion sur le principe, les difficultés de mise en œuvre pratique sont soulignées (trop de situations seraient concernées, instauration d'un flou autour de cette catégorisation juridique). C'est en ce sens que Bert Luyts, délégué national à ATD Quart Monde, explicite les objectifs de cet ajout de critère en affirmant que leur « hypothèse » est: « *si on reconnait la discrimination pour précarité sociale, déjà rien que ça peut quand même renforcer les gens à dire, 'si j'ai le droit et si jamais d'autres me traitent pas bien, je peux réagir, j'ai quelque chose pour me défendre'.* » Il a conscience que « *dans la pratique ça sera très difficile pour réellement faire des démarches, porter plainte par exemple* ». Geneviève de Coster, représentante d'ATD Quart Monde à la CNCDH, ajoute : « *On n'est pas fou, on sait bien que les tribunaux ne vont pas être remplis parce que d'abord, les pauvres sont rarement en capacité de faire des recours, mais on veut ouvrir le débat dans la société.* » Dans un contexte de « pénalisation des pauvres », le débat qu'amènerait l'ajout du critère de précarité sociale permettrait d' « interroger la société sur ce type de sujet. Est-ce qu'un maire prendra un arrêté anti-mendicité, est-ce qu'il condamnera une personne qui a fouillé dans les poubelles s'il y a ce critère ? »

Enfin, dernier atout évoqué par Geneviève de Coster le fait de prendre en compte le « *caractère multidimensionnel* » des discriminations. « *Si la précarité sociale n'est pas prise en compte dans le critère, pour nous il manque une partie de la compréhension sur la façon dont on traite les gens. Le cas des Roms est celui sur lequel on a un plus gros focus mais ce n'est pas seulement parce qu'ils sont Roms, c'est aussi parce qu'ils nous renvoient une image de précarité, de pauvreté, de misère qui est insupportable à la société.* » Ceci d'autant plus que l'origine sociale ou la classe sociale ne font pas partie des 20 critères prohibés, l'origine étant interprétée en termes ethnoculturels.

b) Amélioration des outils de la non-discrimination :

La plupart des responsables interviewé.e.s soulignent que l'enjeu n'est plus d'améliorer le corpus juridique, jugé satisfaisant en l'état actuel, mais de se donner les moyens de le rendre effectif et efficace. Le diagnostic est en effet posé de difficultés persistantes, voire de leur aggravation, concernant en particulier la preuve, notamment au pénal, ainsi que la reconnaissance de la discrimination indirecte, systémique et multicritère ou intersectionnelle. Par ailleurs, les responsables

associatifs mettent l'accent sur les obstacles qui se posent au niveau du dépôt de la plainte et en ce qui concerne la qualification juridique (méconnaissance ou non prise en compte du droit antidiscriminatoire de la part des agents de l'Etat qui empêche de qualifier un acte comme étant discriminant). Les responsables associatifs déplorent aussi qu'en aval, les plaintes soient la plupart du temps classées sans suite, ou qu'elles fassent l'objet d'un non-lieu, ou encore qu'elles ne conduisent qu'à des peines plancher.

Pour répondre à ces dysfonctionnements, plusieurs moyens sont discutés et font l'objet de controverses.

La pratique des médiations se présente comme une solution pour « ne pas faire reposer intégralement la lutte contre les discriminations sur le pénal » ainsi que l'affirme Christine Lazerges, présidente de la CNCDH. Elle précise que « des instances de médiation devraient exister dans les toutes les entreprises d'une certaine taille et dans tous les établissements scolaires. Je pense qu'il y a des réparations civiles à pouvoir octroyer sans passer par le pénal. Autrement dit, je pense qu'on devrait utiliser toute la gamme des réponses possibles à un trouble à l'ordre public, une discrimination est un trouble à l'ordre public. »
Les syndicats, bien qu'ils n'écartent nullement cette solution en raison de son rôle potentiel de négociation, privilégient la conciliation telle qu'elle s'opère de manière plus encadrée aux prud'hommes.
Suite au rapport Pécaut-Rivolier de fin 2013 sur la lutte contre les discriminations au travail et à la proposition de loi de Bruno Le Roux et Razzy Hammadi de janvier 2014 pour instaurer une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, des débats sont portés sur les modalités de mise en œuvre des actions de groupe dans des arènes comme le groupe de dialogue inter-partenaires « Lutte contre les discriminations en entreprise ».
C'est dans ce contexte que le 18 février 2015, la ministre de la Justice Christiane Taubira avait annoncé sa volonté d'intégrer au projet de loi de modernisation de la justice du XXIe siècle la possibilité d'étendre l'action de groupe, du droit de la consommation au droit de la non-discrimination. Le chef de l'Etat avait soutenu cette proposition en affirmant, dans une interview accordée au *Parisien*/*Aujourd'hui en France* le 3 mars 2015, qu' « il ne doit y avoir aucune faiblesse face à de tels actes

[de racisme]. Le gouvernement a introduit ce que l'on appelle l'action de groupe : elle permet à une catégorie de consommateurs ou de locataires qui se considèrent lésés par une décision d'aller ensemble en justice. Désormais, face aux discriminations, je souhaite que l'action de groupe soit également possible »[31].
Le projet de loi « Justice du XXIe siècle », adoptée en première lecture au Sénat en novembre 2015 et à l'Assemblée nationale en mai 2016 crée un cadre légal commun aux actions de groupes en matière judiciaire et administrative ainsi qu'une action de groupe en matière de discrimination. En ce qui concerne la proposition de loi déposée par Bruno Le Roux et Razzy Hamadi en 2014, elle a été adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale en juin 2015 et a été transmis au Sénat.

Si le défaut de décret d'application concernant le CV anonyme a permis la mise en place de ce groupe de dialogue, le fait de rendre effectif cet outil ne semble plus être porté comme un enjeu essentiel soit en raison des résistances du patronat, soit du fait de sa moindre nécessité (des propositions alternatives sont plutôt défendues comme le recrutement sur les compétences à travers des mises en situation ou le CV vidéo).

Le débat sur les statistiques ethniques reste d'actualité, les déclarations de Robert Ménard sur les proportions d'enfants musulmans dans les écoles publiques de Béziers réactive en particulier la peur d'un usage politique du référentiel ethno-racial et religieux à des fins de stigmatisation. Un consensus semble exister sur les dangers de la généralisation d'un recueil de données qui, bien que pertinent pour la recherche, serait potentiellement perverti en une politique de fichage.

Concernant la dimension systémique des discriminations, il existe une tension entre ceux, plutôt les responsables associatifs, qui associent la persistance des discriminations à leur ancrage dans les systèmes politiques et économiques, et les acteurs institutionnels et politiques qui réfutent l'idée que les institutions républicaines seraient structurellement vectrices d'inégalité. Gilles Clavreul, délégué

[31] http://www.leparisien.fr/flash-actualite-politique/hollande-veut-rendre-possible-l-action-de-groupe-face-aux-discriminations-03-03-2015-4575047.php

interministériel à la lutte contre le racisme et l'antisémitisme, affirme ainsi qu'au « *déni* » des discriminations raciales réponde « *l'exact inverse qui consiste à voir la discrimination partout et tout le temps* ». Il poursuit : « *Pour être un peu concret, je ne suis pas de ceux qui croient à des effets de système, tels que 'le système serait discriminatoire'. Les institutions démocratiques et libérales sont celles qui sont le plus de nature à permettre de révéler les discriminations et à lutter contre les discriminations. Ça ne veut pas dire que les discriminations n'existent pas dans une démocratie qui postule l'égalité entre tous les citoyens. Il faut donc se tenir le plus éloigné possible de la posture de déni ».* Selon lui, dire qu' « *en France, l'État est un État structurellement, institutionnellement, par principe discriminatoire »* cela serait laisser penser que les agents de l'Etat *« participe(nt) à une mécanique discriminatoire et que les institutions ne font que superficiellement de la lutte contre les discriminations, mais qu'en réalité elles les servent. »* Les discriminations sont ainsi, selon lui, la résultante de « *fautes* » commises par «*un agent public, un fonctionnaire ou une institution »*, et non d'un dysfonctionnement de système. D'où l'idée que la réponse doive se situer au niveau « *des comportements individuels précis* », que cela soit par la sanction ou la formation et la sensibilisation, et non d'une refondation critique du système.

c) Soft law / hard law : complémentarité ou substitution ?

Le lien entre la montée du droit de l'anti-discrimination à travers l'impulsion des directives européennes, la mise en place d'actions positives (en particulier pour les femmes) et la promotion de la diversité « sans droit ni obligation »[32] porte une cohabitation normative complexe, qui s'avère source de tensions entre les normes managériales et les normes juridico-politiques.

La création d'instruments de *soft law* (charte, label) par le monde de l'entreprise et leur réappropriation par l'État et par une partie du monde syndical et associatif posent la question de leur articulation avec la mise en œuvre du principe de non-discrimination par le biais du droit dit dur (*hard law*). Même s'ils manifestent une part de scepticisme vis-à-vis de l'ANI diversité, les syndicats et les associations

[32].Annie Junter, Réjane Sénac-Slawinski, « La diversité : sans droit ni obligation *Revue de l'OFCE*, n° 114, 2010, p. 167-195.

considèrent que, dans la mesure où le passage par la loi ne suffit pas, il est nécessaire de recourir au langage de la *soft law*, jugé plus positif et heurtant moins les entreprises que le langage de la sanction. Pour certains acteurs institutionnels et politiques, la priorité étant de relancer l'emploi et de lutter contre le chômage, l'enjeu premier est de sécuriser les entreprises face aux risques (financier, d'image…) de recours et sanctions juridiques. Quant à la nécessité d'en passer par des recours juridiques pour les discriminations au travail, seules les associations y semblent clairement favorables. Elles rappellent que l'implication des entreprises dans la RSE et la promotion de la diversité n'aurait pas eu lieu sans la dimension dissuasive de jurisprudence telle que la condamnation en 2007 de L'Oréal et Adecco pour discrimination raciale à l'embauche. En revanche, les syndicats privilégient majoritairement le maintien dans l'emploi et donc la médiation.

Par où l'on voit que la question de la cohérence entre, d'une part, l'argument de la performance de la non-discrimination, qu'elle soit économique, symbolique, sociale ou politique, et, d'autre part, le principe républicain d'égalité mérite d'être posée. Car elle soulève un dilemme idéologique profond d'un régime en équilibre entre libre jeu du marché et régulation. Ce dilemme est à discuter comme un enjeu fondamental dans la définition de ce qu'est la non-discrimination.

d) Le rôle du droit : sanction, réparation, prévention

Qu'il s'agisse d'en appeler au rôle répressif de la loi ou à des réparations financières d'un montant « exemplaire », à une meilleure prise en charge des victimes ou à la reconnaissance de nouveaux critères, c'est à chaque fois la force pédagogique du droit qui est évoquée. Ainsi, les acteurs interviewés ont pour point commun, au-delà de leurs différences de statut, de participer de l'émergence d'un référentiel de la prévention des discriminations à travers une approche reposant sur une valorisation de l'effet pédagogique de la loi. La question est de savoir si cela s'opère au détriment d'une logique de recours et de réparation des victimes, ou si comme le pense la présidente de la CNCDH Christine Lazerges il y a un renforcement mutuel entre répression et pédagogie. Elle affirme ainsi que

> *« la fonction pédagogique du droit pénal ne doit jamais être oubliée. Donc, même si on passe par la médiation ou par une poursuite disciplinaire ou par une réparation en nature, à l'origine il y a une infraction pénale et cela doit être dit. (…) Le pénal doit donc remplir sa fonction pédagogique et sa fonction expressive des*

valeurs fondamentales de la société. Le droit pénal est l'expression des valeurs fondamentales et des règles de la vie en société. (…) Je dis toujours que la fonction répressive est la troisième fonction de la loi pénale. Si le pénal convainc par sa fonction pédagogique et sa fonction expressive, on n'a pas forcément besoin de la répression qui fonctionne si mal et si lentement. »

L'amélioration de l'accès au droit, le développement du « savoir-être » des potentielles victimes et la lutte contre les préjugés, les stéréotypes constituent trois expressions de ce référentiel, qui est porté aussi bien par les responsables syndicaux et associatifs que par les politiques et les institutionnels. L'importance placée dans la force pédagogique de la loi a pour corollaire un appel quasi-unanime à la réforme des mentalités au travers d'une déconstruction et d'une lutte contre les préjugés dont devraient s'acquitter tous les acteurs, avec une attente marquée pour l'école de la République, de la maternelle à la formation des juges.

Gilles Clavreul, Délégué Interministériel à la Lutte Contre le Racisme et l'Antisémitisme, souligne le rôle qu'a l'Etat dans cette interface entre les dimensions pédagogique et répressive de la loi :

"Quand on dit que le travail sur les comportements, sur les perceptions est presque aussi important voire plus important que les décisions juridiques ou les dispositifs techniques : la mortalité routière a commencé à chuter de manière très significative en mai 2002 et pas en septembre quand les premiers radars sont apparus. Au mois de mai déjà parce que la parole publique tout d'un coup est devenu très forte sur le sujet. (...) Et il est également important qu'il y ait, c'est mon exemple avec les radars, des dispositifs concrets qui montrent que l'on cherche la prise de conscience, qu'on la provoque. Ça marche aussi à travers des actions de communications et des choses comme ça, mais il faut que des éléments de politiques publiques viennent attester concrètement que ce n'est pas normal qu'on lutte contre etc. Je crois beaucoup au fait que l'État dise la norme. "

Pour un conseiller auprès du ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du dialogue social, ce rôle de l'Etat implique en termes de lutte contre les discriminations qu'il impulse une formation s'adressant aussi bien aux potentielles victimes qu'à tous ceux qui, consciemment ou non, sont susceptibles de commettre des discriminations :

« Il faut porter un certain nombre de messages au niveau politique. Rappeler certaines évidences : 'Il y a des stéréotypes. Vous en êtes tous victimes ; on en est tous victimes. Et ça peut donner lieu à des discriminations. Et tout le monde peut être discriminé à un moment dans sa vie, en raison de son adresse, son état de santé, son apparence physique, de son orientation sexuelle...'. Il faut arriver à faire passer ce message. Il y a donc cette communication qui doit exister pour lutter contre les stéréotypes, une information de grande ampleur à conduire sur les

outils existants pour les victimes de discriminations, et également les outils à fournir à ceux qui sont susceptibles de discriminer, les employeurs, les intermédiaires de l'emploi etc. Là aussi l'information manque, sur ce qui est ou non de la discrimination : Il y a des chefs d'entreprise qui se demandent sincèrement si une femme voilée qui postule en entretien, cela peut être un motif légitime pour l'écarter. Par exemple, lorsque vous avez une politique d'hygiène ou de sécurité qui fait que le voile n'est pas compatible avec l'exercice du métier. Est-ce que vous êtes dans votre bon droit en l'écartant pour cette raison ? Ai-je le droit de demander à quelqu'un s'il a des enfants ?»

Michèle Fougeron, membre du bureau exécutif du MRAP qui coordonne les questions liées au racisme, aux discriminations et à l'éducation, souligne elle aussi l'importante de la formation en lien avec la dimension inconsciente des processus discriminatoires :

« Quand on travaille avec les chercheurs, on s'aperçoit que la discrimination n'est pas toujours volontaire - ce n'est pas toujours une volonté de nuire - et qu'elle repose sur un ensemble de stéréotypes, de préjugés, plus ou moins inconscients parfois. Et si on veut que le principe de non-discrimination soit véritablement mis en œuvre, il faut travailler sur les préjugés, les stéréotypes, les inégalités qui sont extrêmement ancrées et enracinées dans notre société au-delà des grands principes affichés de la République. »

Si les acteurs interviewés, en particulier institutionnels et politiques, soulignent que le droit de la non-discrimination doit être mobilisé en articulant prévention, réparation et sanction, la prévention est définie comme ce qui doit désormais primer. C'est ainsi que la *soft law* est considérée comme une réponse adaptée dans une situation où, comme l'affirme la présidente de la CNCDH, Christine Lazerges, « le droit dur répond si mal aux atteintes et aux attentes ».

B. Résultats en droit administratif

1. Retour sur le principe d'égalité

a) La conception universaliste retenue par le Conseil d'Etat

Contrairement au droit européen qui, amalgamant principe d'égalité et principe de non-discrimination[33], véhicule une conception très concrète de l'égalité, le juge administratif français reste attaché à l'idée que « le principe d'égalité siège essentiellement dans la généralité de la règle »[34]. Bien qu'ayant fait l'objet d'évolutions significatives[35], la conception du principe d'égalité retenue par le Conseil d'Etat demeure encore universaliste. C'est ainsi que le principe d'égalité n'a jamais permis au Conseil d'Etat de sanctionner le traitement égalitaire de situations différentes[36], ce qui est contraire à la jurisprudence des cours européennes en vertu de laquelle une discrimination ne consiste pas seulement à traiter de manière différente des situations semblables, mais aussi « à traiter de manière identique des situations différentes »[37]. Pour le Conseil d'Etat comme pour le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité impose seulement qu'à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles. C'est ce qui explique la difficulté pour le juge administratif de sanctionner les discriminations indirectes, précisément dissimulées par la généralité de la règle (Cf. le point sur les discriminations indirectes).

Cela étant, le droit des discriminations a fait évoluer la portée du principe d'égalité. Ainsi, si le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que des situations différentes fassent l'objet d'un traitement différent, celui-ci ne saurait reposer sur des motifs discriminatoires. En outre, le Conseil d'Etat rappelle qu'une distinction entre des

---

[33] CJCE, 27 janvier 2005, Europe Chemi-Com c. Conseil et Commission, Aff. C-422/02 P

[34] Conseil d'Etat, Rapport public 1996 Sur le principe d'égalité, p. 37

[35] CE Ass. 13 juillet 1962 Conseil national de l'ordre des médecins, Rec. p.479, RDP 1962 p.739 conclusions Guy Braibant a été précisé par la suite : notamment, CE 15 mai 2000 Barroux, Rec. p.172 ; CE 10 janvier 2005 Hardy et le Cornec, Rec. p. 9, AJDA 2005, p. 1575 note J.-C. Hélin ; CE sect. 25 juillet 2007, Syndicat des avocats de France n°288720

[36] CE 28 mars 1997, Société Baxter, solution constamment réitérée

[37] CJCE 17 juillet 1963, aff. 13.63, Gouvernement de la République italienne c. Commission, Rec. p. 341 qui trouvera plus tard son pendant dans la jurisprudence conventionnelle : CEDH, 6 avril 2000 Thlimmenos c. Grèce, RTD civ. 2000, p. 434, chron. J.-P. Marguénaud

personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire à moins d'être assortie de justifications objectives et raisonnables, reposant sur des critères en rapport avec les buts poursuivis[38].

b) L'évolution de l'emploi du terme « discrimination » par le juge administratif, révélateur d'une progression de l'utilisation du droit des discriminations

L'attachement du juge administratif au principe d'égalité explique que parfois, le terme même de « discrimination » n'apparaît pas[39]. C'est le cas lorsque la loi du 27 mai 2008 n'est pas invoquée, l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant statut des fonctionnaires et interdisant les « distinctions » en fonction de certains critères, étant parfois préféré.

On constate cependant que, depuis l'arrêt CE 30 octobre 2009 *Mme Perreux*, le juge administratif emploie davantage le terme « discrimination ». Ainsi, sur Légifrance, si l'on entre l'occurrence « discrimination » en excluant la référence à la loi 2008-496, on constate une nette progression de l'utilisation du terme à partir des années 2010. Pour le Conseil d'Etat, on passe d'une moyenne de 8 arrêts par an de 1968 à 2009 à une moyenne de 16 arrêts de 2010 à 2015, soit le double. C'est encore plus flagrant concernant les CAA puisque l'on passe d'une moyenne de 14 arrêts par an de 1991 à 2009, à une moyenne de 50 arrêts par an de 2010 à 2015, soit presque cinq fois plus.

La montée en charge du droit européen des discriminations devant le juge administratif est également significative. Un recensement sur Légifrance des arrêts visant la directive 2000/78, montre par exemple qu'elle est mobilisée seulement à 17 reprises entre 2000 et 2008, alors qu'elle le sera 66 fois entre 2009 et 2015.

Le même constat peut être fait à l'égard de la mobilisation de l'article 14 de la CESDH. Entre 1991 et 2009, on compte 413 arrêts alors qu'on en compte 841 entre 2009 et aujourd'hui soit, comme précédemment presque 5 fois plus.

---

[38] CE 10 avril 2015, Société Red Bull on Premise

[39] Cf. TA Rouen 9/07/2009 n°0700940, 0802423 sur l'annulation du refus de l'administration d'employer un professeur d'EPS en raison de son handicap auditif, ou encore CAA Bordeaux 8/11/2011 pour un arrêt annulant une décision de réduction de la durée du détachement d'une femme enceinte

c) L'évolution du discours du juge administratif sur le droit des discriminations

Le discours relaie les observations jurisprudentielles ci-dessus constatées. Qu'il s'agisse du Vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé, ou du président de la section du contentieux, Bernard Stirn, les propos sont convergents et se font l'écho de l'évolution de la prise en compte du droit des discriminations. Bernard Stirn explique ainsi que « même imprégné de longue date par le principe d'égalité, le droit national ne pouvait pas ne pas être influencé par les éclairages européens »[40]. Ainsi, « avec le droit européen, la conception classique de l'égalité évolue vers la non-discrimination ».

Le Vice-président, citant la thèse de Rémi Hernu, souligne l'intérêt du droit des discriminations qui « fournit des solutions opératoires auxquelles l'égalité seule ne pourrait parvenir »[41] et de poursuivre, citant cette fois Gwénaëlle Calvès, que « ce droit offre « une technique de qualification des ruptures d'égalité », ou, pour le dire autrement, il fait « office de médiateur entre le principe général d'égalité et des situations empiriques »[42]. Et de conclure en disant que « grâce à lui, une dynamique nouvelle s'est inscrite dans notre Constitution, et notre loi, et elle a pu se diffuser dans la jurisprudence ». Il s'agit d'un « dialogue », où des « marges d'adaptation et d'appréciation, dans le respect des traditions nationales » peuvent subsister.

d) La QPC au soutien du droit de la non-discrimination ?

La procédure de QPC a également permis au juge constitutionnel de toiletter certains textes qui comportaient des dispositions discriminatoires.

A ce titre, notamment, le statut des objecteurs de conscience a été revisité par le Conseil constitutionnel. La loi de 1971 qui excluait, pour les objecteurs de

---

[40] Bernard Stirn, « Le juge administratif et les discriminations », intervention lors du colloque « 10 ans de droit de la non-discrimination » organisé par le Défenseur des droits, Cour de cassation, octobre 2015.

[41] R. Hernu, Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, LGDJ, 2003, p. 18.

[42] G. Calvès, « Non-discrimination et égalité : de la fusion à la séparation ? », in F. Fines, C. Gauthier et M. Gautier, *La non-discrimination entre les européens*, Pedone, 2012, p. 9 et 10.

conscience, la prise en compte de la durée du service national pour l'avancement et la retraite n'avait jamais été déclarée inconventionelle par le juge administratif. La HALDE avait pourtant considéré que la différence de traitement, induisant un préjudice financier pour les anciens objecteurs de conscience, ne paraissait pas justifiée et constituait bien une discrimination en fonction des opinions, au regard de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Saisi d'une QPC, le juge constitutionnel a finalement fait cesser cette discrimination, sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité[43].

Le juge constitutionnel, comme le juge administratif, avance cependant à pas mesurés en la matière. Les décisions rendues à propos des conditions d'attribution du revenu de solidarité active aux étrangers extra-communautaires en témoignent. Contesté sur le fondement des principes d'égalité et de non-discrimination, le critère de résidence préalable de cinq années imposé aux étrangers hors Union européenne par l'article L. 262-4 du Code de l'action sociale et des familles (CASF) a en effet franchi sans encombre l'épreuve du contrôle de constitutionnalité comme celle du contrôle de conventionalité. Le plus surprenant tient sans doute à ce que pour écarter l'inconventionalité de la disposition attaquée, les tribunaux administratifs[44] ont repris, telle quelle, l'argumentation développée à l'endroit de cette même disposition par le Conseil constitutionnel dans les motifs de sa décision n°2011-137 QPC du 17 juin 2011. La conformité à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme était pourtant sujette à caution[45].

2. Questionnement sur les critères de discrimination

a) La discrimination syndicale, premier contentieux des discriminations devant le juge administratif

---

[43] J. Benetti, L. Cluzel-Métayer, Chronique de l'observatoire de jurisprudence constitutionnelle, *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°35, 2012, pp. 226-233.

[44] TA Rouen TA Rouen, 15 décembre 2011, n°1003236 et 1003237, TA Rouen, 5 avril 2012, n°1002547, TA Paris, 2 mai 2012, n°1008343/6-2, TA Caen, 11 juillet 2012, n°1002063

[45] J. Benetti, L. Cluzel-Métayer, Chronique de l'observatoire de jurisprudence constitutionnelle, *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n°39, p.302-305.

Parmi la vingtaine de critères prohibés, c'est celui portant sur la discrimination syndicale qui fait l'objet du plus grand nombre d'arrêts. Le contentieux sur les discriminations syndicales s'est certainement davantage développé en raison d'un contexte favorable à l'action en justice et aux moyens à la disposition des syndicats dans les domaines de la preuve des discriminations.

Le critère de la discrimination syndicale vient donc en premier, suivi par le critère du handicap, là encore probablement en raison du fort soutien des associations, et de la discrimination en raison du sexe, de l'âge et de l'état de santé.

A ce titre, il faut noter que l'année 2015 a été marquée par un important contentieux relatif à des dispositions du code des pensions civiles et militaires (articles L. 24, L. 12 et R. 37) qui prévoient un régime de départ anticipé à la retraite, fondé sur la prise en compte du congé de maternité. Le critère de la discrimination en fonction du sexe a donc été largement mobilisé, puisque ce contentieux a été très nourri[46].

b) L'invisibilité de certains critères et de la discrimination multiple

On constate que certains critères ne font presque jamais l'objet de contentieux devant le juge administratif : les discriminations relatives à la nationalité, à l'appartenance réelle ou supposée à une ethnie, à une race, les discriminations liées à l'origine, aux convictions, à l'appartenance à une religion, à l'identité sexuelle, à l'orientation sexuelle, à la situation de famille, à l'apparence physique sont peu ou pas du tout portées à la connaissance du juge. Les difficultés liées à la preuve ne sont certainement pas étrangères à cet état de fait.

Au choix, quand l'hypothèse se présente, les requérants préfèrent mobiliser le critère de la discrimination syndicale.

Aussi, les cas de discriminations multiples sont quasi inexistants, si l'on excepte quelques rares hypothèses de harcèlement moral[47].

---

[46] Plus d'une trentaine d'arrêts et de jugements ont porté sur cette disposition, voir par ex. CE 27/03/2015 n°372426

[47] TA Paris 29/09/2011 n°0904551/5-2 en l'espèce, harcèlement moral fondé sur l'âge et le sexe, il s'agissait d'un homme travaillant en tant que psychologue clinicien à l'APHP

c) L'apparition des cas de harcèlement moral

On constate une nette progression des cas de harcèlement moral discriminatoire portés devant les juridictions administratives. Alors qu'on ne compte que 4 arrêts portant les occurrences « discrimination » et « harcèlement » entre 1999 et 2005, la progression est depuis lors constante, tournant autour de 20 arrêts par an depuis 2012 (loi sur le harcèlement), avec un pic de 35 arrêts en 2015 (recensement réalisé sur Légifrance).

Concernant le harcèlement moral, on constate que la discrimination invoquée tient tantôt au sexe[48], tantôt à l'orientation sexuelle[49], tantôt au sexe et à l'âge[50]. Mais souvent, les requérants présentent les deux moyens distinctement : au lieu de se fonder sur le harcèlement discriminatoire en raison du handicap ou de l'état de santé par exemple, ils vont invoquer d'une part le problème du harcèlement et d'autre part la discrimination, comme si les deux étaient deux justifications distinctes[51].

d) Le critère de « précarité sociale »

L'Assemblée nationale a adopté le 14 juin 2016, sans modification, la proposition de loi, adoptée par le Sénat en première lecture le 18 juin 2015. [52] Ce texte à article unique qui propose un nouveau critère prohibé de discrimination modifie le code pénal (article 226-1), le code du travail et surtout l'article 1 et 2 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 en visant « la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur ». Il faudra attendre de voir quels seront les éléments de preuve d'une telle discrimination. D'après la rédaction du texte, ils pourraient résulter d'une situation

---

[48] CE 22/02/2012 n°343410 ; CAA Paris 27/05/2014 n°12PA03977

[49] CE 15/01/2014 n°362495 - harcèlement moral et injures à caractère homophobe

[50] TA Paris 29/09/2011 n°0904551/5-2, précédemment cité

[51] CAA Versailles, n°14VE000212, 30 avril 2015 – sanction d'une discrimination fondée sur le handicap et l'état de santé et d'un harcèlement moral ; de même CAA Versailles, n°14VE01323, 15 mars 2016, le requérant demande réparation de préjudices subis « à raison du harcèlement moral et du traitement discriminatoire » dont il s'estime victime

[52] http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0757.asp

réelle ou apparente, de la détermination ou pas d'un seuil de pauvreté ou d'indicateurs économiques variant selon le cadre dans lequel intervient cette discrimination (logement, santé, travail...).

Notons à ce sujet que certaines dispositions du code de la santé publique permettent déjà au juge de sanctionner les refus de soins fondés sur ce critère. En effet, l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique prévoit qu' « aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins. Un professionnel de santé ne peut refuser de soigner une personne pour l'un des motifs visés au premier alinéa de l'article 225-1 ou à l'article 225-1-1 du code pénal ou au motif qu'elle est bénéficiaire de la protection complémentaire ou du droit à l'aide prévus aux articles L. 861-1 et L. 863-1 du code de la sécurité sociale, ou du droit à l'aide prévue à l'article L. 251-1 du code de l'action sociale et des familles ».

En d'autres termes, le critère de la précarité sociale est d'ores et déjà pris en compte concernant le refus de soins pour les personnes bénéficiaires de la CMU complémentaire et de l'Aide médicale d'Etat. Dans la base Légifrance, 8 arrêts visent cet article (3 du CE, 5 de CAA), mais ils ne concernent pas spécifiquement les personnes en situation de précarité sociale (excepté le cas d'un détenu, mais il s'agissait d'un refus d'une prescription spéciale, non d'un refus de soins).

e) Le critère de l'âge

Sur le critère de l'âge, on note également un contentieux important.

Une réglementation prévoyant un âge limite d'exercice d'une profession sans dérogation n'est pas, par elle-même, contraire au principe de non-discrimination du droit de l'Union. Il y a donc toute une série d'arrêts qui ne concluent pas à la discrimination à ce sujet[53].

Mais dans d'autres arrêts, le juge administratif, face à certaines décisions de refus d'accès ou de promotion dans la fonction publique fondées sur des conditions d'âge, les a assimilées à des discriminations illégales[54].

---

[53] CAA Bordeaux 15 février 2015, n° 13BX00287 ; CAA Marseille 27/05/2014 n°13MA02133 ; CE 4 avril 2014 n°362785 et s., Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, sur la mise à la retraite d'office des ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne

[54] CE, 7 juillet 2010, Mme Poliak, CE 26 janvier 2015, Slama, CE 22 mai 2015 Société Air France

Sa position varie nécessairement en fonction des justifications avancées (il a par exemple jugé que la limite d'âge de 57 ans imposée aux contrôleurs de la navigation aérienne était nécessaire à la sécurité publique et proportionnée au but poursuivi[55], alors qu'il a considéré que la limite d'âge de 60 ans imposée aux pilotes d'avion ne répondait pas à des exigences de sécurité publique[56].

3. Sur la nature de la discrimination

a) La sanction de la discrimination directe

La sanction de la discrimination ne pose pas de problème particulier au juge administratif dans la mesure où le principe d'égalité lui permet depuis longtemps de sanctionner des distinctions reposant sur des critères prohibés.

Par exemple, dans l'arrêt Barel[57], le Conseil d'Etat sanctionne la discrimination directe résultant de la décision de l'administration de l'ENA de rejeter la candidature de candidats communistes. De même, dans l'arrêt *El Haddioui* du 10 avril 2009[58], des questions portant sur les origines et les pratiques confessionnelles ayant été posées au candidat, celui-ci est fondé à demander l'annulation de la délibération du jury de concours interne d'officiers de la police nationale qui repose par conséquent sur des critères étrangers au mérite. L'article 6 de la loi de 1983 précité a servi de fondement à l'annulation dans ce cas.

Le juge sanctionne alors des distinctions prohibées, de manière très classique, sans que l'expression de « discrimination directe » soit mentionnée.

A ce sujet, en ce qu'il mentionne précisément la discrimination directe, à savoir une discrimination en fonction de l'âge, l'arrêt du Conseil d'Etat du 26 janvier 2015[59] mérite l'attention. Le Conseil d'Etat a en effet procédé à l'annulation de la décision de rejet de la candidature du requérant en jugeant que « l'application de ce critère conduit à traiter de façon différente des personnes qui présentent les titres et conditions d'expérience professionnelle requis par la réglementation ; la différence

---

[55] CE 4 avril 2014, précité

[56] CE 22 mai 2015, précité

[57] CE Ass. 28 mai 1954 Barel, GAJA 17e éd. n°70

[58] CE 10/04/2009, n°311888

[59] CE 26/01/2015 n°373746 Slama

de traitement se fondant exclusivement sur le critère de l'âge respectif de ces personnes ; que ce faisant, le décret attaqué instaure une *discrimination directe* fondée sur l'âge au sens du 1er alinéa de l'article 1er de la loi du 27 mai 2008 ».

C'est la première fois qu'un arrêt annule un règlement (et non une décision individuelle) sur ce fondement et en visant de manière aussi nette la « discrimination directe ». Il est certain que le fait que cette réglementation ait été abrogée après l'introduction du recours n'est pas indifférent à la solution retenue par le juge (le concours en question ayant été supprimé, le pouvoir règlementaire n'avait pas à tirer les conséquences de l'annulation du juge…).

De même, le terme discrimination est clairement employé par le juge administratif à propos de la délibération d'un conseil municipal interdisant la cantine scolaire aux enfants dont les parents sont au chômage[60]. Ce qui est significatif, dans la mesure où la loi de 2008 n'est pas visée (logique, puisque le critère de précarité sociale ne fait pas partie des critères visés par la loi) : le juge mentionne la discrimination alors qu'il est sur le terrain du principe d'égalité. Ainsi, il juge que « le moyen tiré de ce que la délibération attaquée interdit illégalement l'accès au service public de la restauration scolaire à une partie des enfants scolarisés, en retenant au surplus un critère de discrimination sans rapport avec l'objet du service public en cause est de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la légalité de cette délibération ».

b) La sanction de la discrimination indirecte

La sanction de discriminations indirectes est plus délicate pour le juge administratif. Comme on l'a dit, la force du principe d'égalité ne permet pas de sanctionner une règle d'application uniforme.

Il est cependant arrivé que le juge administratif sanctionne sans le dire une discrimination indirecte. Par exemple, dans un arrêt du 18 octobre 2002 *Spaggiari*, le Conseil d'Etat a annulé la délibération d'une commission de spécialistes ayant rejeté la candidature d'une professeur italienne en jugeant qu'en subordonnant la nomination de l'intéressée « à l'exercice préalable de fonctions enseignantes dans les universités françaises », la décision méconnaissait les stipulations du traité de

[60] CE ord. 23 octobre 2009, FCPE du Rhône

Rome. Sans le dire explicitement, le Conseil d'Etat sanctionne ici une discrimination indirecte fondée sur la nationalité : l'exigence formulée s'appliquait en effet uniformément à tous les candidats, mais pénalisait nécessairement les ressortissants des autres Etats européens, ce qui est contraire à l'article 39 du traité[61].

Le contentieux relatif au handicap semble ouvrir la porte à la sanction de la discrimination indirecte :

Un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris statuant sur un recours en responsabilité, a ainsi alloué des dommages et intérêts à une candidate handicapée victime d'une réglementation aux effets discriminatoires. Elle décide en effet qu'une personne handicapée admise à concourir ne peut se voir appliquer une disposition réglementaire qui permet d'attribuer d'office la note 0 à un candidat n'ayant pas passé l'épreuve d'aptitude physique. Une telle disposition la défavoriserait nécessairement compte tenu de l'impossibilité physique dans laquelle elle se trouve de se présenter à une telle épreuve[62].

Dans la lignée de l'arrêt *Bleitrach*[63], la décision du Conseil d'Etat du 11 juillet 2012 relative à l'attribution, à un magistrat handicapé, de la prime modulable, atteste de la spécificité du contentieux sur le handicap : le juge attend de l'administration qu'elle prenne en compte certaines différences pour ne pas commettre de discrimination. S'il est certainement excessif de dire qu'il s'agit d'un droit à être traiter différemment (ce que le CE n'admet pas, Cf. CE 28 mars 1997, *Baxter*), la solution est néanmoins à rapprocher de la jurisprudence européenne en vertu de laquelle une discrimination consiste également « à traiter de manière identique des situations différentes »[64]. Il n'y a certes pas de « droit à la différence », mais le juge administratif impose parfois à l'administration de prendre en considération une différence, pour éviter de commettre une discrimination.

Dans ces hypothèses, il faut noter que le Conseil d'Etat n'emploie pas l'expression « discrimination indirecte ».

---

[61] CE, 18 octobre 2002, Spaggiari, req. n° 224804 et n° 236744 ; AJDA 2003, p. 36 concl. Rémy Schwartz ; note Serge Slama, AJFP 2003-2, p.12.

[62] CAA Paris 20 janvier 2000, Pageaux

[63] CE 22 octobre 2010, n°301572 – avocate handicapée – responsabilité de l'Etat engagée du fait du défaut d'aménagement raisonnable du tribunal – préjudice moral – 20 000 euros

[64] CJCE 17 juillet 1963 aff. 13/63 et CEDH 6 avril 2000 Thlimmenos c/ Grèce, précitées

Signe probable que le Conseil d'Etat commence à intégrer cette conception de la discrimination, il la mentionne cette fois *expressément* dans des arrêts récents[65]. Dans ce contentieux nourri, le juge administratif considère que la bonification d'un an par enfant accordée de manière systématique aux femmes et non aux hommes et la faculté de jouissance anticipée de la pension offerte aux mères de trois enfants constitue une discrimination indirecte en raison du sexe – mais *justifiée* par une politique nationale de compensation des retards de carrière des femmes. Le juge administratif s'appuie très nettement sur la jurisprudence de la CJUE qu'il cite, pour faire référence à la notion de discrimination indirecte[66]. C'est aussi une prise en compte du caractère symétrique du critère du sexe par le juge administratif : il envisage le désavantage indirect produit par la règle vis à vis de l'homme comme de la femme.

Ces hypothèses demeurent cependant encore exceptionnelles, probablement en raison de la lecture essentiellement universaliste du principe d'égalité.

c) La question de la discrimination positive ou l'embryon d'un droit à la différence devant le Conseil constitutionnel

Une décision intéressante du Conseil constitutionnel du 21 novembre 2014 Loi du pays relative à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie.
L'affaire concernait une loi de pays néo-calédonienne qui ne prévoyait pas de droit préférentiel d'accès à l'emploi au bénéfice des citoyens et résidents néo-calédoniens. Le CC censure cette loi de pays, car il considère que l'accord de Nouméa impose le recours à la discrimination positive, ce qui est tout à fait exceptionnel. La décision est en effet remarquable en ce qu'elle fait de la préférence locale pour l'accès aux emplois publics une obligation constitutionnelle.
Est-ce une décision qui laisse présager une ouverture vers le droit européen[67] qui considère que discriminer n'est pas seulement traiter de manière différente des

[65] CE 27/03/2015 n°372426, CE 30/12/2015 n°376550, n°376551, n°376552, n°368528, CAA de Marseille 15/01/2016 n°14MA03304, CE 15/02/2016 n°385675 et autres

[66] CJUE 17 juillet 2014 C-173/13 Leone, sur renvoi préjudiciel de la CAA de Lyon

[67] CJCE 17 juillet 1963 Commission c/ Italie et CEDH 6 avril 2000 Thlimmenos c/ Grèce

situations semblables mais aussi traiter de manière identique des situations différentes ?

Rien n'est moins sûr, dans la mesure où le cas néo-calédonien est tout à fait à part. Mais la décision est tout de même très intéressante en ce qu'elle impose au législateur néo-calédonien de prendre des mesures de discrimination positive.

4. Sur la nature du contentieux

a) Le développement du contentieux indemnitaire

Depuis l'arrêt du CE 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, le plein contentieux s'est développé. On trouve de plus en plus d'arrêts dans lesquels la responsabilité de l'administration est engagée sur le fondement de la faute, résultant tantôt d'une illégalité[68], tantôt d'un comportement fautif.

Concernant le *préjudice*, plusieurs éléments doivent être mentionnés concernant la nature, l'étendue et l'évaluation du préjudice :

Sur la *nature du préjudice* : le juge administratif prend en compte le préjudice matériel et moral[69]. Parfois le juge évoque un « préjudice de toute nature »[70].

Etendue et évaluation du préjudice : concrètement, en matière de carrière, le préjudice porte sur les retards d'avancement et sur le préjudice moral (CAA Nantes 19/07/2012 n°10NT01079 : M. X a été privé durant la période du 1er janvier 1999 au 31 décembre 2002 à raison de l'avancement dont il n'a pas bénéficié, son préjudice s'élève à 4 829,95 euros ; qu'il y a lieu de lui accorder cette somme, ainsi qu'une indemnité de 3 000 euros au titre du préjudice moral, en réparation de la faute commise par le ministre de la défense ; de même : TA Lyon 25/04/2012 n°0903244 - 1000 euros pour préjudice moral en plus des indemnités pour retard de carrière

[68] CAA Versailles, 29 décembre 2009, Mme. T. n°08VE00296 : discrimination sexuelle dans l'évolution de carrière ; CAA Nantes 19/07/2012 n°10NT01079 ; TA Rouen 9/07/2009 n°0700940, 0802423 - annulation du refus de l'administration d'employer un professeur d'EPS en raison de son handicap auditif, responsabilité engagée ; TA Lyon 25/04/2012 n°0903244 ; CAA Marseille 17 juillet 2012 n°12MA01057 : discrimination liée au sexe – évolution de carrière moins favorable que ses collègues masculins – mais rejet ; CE 11/06/2014 n°369994 : harcèlement moral et injures homophobes ; CAA Versailles, n°14VE01323, 15 mars 2016, recours pour excès de pouvoir et demande de dommages et intérêts pour discrimination syndicale et harcèlement moral - rejet

[69] CE 22/02/2012 n°343410 : en limitant l'indemnisation au préjudice moral, la CAA a commis une erreur de droit, l'indemnisation du préjudice matériel devant également être réparé – était en cause une discrimination sexiste et un harcèlement moral

[70] CAA Bordeaux, 10/03/2014 n°13BX00711 relatif à une discrimination syndicale dans l'avancement de la carrière : préjudice indemnisé 10 000 euros

correspondant à la différence entre la rémunération qui aurait été celle de l'agent s'il avait été promu normalement ; TA Lyon 12/12/2012 n°10007850, sur la demande d'indemnisation en réparation du préjudice subi par la requérante et imputé au caractère discriminatoire du non renouvellement de son contrat en raison de ses opinions politiques. La justification indigente de la commune en cause conduit le juge à engager sa responsabilité. Sur l'étendue du préjudice, le tribunal précise que « si la requérante est fondée à demander réparation du non renouvellement de son dernier contrat pour une durée de sept mois, elle ne peut pas prétendre, en l'absence de service fait et de droit au renouvellement de son contrat au cours des années ultérieures, au versement d'une somme correspondant aux rémunérations qu'elle aurait pu percevoir si elle avait été continûment maintenue dans ses fonctions jusqu'à ce jour ». Il y a donc indemnisation seulement de la perte de rémunération pendant 7 mois, c'est-à-dire de 1800 euros en plus de l'indemnisation du préjudice moral de 2000 euros.

Dans une affaire de harcèlement moral, le tribunal administratif de Paris a mis en évidence un préjudice moral résultant d'un harcèlement moral associé au comportement fautif de l'AP-HP, laquelle avait tenté de mettre fin prématurément à l'engagement de l'agent après qu'il eut saisi la HALDE et avait fait preuve d'inaction fautive (15 000 euros). A ce préjudice moral s'ajoute un préjudice lié à la perte de revenus, « cette indemnisation correspond à la différence entre ce qu'il aurait perçu si son engagement à l'AP-HP s'était poursuivi au-delà du 14 septembre 2007 et ce qu'il a réellement perçu, à compter de cette date, en travaillant à mi-temps pour un nouvel employeur » (1500 euros). En revanche le préjudice lié à la perte de jours de récupération et de repos le préjudice résultant des refus opposés à ses demandes de formation et le préjudice de carrière n'ont pas été pris en compte, le tribunal les ayant jugé déjà compris dans le préjudice moral indemnisé[71].

b) Remarques à propos du recours pour excès de pouvoir

Le recours pour excès de pouvoir est également mobilisé. Plusieurs remarques doivent être notées à ce sujet :

[71] TA Paris 29/09/2011 n°0904551/5-2

D'abord, une décision intéressante relative à la recevabilité en matière de recours pour excès de pouvoir mérite d'être mentionnée. Il s'agit de l'arrêt du CE 15 avril 2015 Mme B.A. n°373893.

Le juge administratif considère dans cette affaire que, dès lors qu'une discrimination est en cause, on ne peut pas opposer au requérant le fait que la mesure en question est une mesure d'ordre intérieur. Cette décision est très intéressante en ce que la recevabilité est en réalité liée au fond : en effet, la recevabilité dépend du caractère discriminatoire ou non de la mesure, en d'autres termes, de sa légalité. C'est ce à quoi conduit l'idée qu'une mesure discriminatoire ne peut être une mesure d'ordre intérieur. Il y a par conséquent recul de la catégorie des mesures d'ordre intérieur dans le contentieux des discriminations et par là-même, avancée du contrôle du juge administratif.

Ensuite, au fond, on constate une réticence du juge administratif à annuler des *règlements* en raison d'une discrimination[72]. L'hypothèse de l'arrêt *Slama* s'expliquant probablement par le fait que le règlement en question avait été en tout état de cause abrogé par l'administration. De même, saisi de plusieurs requêtes tendant à l'annulation de décisions individuelles impliquant la mise en cause d'une réglementation nationale sur la retraite anticipée des ingénieurs de contrôle de la navigation aérienne, le Conseil d'Etat considère que le traitement différencié est justifié[73]. On fait le même constat concernant les recours pour excès de pouvoir contre des décisions individuelles refusant l'admission à la retraite avec jouissance immédiate de pension, décisions prises sur le fondement de dispositions réglementaires du code des pensions civiles et militaires[74] qui prévoient un régime de départ anticipé à la retraite, fondé sur la prise en compte du congé de maternité[75].

En outre, il faut noter que de manière concrète, l'annulation a parfois une portée très relative pour les requérants. Il faut à ce titre évoquer à nouveau l'arrêt du CE du 26/01/2015 *Slama* et signaler les conséquences purement platoniques de l'annulation. Au niveau du référé, le requérant avait été débouté faute d'urgence

---

[72] Cf. par exemple, CE 14 novembre 2008 Fédération des syndicats généraux de l'Education nationale, req. n°311312

[73] Ce qui était tout à fait discutable - CE 4 avril 2014 n°362785 et s.

[74] Articles L. 24, L. 12 et R. 37

[75] Voir, en particulier CE 27/03/2015 n°372426, CE 30/12/2015 n°376550, n°376551, n°376552, n°368528, CAA de Marseille 15/01/2016 n°14MA03304, CE 15/02/2016 n°385675

(alors même que le requérant avait démontré que le concours allait être supprimé). Si son recours en annulation a été ensuite accueilli, c'était trop tard : le concours qu'il entendait passer a bel et bien été supprimé et comme l'a indiqué le Conseil d'Etat : « il résulte de l'instruction que le concours auquel M. B. avait présenté sa candidature est achevé ; que, par suite, ses conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint au recteur de l'académie de Paris de réexaminer sa candidature ne peuvent qu'être rejetées ».

Notons enfin que le requérant doit être vigilant au regard de potentiels droits acquis liés aux décisions contestées et annulées[76].

5. Les questions de preuve

a) L'aménagement de la charge de la preuve

Combiné au mécanisme prévu par l'article 4 de la loi du 27 mai 2008, l'arrêt du 30 octobre 2009 *Mme Perreux* a fait plus qu'aménager la charge de la preuve en matière de discriminations : il a ouvert la porte autant qu'il a posé le cadre propice à la sanction juridictionnelle des discriminations.

Le juge administratif, en aménagement la charge de la preuve, adopte désormais la logique du contentieux de la discrimination du droit européen, écartant celle inhérente au principe d'égalité. C'est ainsi que le raisonnement qui consiste à s'intéresser d'abord aux éléments apportés par le demandeur, visant à constituer une apparence de discrimination, et ensuite aux éléments de justification de l'employeur, permet au juge de se forger une première idée sur les allégations du requérant et d'imposer en conséquence un certain degré d'exigence quant aux explications données par l'administration.

Aussi, concernant les justifications de l'administration, le juge administratif s'est souvent contenté de l'argument de l'application uniforme de la mesure contestée

[76] Cf. CAA Marseille 24/06/2014 M. T. « l'annulation d'un arrêté établissant un tableau d'avancement n'a pas d'effet sur les nominations prononcées sur son fondement dès lors qu'elles sont devenues définitives faute d'avoir été contestées dans le délai de recours contentieux » ; « ladite annulation, si elle laisse toute possibilité à M. T., s'il s'y croit fondé, de présenter une demande indemnitaire à l'administration puis, en cas de refus éventuel, de saisir le TA compétent d'un recours de plein contentieux, n'implique en revanche pas que le ministre de l'intérieur établisse un nouveau tableau d'avancement au titre des années litigieuses ni qu'il soit procédé à une reconstitution de la carrière de M. T. »

pour la déclarer conforme au principe d'égalité[77]. Le juge faisait peu de cas des effets de la mesure pour peu qu'elle soit identique pour tous. Depuis, de nombreux arrêts utilisent tantôt la loi de 2008, tantôt la formule prétorienne inaugurée par l'arrêt Mme Perreux, selon que les faits sont antérieurs ou postérieurs à la loi.

Grâce au nouveau raisonnement introduit, le juge attend davantage de l'administration, qui doit prouver que sa décision est justifiée par des considérations étrangères à toute discrimination. Une telle obligation est nécessairement plus contraignante que celle qui consiste à prétendre que la mesure adoptée est la même pour tout le monde. Si l'administration ne justifie pas correctement ces décisions, le juge administratif donne gain de cause au requérant[78].

Les juges du fond ont été sensibles à cette évolution et contrôlent désormais effectivement les justifications avancées par l'administration[79]. Le Conseil d'Etat sanctionne d'ailleurs les juges du fond s'il juge le contrôle trop succinct[80].

Il semble que le juge administratif commence à opérer un contrôle de proportionnalité consistant à s'interroger sur le caractère suffisant et adéquat des raisons objectives de l'employeur. Il vérifie non seulement que les éléments invoqués par l'employeur sont effectivement étrangers à toute discrimination mais analyse également la qualité des justifications, ce qu'exige d'ailleurs la CJUE.

C'est le cas dans les affaires relatives à la mise à la retraite d'office des ingénieurs de contrôle de la navigation aérienne[81], mais aussi dans celles liées au régime de pension de retraite[82]. Le Conseil d'Etat examine de près les justifications avancées par l'administration. La différence de traitement – à savoir la bonification d'un an par enfant accordée de manière systématique aux femmes et non aux hommes, puisque fondée sur le congé de maternité et la faculté de jouissance anticipée de la pension offerte aux mères de trois enfants – est objectivement justifiée. Selon le Conseil

---

[77] Cf. CE 14 novembre 2008, Fédération des syndicats généraux de l'Education nationale, req. 311312

[78] CE 23 juin 2010 Mme Poliak, CE 22 octobre 2010 Bleitrach et CE 10 janvier 2011 Mme Levêque

[79] CAA 17/07/2012 n°11MA00065 ; CAA Paris 10/02/2015 ; TA Rouen 2012 n°10003010

[80] CE 22/02/2012 n°343410 sur des faits de harcèlement moral, notamment : « la CAA de Marseille n'a pas recherché si celle-ci lui soumettait des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte au principe d'égalité de traitement des personnes, puis si le défendeur produisait ceux permettant d'établir que les décisions critiquées comme discriminatoires reposaient sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination alléguée ; elle a ainsi commis une erreur de droit »

[81] CE 4 avril 2014 n°362785 et s.

[82] CE 27 mars 2015, n°372426

d'Etat, cette différence de traitement dont bénéficient indirectement les femmes mères d'enfants par le bénéfice systématique de ces avantages est, en effet, objectivement justifiée par un objectif légitime de politique sociale, à savoir compenser les retards de carrière subis par les femmes mères, données statistiques à l'appui.[83]

b) Les « tests de comparaison »

Les tests de comparaison commencent à être utilisés. Dans la plupart des cas, ils le sont à l'appui d'une requête visant à mettre en évidence une discrimination syndicale ayant entraîné des retards dans l'évolution de la carrière des agents[84].

Rares sont cependant les cas où la preuve ainsi réalisée emporte la conviction du juge. C'est seulement le cas lorsque la défense de l'administration est indigente[85]. Sinon, en général, le juge rejette en considérant que « la présomption de discrimination n'est pas établie »[86].

On notera à ce titre que parfois, le juge attend du test de comparaison qu'il établisse la discrimination[87]. Dans cette affaire, était soulevée une discrimination en raison du sexe dont la requérante estimait qu'elle avait retardé son évolution de carrière, à l'appui d'une comparaison avec celle de ses collègues masculins. Le juge rejette la requête, estimant que le test de comparaison « ne permet pas d'*établir* la discrimination ». Or, ni le texte de la loi 2008-496, ni le mécanisme posé par l'arrêt Perreux ne postule d'établir la discrimination. Eu égard à l'allégement de la charge de la preuve opéré en 2008, il suffit d'alléguer des éléments de nature à faire présumer la discrimination… On a l'impression que dans certains cas, le juge en demande davantage.

---

[83] Voir également l'arrêt de la CAA Paris 10/02/2015 n°13PA00348 sur conclusions Rousset

[84] Voir, par exemple, CAA Lyon 8/04/2014 discrimination syndicale mais rejet ; CAA Bordeaux, 10/03/2014 n°13BX00711 ; CAA Nantes 19/07/2012 n°10NT01079 ; CE 20 novembre 2013 n°362879-362888 ; CAA Versailles, n°14VE01323, 15 mars 2016, entre autres

[85] CAA Bordeaux, 10/03/2014 n°13BX00711 ; CAA Nantes 19/07/2012 n°10NT01079 pour une discrimination syndicale reconnue via un test de comparaison

[86] CE 20 novembre 2013 n°362879-362888 et autres

[87] CAA Marseille 17 juillet 2012 n°12MA01057

C. Résultats en droit civil

En matière civile tout se passe comme si le principe de non-discrimination ne devait pas s'appliquer, d'une part parce que la liberté contractuelle imprègne le raisonnement du juge qui continue à considérer de mise l'adage latin « volenti non fit injuria » et d'autre part, surtout en matière de droit de la famille, le juge a encore une vision traditionnelle du couple et de la filiation. Il a fallu l'intervention du législateur pour mettre fin aux discriminations vis-à-vis des couples de même sexe et des familles homoparentales et même après l'adoption de la loi du mariage pour tous, les discriminations persistent. Cette réticence du juge civil fut contrebalancée non seulement par le législateur mais aussi par la CEDH qui rappelle systématiquement à la France que dans les domaines du droit de la famille et du droit des contrats, le principe de non-discrimination est tout-à-fait applicable. De par sa dimension collective, perçu souvent comme une forme de communautarisme[88], les civilistes français[89] sont réticents à la notion de discrimination laquelle est laissé volontiers à la charge analytique de la doctrine des publicistes. Pendant longtemps, les analyses des questions d'égalité étaient pratiquement réservées aux professeurs de droit constitutionnel ou de Libertés publiques. Tout se passe encore comme s'il existait une cloison entre les droits de nature civile et les droits de nature politique. En effet, le droit civil est rarement présenté sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'Homme et souvent les décisions de la CEDH qui modifient la manière traditionnelle d'interpréter le code civil sont attaquées avec virulence par la doctrine des civilistes. Ainsi, un professeur commence sa chronique dans la plus célèbre des revues de droit civil comme suit : « les références aux textes communautaires, et plus largement européens voire internationaux, sont devenues un lieu commun dès lors qu'il s'agit de prétexter d'une prétendue discrimination »[90]. Le ton moqueur est souvent de mise dans les chroniques des civilistes : « et voilà que maintenant la

[88] « A l'heure du communautarisme forcené, lequel n'est jamais qu'un avatar du corporatisme, existe-t-il même encore un droit commun dans nos domaines ? », s'exclame J. Hauser dans l'une de ses chroniques dans la *Revue Trimestrielle de droit civil* (« Transsexualisme et discrimination : la saga nationale et internationale de la trans-identité » RTD Civ. 2009 p. 693.

[89] A l'exception de Jean-Pierre Marguénaud qui ne cesse de plaider dans ses chroniques pour une interprétation du droit civil à la lumière de la Convention européenne.

[90] Jacques Raynard, « Du concubinage homosexuel au licenciement du transsexuel : du bon usage du grief de discrimination fondée sur le sexe, selon la Cour de justice des Communautés européennes », RTD Civ. 1998 p. 529.

Cour de justice des Communautés européennes se joint au concert des juridictions, décidément très soucieuses du sort matrimonial des transsexuels et de leur éventuelle discrimination »[91].

Le principe de non-discrimination est encore perçu comme étranger au droit privé français, comme un néologisme imposé en quelque sorte par le droit international et le droit européen[92]. Ce dernier est souvent présenté comme voulant « imposer » au droit français une manière de juger qui fonctionne plutôt sur la base du *Case Law* propre au droit anglo-saxon.

Aussi, la manière auto-référencé d'enseigner le droit civil en France constitue un obstacle à la constitution d'une culture juridique de l'égalité et de la non-discrimination dans ce domaine. Comme le souligne ironiquement B. Mathieu, « Le civiliste n'a en fait de véritable contact qu'avec la loi dans laquelle il englobe, il est vrai, généreusement la Constitution »[93].

Les querelles doctrinales sur la constitutionnalisation du droit privé apparaissent aujourd'hui bien dépassées surtout depuis la mise en place de la QPC, procédure qui diffuse la Constitution dans toutes les branches du droit y compris le droit civil. Cependant, comme le note E. Millard, « Le nombre de questions traitées est finalement assez faible, si on compare à d'autres matières telles que le droit pénal ou le droit fiscal (…) On sent bien (…) une réticence certaine du juge civil, habitué à une appréciation souveraine de l'application de la loi civile, à nourrir les possibilités d'un contrôle extérieur, qui réduirait d'autant ses pouvoirs… »[94]

De manière nostalgique la doctrine des civilistes ne cesse de regretter le déclin du code civil français : « Cette désystématisation du droit français par la marginalisation du Code civil se conjugue avec sa totale désacralisation. Il était « notre grande loi civile », lisait-on encore dans tel arrêt d'appel rendu dans l'affaire *Jand'heur* : son

---

[91] J. Hauser, « Goodwin à Luxembourg : il ne manquait plus que la Cour de justice des Communautés européennes! » RTD Civ. 2004 p. 266.

[92] Voir en ce sens l'intervention de D. Fenouillet « Egalité et discrimination en droit des personnes et de la famille » dans les 8e journées René Savatier à Poitiers en octobre 2007 :

http://uptv.univ-poitiers.fr/program/journees-rene-savatier/video/1378/egalite-et-discrimination-en-droit-des-personnes-et-de-la-famille/index.html

[93] B. Mathieu, « Droit constitutionnel et droit civil: de vieilles outres pour un vin nouveau » RTC Civ. 1994, p. 59.

[94] E. Millard, « Les premières QPC en droit civil : premiers bilans et perspectives », *Questions prioritaires de constitutionnalité : premiers bilans*, X Philippe et M. Stéfanini (Ed.) (2011)

texte était tenu pour être le siège des principes politiques directeurs de la société française. Mais les mouvements de constitutionnalisation, internationalisation, européanisation, « droit-de-l'hommisation » ne l'ont pas épargné, conduisant à l'amputer de certaines dispositions, à réduire l'applicabilité des autres, à lui greffer des directives transposées, à lui faire véhiculer des terminologies venues d'ailleurs, ou chargées de sens différents, et comme il a été observé (M. Barrière, Paris) à gonfler démesurément la notion d'ordre public »[95]. Aussi, les décisions de la CEDH sont souvent présentées comme une « idéologie » pernicieuse qui met en danger l'agencement harmonieux du droit civil (V. par ex. F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civil,* 10e éd. p. 116-117). L'exigence herméneutique, rappelé par la chambre civile de la Cour de cassation, selon laquelle les articles du code civil doivent être interprétés au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme semble ne pas être suffisamment remarqué par les civilistes français[96].

L'européanisation du droit français surtout en matière des personnes et de la famille est souvent dénoncée comme « une course au système le plus permissif»[97], prolongement aux méthodes du droit international privé, lequel, dans la gestion de la circulation des personnes et des modèles se plie à la loi du « libéralisme maximum »[98].

Un simple survol rapide sur les revues de droit civil suffit pour s'apercevoir de l'hostilité de la doctrine à la jurisprudence de la CEDH : «Manifestement, la Cour de Strasbourg est sortie de son lit. L'ennui est que l'on ne voit pas comment l'y faire rentrer »[99] ; « les forces majoritaires de l'illusion de l'utopie, de l'aveuglement de la présomption » et les « laudateurs aveugles de la machinerie qui défonce notre système juridique et fausse nos institutions »[100]. Les titres de certaines publications n'en sont pas moins évocateurs : «Internationalisation des droits de l'Homme et

---

[95] *Le code civil dans le droit européen*, édité par Jean-Philippe DUNANT et Bénédict WINIGER, Paris, Bruyland, 2005.

[96] J.-P., Marguénaud, « La 1er chambre civile de la cour de cassation invente l'art d'appliquer le code civil… RTC Civ. 2002 p. 865.

[97] M. HUNTER-HENIN « Droit des personnes et droits de l'homme : Combinaison ou confrontation », *Revue Critique de DIP* 2006, n° 4, p 743.

[98] H. FULCHIRON, « Existe-t-il un modèle familial européen », *Def.* 2005, art. 38239.

[99] J. CARBONNIER, *Droit et Passion du droit sous la Vème république*, Flammarion, 1996,

[100] G. CORNU, *Droit civil – Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien 10ème éd 2001, n° 262

évolution du droit de la famille : un voyage sans destination »[101], ou la « CEDH : une juridiction tyrannique ? »[102].

Pourtant, la soumission du droit civil au droit conventionnel européen et au droit communautaire est acquise malgré les « broncas » d'une partie de la doctrine des juristes. Cependant cette résistance intellectuelle à la conventionalisation du droit civil atteint parfois le raisonnement des juges en particulier dans les domaines du droit des personnes, du droit de la famille et dans une moindre mesure du droit des contrats[103], branches qui demeurent plus ou moins imperméables à l'européanisation du droit. Il est évident que depuis l'arrêt *Simmenthal* (CJCE 28 juin 1978) personne ne conteste que le juge interne est également juge du droit commun européen. Il ne s'agit pas tant de l'application de la règle européenne en l'occurrence celle relative à la non-discrimination mais de la manière dont le juge français l'interprète et le raisonnement qu'il déploie pour l'appliquer et surtout pour la contourner.

C'est dans ce climat peu favorable à tirer tout le profit de la règle de la non-discrimination que se développe la jurisprudence civile. La timidité des juges, l'excessive prudence ou encore la justification de la discrimination dans certains domaines du droit civil, s'explique en partie par l'atmosphère intellectuelle dans laquelle baigne le juge français.

1. Quelques remarques méthodologiques concernant la présentation des résultats en droit civil.

Contrairement aux chapitres relatifs au droit social et au droit administratif, l'analyse de la jurisprudence en droit civil est présentée non pas en fonction du questionnement des critères, la nature des discriminations, le type de contentieux et

---

[101] M.-T MEULDERS KLEIN, Rapport de synthèse au Colloque *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille* organisé par le Laboratoire d'Etudes et de Recherches appliquées au droit Privé, Lille, 15-16 décembre 1994 sous la direction de F. Dekeuwer-Défossez, Paris, LGDJ, 1996.

[102] B. EDELMAN « La CEDH : Une juridiction tyrannique » ? *D* 2008.1946.

[103] Comme le met de manifeste le projet de codification du droit des contrats en Europe : voir F. Werro (sous la dir. de), *L'Européanisation du droit privé — Vers un Code civil européen ?* Fribourg, Editions universitaires de Fribourg , 1998. Cependant, les juristes parlent encore de « l'intrusion des droits fondamentaux dans la sphère contractuelle » et du désordre causé par « l'injection des droits fondamentaux dans le contentieux contractuel» : Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux,* Thèse Aix-Marseille 2011.

la preuve des discriminations mais en fonction de la prégnance de l'égalité et la résistance à la non-discrimination sur la base des grandes divisions du droit civil : droit des personnes, droit des contrats, droit de la famille….. La différente évolution des décisions civiles par rapport aux contentieux en droit du travail et en droit administratif, justifie le choix en question. En effet, pour ces derniers, l'évolution jurisprudentielle permet de s'affranchir de l'analyse par matière car les exigences relatives à l'application du principe de non-discrimination semblent plus acceptées qu'en droit civil alors que pour les juges civilistes, parfois l'application même de la notion de discrimination directe n'est pas encore évidente. Procéder par matière et non pas par critères, nous a semblé plus pertinent non seulement pour mettre en lumière le raisonnement du juge mais aussi pour permettre au lecteur une compréhension plus juste de l'intervention de la jurisprudence civile en matière de discriminations.

2. Résistances du droit civil français au principe européen de non-discrimination

La sanction infligée à la France par la CEDH dans l'arrêt *Mazurek* du 1er février 2000 est significative de l'inertie des autorités juridiques lorsqu'il s'agit de mettre en conformité la loi avec la convention européenne en matière de non-discrimination (en l'occurrence des droits successoraux de l'enfant adultérin). Cette sanction, aurait pu être évitée, si le juge, la doctrine et le législateur français avaient pris au sérieux les arrêts *Marckx c./ Belgique* du 13 juillet 1979 et *Inze c./ Autriche* du 28 octobre 1987 concernant le statut des enfants nés hors mariage. En effet, la 1er chambre civile de la cour de cassation avait complétement méprisé ces arrêts lorsqu'en 1996 elle déclare que « la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale dont le droit est reconnu par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et garanti sans distinction par l'article 14 de cette Convention »[104]. Trente ans se sont passés entre la condamnation de la Belgique dans l'arrêt Marckx et la modification du droit français (ordonnance du 4 juillet 2005). Ce retard tient justement aux difficultés du

[104] CEDH, *Mazurek c. France*, Troisième section, 1er février 2000, n°34406/97, §15.

juge national à penser les situations discriminatoires comme étant contraires au droit national.

L'arrêt *Pla et Puncernau c. / Andorre* du 13 juillet 2004 produit un changement révolutionnaire dans l'herméneutique juridique, d'une part en rappelant que le principe de non-discrimination s'applique aux actes juridiques privés et d'autre part que l'interprétation de cet article doit se faire non pas en fonction de la volonté du défunt mais en fonction des changements sociaux parmi lesquels le traitement égalitaire des enfants nés hors mariage. Ainsi, la Cour affirme « *Certes la Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme dans le cas d'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus généralement avec les principes sous-jacents à la Convention* » (§ 59). Derrière les critiques virulentes de l'arrêt *Pla et Puncernau*, nous pouvons entrevoir un regret, celui de l'effet horizontal des droits fondamentaux[105].

Justement, l'effet horizontal des droits fondamentaux met de manifeste la mission protectrice de ceux-ci dans les relations de droit privé de telle sorte que les activités de particuliers sont soumises à des limitations comparables à celles imposées à l'Etat. C'est précisément ces limitations qui dérangent le civiliste lequel continue à placer l'autonomie individuelle au-dessus des droits fondamentaux lorsqu'il s'agit d'un acte privé.

Nous analyserons d'abord les droits des personnes et particulièrement les questions de changement de sexe à l'état civil, situation qui nous semble demeurer discriminatoire malgré les changements de la jurisprudence après condamnation de la CEDH, puis le droit des contrats et tout particulièrement l'accès aux biens et services et enfin le droit de la famille. Malgré l'adoption de la loi sur l'ouverture du mariage pour les couples de même sexe, certaines situations discriminatoires

---

[105] Nicod (M.), Revel (J.), Brémond (V.) (2005), *Droit patrimonial de la famille : panorama 2005.* Recueil Dalloz (31). pp. 2114-2124.

demeurent concernant l'accès à l'AMP pour les femmes seules et la GPA pour les couples aussi bien homosexuels que hétérosexuels.

a) Le droit des personnes

Concernant le droit des personnes, la question a été analysée sous l'angle de l'identité de genre car il cristallise la résistance du juge français à intégrer le principe de non-discrimination malgré les condamnations répétées par la Cour européennes des droits de l'Homme. Lorsque le sexe biologique ne correspond par avec le sexe socio-psychologique (genre), le droit faisait traditionnellement primer le premier sur le second. Suite à la condamnation par la CEDH[106], la jurisprudence française en matière de transidentité commence, non sans difficulté, à se déplacer de la « question du sexe » vers une « question de genre ». S'appuyant sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, le juge français a été, pendant longtemps, sourd aux demandes des personnes transidentitaires et, même si l'opération de changement de sexe était tolérée, la rectification de l'état civil leur était refusée au nom de l'ordre public : « le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut pas s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'a pas pour autant acquis ceux du sexe opposé »[107]. Cette posture jurisprudentielle sera d'abord critiquée par la CEDH en 1992, les juges de Strasbourg affirmant que le refus de mettre en accord les documents d'identité avec le nouveau sexe était contraire au respect du droit à la vie privée[108]. La jurisprudence française a donc dû se mettre au pas pour intégrer cette décision. Dans une circulaire du 10 mai 2010, le gouvernement invite à « donner un avis favorable à la demande de changement de d'état civil dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique définitive, associés, le cas échéant, à des opérations de chirurgie plastique (prothèses ou ablation des glandes mammaires…) ont entraîné un changement de sexe irréversible ». Dès lors, le changement de sexe sera soumis à un contrôle médical afin de déterminer la nature pathologique de la

[106] Sur l'influence éventuelle de la CEDH en matière d'orientation sexuelle en droit civil à travers l'Europe, Voir plus récemment : *Oliari a.O. v. Italy*, 21 Juillet 2015, nos. 18766/11 and 36030/11

[107] Cass., Civ. 1ère, 5 février 1991, n°89-18017

[108] CEDH, *Botella c. France*, 25 mars 1992 n°13343/87

situation dans laquelle se trouverait une personne transidentitaire. La Cour de cassation adoptera à ce propos une position très restrictive concernant le caractère d'irréversibilité en rejetant tous les pourvois relatifs au changement d'état civil, malgré les traitements médicaux auxquels étaient soumis les requérants.[109]

Les juges de la Haute Cour iront même plus loin en affirmant qu'en « l'absence de preuve intrinsèque à sa personne, du caractère irréversible du processus de changement de sexe, qui ne pouvait résulter du seul fait qu'il appartenait au sexe féminin aux yeux des tiers, c'est sans porter atteinte aux principes posés par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, mais par un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes d'une part, de protection de la vie privée d'autre part »[110].

(1) Une protection limitée

Bien que le critère de l'identité sexuelle ait été introduit dans la législation par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel (article 4), celui-ci n'est pas opérationnel dès lors qu'il s'agit de protéger l'individu pris par le processus administratif de changement de l'état civil. Ce critère vise à protéger les personnes transsexuelles et transgenres contre les discriminations auxquelles elles sont exposées lorsque l'identité sociale sous laquelle elles vivent ne correspond pas au sexe assigné à la naissance, que cette situation s'accompagne ou non d'un traitement hormonal ou d'une opération de changement de sexe. La catégorie identité de sexe a permis surtout de protéger l'employé contre les licenciements discriminatoires.

Notre réflexion ne se situe pas dans cette dimension mais dans celle des droits des personnes proprement dit. En ce sens, la Cour de cassation, énonce dans les deux arrêts de 2012, le même attendu de principe : « attendu que pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans l'acte de naissance, la

[109] Cass. Civ. 1ère, 7 juin 2012, n° 10-26.947, Cass. Civ. 1ère, 7 juin 2012, n° 11-22.490, Cass. Civ. 1ère 12 février 2013, n° 11-14515, Cass. Civ. 1ère, 13 février 2013, n° 12.11-949.

[110] Cass., Civ. 1ère, 13 février 2013, n°12-11949.

personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ». Cette condition d'irréversibilité, implique se soumettre à des traitements particulièrement lourdes et invasifs. Cette obligation imposée par la Cour de cassation est contraire à l'ensemble des rapports internationaux dans la matière qui considèrent discriminatoire par rapport aux personnes non transsexuelles et portant atteinte à l'article 8 de la CEDH. Le Rapport du Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe[111], le rapport Hammaberg rendu en 2009 intitulé « Droits de l'Homme et identité de genre », qui s'est inspiré des Principes de Yogyakarta condamnent la réassignation sexuelle obligatoire. Aussi, la stérilisation définitive comme condition préalable au changement de sexe a été censurée par différents organes du Conseil de l'Europe tels le Comité des ministres[112], l'Assemblée Parlementaire[113], et le Commissaire aux droits de l'Homme qui a expressément recommandé de mettre fin à la stérilisation comme condition sine qua non au changement de sexe.[114]

Dans un arrêt du 10 mars 2015 (Y.Y c./Turquie), la CEDH considère que « le respect dû à l'intégrité physique de l'intéressé s'opposerait à ce qu'il doive se soumettre à ce type de traitements » (§ 119). Outre le caractère attentatoire à la dignité des personnes transidentitaires, l'obligation imposée par la Cour de cassation est discriminatoire en relation à d'autres pays européens comme l'Allemagne ou l'Autriche qui ont considéré la stérilisation comme contraire aux respectives constitutions ou encore l'Espagne (2007), le Royaume Uni (2004) ou le Portugal (2011) qui disposent d'une législation souple n'imposant pas la stérilisation. Ainsi, un ressortissant de ces pays serait reconnu en France selon le sexe indiqué dans les pièces d'identité nationales sans être passé par la stérilisation, pourtant obligatoire en France. En 2013, La Commission Consultative Nationale des Droits de l'Homme a

---

[111] Rapport du Commissaire aux droits de l'homme *Droits de l'homme et identité de genre*, Conseil de l'Europe, 2009.

[112] Recom. CM/Rec (2010)5, 20-21.

[113] Résolution 1728 (2010),16.11.2.

[114] « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe », Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, 2011 ; points 2 et 4 ; Voir également, Rapport du Commissaire aux droits de l'homme *Droits de l'homme et identité de genre*, Conseil de l'Europe, 2009.

émis un avis en faveur d'une forte libéralisation de ces conditions allant même jusqu'à prôner leur démédicalisation totale[115].

(2) La question de l'identité sexuelle en matière d'intersexualité

La question des discriminations relatives à l'identité sexuelle en matière d'intersexualité mérite un traitement différencié par rapport aux analyses concernant les personnes transsexuelles. En effet, la discrimination pour les intersexes se constitue au moment même de l'inscription à l'état civil. Le sexe apparaît comme le cas le plus strict d'assignation identitaire. Il s'agit d'une partition irrémédiable de l'humanité car fixée de manière définitive. La possibilité d'un genre neutre avait été évoquée à la fin du XIXème siècle par le fondateur de la médecine légale, Alexandre Lacassagne qui « demande une réforme de l'article 57 du code civil pour imposer un examen médical à la puberté qui statuera le sexe et l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres d'état civil ». Mais cette proposition n'a jamais prospéré.

Un siècle plus tard, le 20 août 2015, le tribunal de grande instance de Tours a ordonné la substitution de la mention «de sexe neutre » à la mention « de sexe masculin », inscrite dans l'acte de naissance d'un intersexué. Ainsi, une personne intersexuée (dont les organes génitaux ne correspondent pas à la classification habituelle masculin-féminin) avait demandé, auprès du TGI de Tours, sur le fondement de l'article 99 du Code civil, la rectification de son acte de naissance. Celui-ci portait la mention « de sexe masculin », or, le requérant ne s'identifie pas à ce sexe, ni à celui féminin. Il demande donc l'inscription « de sexe neutre ». Le ministère public, quant à lui, s'oppose à cette rectification car il estime qu'elle relève d'un débat de société appartenant au législateur et non au juge. Il ajoute que l'article 57 du Code civil impose que toutes personnes soient rattachées à un des deux sexes. La cour d'appel d'Orléans a refusé de reconnaître cette possibilité de figurer la mention *« sexe neutre »* sur l'état civil, Dans un arrêt rendu le 22 mars 2016[116], les magistrats de la cour d'appel ont estimé qu'*« admettre la requête de monsieur X*

[115]CNCDH, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil, juin 2013.

[116] CA ORLEANS, 22 mars 2016, n°15/03281

reviendrait à reconnaître, sous couvert d'une simple rectification d'état civil, l'existence d'une autre catégorie sexuelle ».En refusant la notion de sexe neutre, la cour d'appel ratifie la logique du droit positif qui se fonde sur une conception binaire du genre. En effet, le premier alinéa de l'article 57 du code civil dispose : *«L'acte de naissance énoncera […] le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés…»*Suivant le principe établi par la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est l'examen des organes génitaux externes du nouveau-né qui détermine : l'appartenance à l'un ou l'autre sexe ; la reconnaissance de cet état par la société (état civil) ; l'attribution de prénoms, le plus souvent sans ambiguïté quant au sexe de celui ou celle qui le porte. Selon la cour d'appel de Paris, *«tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes, masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance»*[117].

L'article 55 du code civil énonce dans son premier alinéa que *«les déclarations de naissance sont faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu»*. Comme critérium d'Etat tendant à l'identification officielle des individus, le genre juridique alimente l'illusion naturaliste de l'existence de deux réalités sociales clairement distinctes. Or, la sociologie met en avant que la distinction entre les hommes et les femmes provient plutôt des constructions idéologiques et sociales que de caractéristiques invariables et naturelles. C'est dans les rapports historiques de domination que s'est forgé le caractère féminin et masculin, de telle sorte que le genre est le résultat de cette histoire et non pas dans l'expression spontanée d'une concordance avec la réalité biologique mâle-femelle. Juridiquement, le combat des personnes transsexuelles a permis de faire de la catégorie «sexe» un élément de leur vie privée, protégé par la Convention européenne des droits de l'Homme[118]. A partir de cette évolution, plutôt que de créer une troisième catégorie (sexe neutre), il serait plus pertinent de cesser de l'utiliser.[119] Après tout, en quoi cela regarde-t-il l'Etat que l'on soit homme ou femme, ou ni l'un ni l'autre ? L'évolution législative en

---

[117] Cour d'appel de Paris, 18 janvier 1974 : D. 1974, p.196, conclusion Granjon.

[118] Voir CEDH *Christine Goodwin v. Royaume-Uni* 11 juillet 2002 N° 28957/95

[119] Voir généralement D. Borillo, *Droit des sexualités*, Paris,PUF, 2009

cours se poursuit avec l'article 18 quater, II, de la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle qui n'a pas cette ambition.[120]

b) Droit des contrats

En matière de droit des contrats, il semblerait que l'appréciation du principe de non-discrimination varie en fonction du juge et de la matière. Soumis à ces deux articulations, la justification de la réception du principe de non-discrimination paraît aléatoire en matière d'accès aux biens et aux services.

Le principe de non-discrimination dans cette matière semble difficilement reçu par le juge de la cour de cassation. Différents arrêts montrent que la Haute Cour n'a pas constaté des cas de discrimination dans des situations où elle était pourtant flagrante. Ainsi, l'agence immobilière qui demande une caution à une personne résidente hors de l'UE alors qu'elle n'en demande pas aux résidents d'un Etat-membre ne se voit pas sanctionnée[121], ou encore l'employeur qui licencie une avocate en collaboration libérale au motif qu'elle était enceinte ne sera pas toujours sanctionné[122].

(1) La prise en compte des textes européens

---

[120] Projet de loi *de modernisation de la justice du XXIème siècle, n° 3872, déposé le 22 juin 2016 renvoyé à* la commission des lois *le 29 juin : (* http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3872.asp) : après désaccord de la CMP, c'est donc une nouvelle lecture de l'AN qui fera l'objet ensuite de débats du 11 au 13 juillet 2016 : dans le chapitre II du titre II du livre I[er] du code civil, est insérée une section 2 *bis* ainsi rédigée ; *« De la modification de la mention du sexe à l'état civil :*« *Art. 61-5.* – Toute personne majeure qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe à l'état civil ne correspond pas à celui auquel elle appartient de manière sincère et continue peut en obtenir la modification. « Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, sont :« 1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ;« 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ;« 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ;« 4° Qu'elle a l'apparence physique du sexe revendiqué par l'effet d'un ou de plusieurs traitements médicaux. « *Art. 61-6.* – Le tribunal de grande instance est saisi par écrit.« Le demandeur fait état de son consentement libre et éclairé à la modification de la mention relative à son sexe à l'état civil et produit tous éléments de preuve au soutien de sa demande. « Le seul fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut suffire à motiver le refus de faire droit à la demande.« Le tribunal constate que le demandeur remplit les conditions fixées à l'article 61-5 et ordonne sous trois mois la modification de la mention relative au sexe ainsi que, le cas échéant, des prénoms, à l'état civil.« *Art. 61-7.* – Mention des décisions de modification de sexe et de prénoms est portée en marge des actes de l'état civil de l'intéressé.... »

[121] Cass. Civ. 3ème, 19 mars 2003 01-03730.

[122] Décision du Défenseur des droits n°MLD/2012-148 **;** Cass. Civ. 1ère, 20 décembre 2012 ; Cass. Civ. 1[re] 4 juin 2014 N° 12-29126 **;** Cass. Civ. 1[re] 9 juillet 2015 N° 14-11415

Quant aux normes applicables, le juge semble se soumettre, dans une certaine mesure, au contrôle des discriminations au regard des normes européennes.

Le principe de non-discrimination est garanti par divers textes européens. L'article 10 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne précise que « *Dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ». Ce principe est repris à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en intégrant plus de critères de discrimination : « *Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ». S'il faut d'emblée préciser que l'application de ce principe est limité au champ d'application des mesures prises dans le « *domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne* », ce dernier texte adopté plus récemment montre clairement l'évolution du principe de non-discrimination.

Par ailleurs, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme garantie le principe de discrimination au travers de son article 14. Toutefois, selon la jurisprudence bien établie de la Cour européenne des droits de l'Homme : « *l'article 14 de la Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses* ».[123] C'est pourquoi l'adoption du Protocole n°12 à la Convention représente une avancée. L'article 1er du Protocole stipule que « *La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la*

[123] CEDH, *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997 no 20060/92, § 33.

langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Ainsi, il n'est plus nécessaire que la discrimination tombe sous l'empire d'un des articles de la CESDH.

Ainsi, dans une décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, les juges analysent l'obligation de produire un certificat médical à l'appui d'une demande de prestations familiales du chef d'un enfant étranger – pour justifier de la régularité de l'entrée et du séjour du mineur – au regard des articles 8 et 14 de la CESDH, mais aussi, dans ce cas particulier, au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant.
Concernant les contrats d'assurance, dans un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 29 janvier 2015, les juges reprennent le principe de non-discrimination inscrit en droit européen pour établir que *« la réglementation européenne sur l'égalité de traitement des consommateurs n'interdit pas à un assureur de prévoir des clauses contractuelles traitant différemment des assurés placés dans une situation différente* ».[124]

Dans une affaire de liquidation anticipée d'une pension de retraite, la Cour d'appel de Besançon a une nouvelle fois eu recours au droit de l'Union européenne, et notamment l'article 141 du traité instituant la Communauté européenne sur les principes d'égalités de rémunération et d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, pour conclure que les agents féminins « *ne subissent, du seul fait de la maternité, aucun préjudice en terme d'évolution salariale, et que seuls les contraintes inhérentes à la présence de plusieurs enfants au foyer, qui pèsent sur l'un et l'autre parent, peuvent être à l'origine de préjudices de carrière* ».[125]

(2) Les obstacles au principe de non-discrimination propres à la matière

[124] CA DOUAI 29 janvier 2015 n° 13/04696.

[125] CA BESANCON, 14 septembre 2007, n° 06/02556.

Dans le domaine de l'accès aux biens et aux services, il semble que le juge soit confronté à un principe auquel il accorde une place prépondérante : le principe de la liberté contractuelle.

L'exemple le plus frappant est celui du contentieux commerce. Les divers acteurs du marché économique ne sont pas soumis au principe de non-discrimination. Le juge a ainsi pu affirmer très clairement que « *la loi du 4 août 2008 (n° -776) a supprimé l'interdiction des pratiques discriminatoires (ancien texte de l'article L. 442-6 I 1° du code du commerce) à compter de son entrée en vigueur, soit le 5 août 2008 ; qu'à compter du 5 août 2008, donc, la discrimination, en droit commercial, n'est plus interdite en soi* ».[126] Dès lors, seul persiste dans le cadre des échanges commerciaux, la réglementation en matière d'entente anticoncurrentielle. Le juge va plus loin en opposant à une pratique discriminatoire le principe de liberté contractuelle : *« ne pèse sur le fournisseur aucune obligation de conclure un contrat de distribution sélective avec tout distributeur remplissant les critères de sélection, en raison du principe de liberté contractuelle* ».[127]

Le principe de liberté contractuelle semble aussi avoir une place importante dans le domaine des assurances. Ainsi, il est possible à l'assureur de moduler, voire de refuser la garantie d'un prêt en fonction de l'état de santé du cocontractant. Le juge, dans ce cas précis, va effectuer un contrôle poussé et développer une théorie expliquant la différence de traitement, en concluant que « une telle différence de traitement peut s'expliquer par la volonté de l'assureur de prendre en compte la manière dont les organismes de sécurité sociale des salariés du secteur privé déterminent le taux d'incapacité alors que cette méthode et les règles applicables varient pour les autres professionnels selon l'organisme social auquel ils sont rattachés ».[128]

---

[126] CA PARIS 30 septembre 2015 n° 13/07915

[127] *Ibidem*.

[128] CA DOUAI 29 janvier 2015 n° 13/04696.

L'exemple le plus frappant est celui du milieu libéral. Les contrats de collaboration pour les avocats, entre autres, sont en dehors, dans une certaine mesure, du champ d'application du principe de non-discrimination. En matière de rétrocession d'honoraires d'une collaboratrice avec 23 ans d'expérience, la Cour d'appel de Paris a décidé que « *le fait qu'une autre collaboratrice puisse percevoir une rétrocession d'honoraires identique, ne suffit pas à caractériser une discrimination illégitime alors que Mme. F. même si elle avait moins d'ancienneté dans la profession, pouvait aussi, après 9 ans d'exercice professionnel, être considérée comme une avocate expérimentée* ».[129] En matière de licenciement, les juges ont semblé aussi pendant un temps voir une exception à l'application du principe de non-discrimination. Malgré les interventions du Défenseur des droits sur ce type de contentieux[130], les juges avaient décidé que le licenciement d'une collaboratrice, au motif que celle-ci était enceinte, n'est pas contraire au principe de non-discrimination.[131] Depuis, la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 (article 17) pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes prévoit que la collaboratrice libérale enceinte est protégée de la rupture de contrat pendant sa grossesse et jusqu'à huit semaines après l'accouchement.

Il faut toutefois préciser que les juges de première instance se montrent favorables au principe de non-discrimination. Les décisions condamnant le refus d'accès à un service fondé sur la religion (comme le port du foulard[132]), ou d'un handicap (pour l'accès à un avion[133]) sont nombreuses. Le juge du fond va même plus loin. Dans certains arrêts, la sanction financière est accompagné d'une obligation de publicité afin d'exposer les pratiques discriminatoires de la compagnie aérienne qui refuse de transporter une personne handicapée[134], ou encore d'un camping qui refuse de louer des emplacements à des personnes d'une certaine origine[135].

---

[129] CA PARIS, 1er juillet 2015, n° 13/17502.

[130] Décision MLD-2012-109 du 8 août 2012

[131] Cass. Civ. 1ère, 20 décembre 2012.

[132] TGI THIONVILLE, 17 juin 2014 n° 11048000030.

[133] CA PARIS, 11 février 2014 n°12/05062 .

[134] TGI BOBIGNY, 13 janvier 2012 n° 833980671.

[135] TGI GRASSE, 18 septembre 2012 n°2708/12JC..

Pour finir, il faudra noter que le juge civil semble accepter difficilement l'existence de certaines discriminations indirectes qui sont la conséquence d'un domaine social particulier. Il s'agit là de la discrimination indirecte envers les femmes pour l'affiliation à certains régimes de retraite fondés sur le nombre d'heures travaillées. Le travail à temps partiel concerne, en effet, plus les femmes que les hommes. Toutefois, le juge civil semble refuser cet argument et refuse donc de reconnaître l'existence d'une discrimination indirecte : « *ce n'est donc pas le sexe de l'agent concerné qui est en l'espèce déterminant mais le nombre d'heures de travail réalisé et il s'avère statistiquement que ce seuil affecte plus particulièrement les femmes amenées plus fréquemment à travailler à temps partiel, cela ne peut avoir pour effet de rendre le dispositif discriminatoire ; ce régime spécial de retraite étant par ailleurs fondé sur un principe contributif, il est surcroît parfaitement légitime d'en soumettre le bénéfice à la réalisation d'un nombre minimum d'heures de travail* ».[136]

c) Droit de la famille

La reconnaissance des couples de même sexe et celle des familles homoparentales s'est effectuée en France pratiquement contre les juges et la doctrine des juristes[137].

(1) L'impossibilité judiciaire de constater le concubinage homosexuel

Le parallèle avec le concubinage hétérosexuel permet de mettre en avant la discrimination des juges envers les personnes homosexuelles. Les concubins ont dû forcer leur chemin pour se voir attribuer des droits. Le juge civil a alors eu recours à de nombreux artifices juridiques, déployant toute une palette de figures juridiques telles que la « société créée de fait », « l'affectio societatis » ou encore la théorie de l'apparence, pour parvenir à protéger le concubin. Toutefois, bien que le juge dispose d'une grande liberté pour constater cette situation de fait, la contestation du concubinage entre personnes de même sexe va se révéler pendant longtemps

[136] CA LYON, 15 septembre 2015, n° 14/02784.

[137] Borrillo, D. « Fantasmes des juristes *vs Ratio juris* : la *doxa* des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe » in Borrillo, D. et Fassin, E . *Au-delà du Pacs*, Paris, PUF, 2001.

impossible. Cette discrimination sera justifiée par le fait que des droits sont accordés aux concubins de sexe différents dans la mesure où cette situation ressemble au mariage[138]. Les juges iront bien plus loin en affirmant le caractère nécessairement hétérosexuel du concubinage dans une décision du 17 décembre 1997, discriminant ainsi les concubins de même sexe en matière de transfert du droit de bail[139]. C'est de nouveau sous l'impulsion de la CEDH que les juges civils vont devoir cesser cette discrimination[140].

Bien que le juge jouit d'une grande liberté pour constater la situation de fait (y compris dans des domaines contraires à l'ordre public comme la polygamie ou la répudiation), lorsque ce même fait relève de la relation homosexuelle, l'examen d'une telle constatation devenait impossible. En effet, la plasticité de la jurisprudence en matière de concubinage hétérosexuel trouvera rapidement ses limites lorsque les couples de même sexe émergent dans le contentieux familial. Pour refuser aux concubins homosexuels certains avantages accordés sans difficultés aux concubins hétérosexuels, la jurisprudence avançait l'argument selon lequel les droits ne sont octroyés au concubinage que dans la mesure où celui-ci ressemble au mariage. Ce serait donc une limite « objective » qui s'opposerait à la constatation de l'union libre homosexuelle. Ainsi, dans deux décisions du 11 juin 1989, la chambre sociale de la Cour de cassation a refusé la qualité de concubin au compagnon d'un steward d'Air France pour l'obtention d'un billet à tarif réduit. Dans le second arrêt, la Cour a considéré que, en se référant à la notion de « vie maritale », la loi portant généralisation de la sécurité sociale avait entendu limiter les effets de droit, au regard des assurances maladie et maternité, « à la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme »[141]. Allant ponctuellement à l'encontre de cette jurisprudence, la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 a modifié l'article L. 161-14 du Code de la sécurité sociale pour accorder indirectement au concubin homosexuel de l'assuré la qualité d'ayant-droit à l'assurance maladie en tant que personne à charge.

---

[138] Cass. Soc., 11 juillet 1989 *Mme L... c. CPAM de Nantes*, *Bull. civ.* n° 514

[139] Cass. Civ. 3ème, 17 décembre 1997 n°95-20779.

[140] CEDH, Grande Chambre, *E.B. c. France*, 22 janvier 2008 n° 43546/02

[141] Cass. Soc., 11 juillet 1989, *Mme L... c. CPAM de Nantes*, *Bull. civ.* n° 514 ; *JCP* 1990, II, 21553

Mais le statut de personne à charge n'implique nullement la reconnaissance de l'union homosexuelle. Plus tard, les juges insisteront sur le caractère nécessairement hétérosexuel de l'union libre lorsque le 17 décembre 1997, la Cour de cassation a statué que les couples de même sexe ne pouvaient pas être considérés comme des concubins en matière de transfert du droit de bail[142]. En effet, à la suite du décès de son compagnon homosexuel chez lequel il vivait de façon notoire depuis plusieurs années, le requérant a assigné la propriétaire pour obtenir le transfert du bail à son profit en application de l'art. 14 de la loi du 6 juillet 1989 qui dispose que « lors du décès du locataire, le contrat de location est transféré (...) au concubin notoire (...) qui vivait avec lui depuis au moins un an à la date du décès ».

Le Tribunal d'instance du IV^{e} arrondissement de Paris avait admis ce transfert en retenant que « l'évolution des mœurs a désormais donné au terme de concubinage le sens de cohabitation de couple, et n'y attache plus, comme auparavant, la nécessité d'une différence de sexe entre partenaires du couple pour reconnaître la réalité de la situation vécue. Il serait contraire à la protection due à la vie privée de restreindre le champ d'application de la loi par une discrimination fondée sur la sexualité des personnes considérées. Il en découle que M. Vilela invoque avec raison le bénéfice des dispositions de l'article susvisé ». Mais par l'arrêt infirmatif attaqué, la Cour d'appel de Paris a considéré que le demandeur ne pouvait bénéficier, en invoquant sa liaison homosexuelle, des dispositions de l'art. 14 de la loi du 6 juillet 1989 « dès lors que le concubinage ne peut résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence d'un mariage, donc d'une relation entre un homme et une femme ». Suite à un pourvoi, la troisième Chambre de la Cour de cassation, en formation plénière, tranche le litige en refusant la qualité de concubin au compagnon du décédé, titulaire du bail. Force est de constater que plus on monte dans la hiérarchie juridictionnelle moins les couples de même sexe se trouvent protégés. D'une manière abusive, la jurisprudence a comparé le concubinage avec le mariage et ceci uniquement lorsque les couples de même sexe revendiquent un statut. Ainsi, paradoxalement, en refusant la qualité de concubins au couple homosexuel, la Cour de cassation a introduit, sur la scène juridique, ce « mariage de

---

[142] Cass. Civ. 3^{e}, 17 décembre 1997, *Bull. civ.* III, n° 225, p. 151 ; *Dalloz* 1998, *Jur.* p. 111, Concl. (...)

seconde zone » qu'elle avait tant dénoncé tout au long de son histoire. La motivation des solutions de la Cour de cassation en 1989 et 1997 s'oppose en tous points à sa jurisprudence traditionnelle au terme de laquelle, depuis la seconde moitié du XX^{e} siècle, elle refuse de reconnaître tout statut juridique au concubinage (hétérosexuel) en l'assimilant au mariage. Ce refus s'inscrivait dans le prolongement de l'ignorance originelle des concubins par le Code civil : relevant du non droit, le concubinage devait y demeurer. Au terme d'une jurisprudence ancienne et constante, la Cour de cassation refuse ainsi systématiquement et rigoureusement cette assimilation : elle ne reconnaît pas, par exemple, l'existence entre les concubins, ni d'un devoir de fidélité, de secours ou d'assistance, ni d'une obligation de contribution aux charges de la vie commune selon les facultés de chacun ni d'une solidarité des dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. Cependant, afin de refuser la demande de couples gays et lesbiens de bénéficier de la qualité de concubins, la Cour de cassation a renversé cette logique en choisissant cette fois-ci d'assimiler explicitement le concubinage au mariage. Or, cette rupture dans la cohérence de la Cour s'explique et se justifie difficilement d'un point de vue juridique. D'autant que, comme le démontre par ailleurs sa jurisprudence postérieure, elle n'a pas tiré de conséquences de l'*apparence du mariage* qu'elle a alors reconnue au concubinage. Cette jurisprudence est avant tout motivée par la recherche d'un « barrage » destiné à justifier le refus de reconnaître la qualité de concubins aux couples de même sexe.

Face à ce blocage jurisprudentiel, il a fallu, encore une fois, l'intervention du législateur (par un amendement du Sénat de la proposition de loi sur le Pacs) pour que le concubinage soit inscrit dans la loi. Désormais il est défini comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple » (art. 515-8 du Code civil).

Aussi, le Conseil d'État, de son côté, s'est opposé à l'agrément à l'adoption pour les personnes homosexuelles[143]. Il a fallu que la Cour européenne des droits de l'homme condamne la France, en 2008, pour que cette situation discriminatoire à

[143] CE 9 octobre 1996 n° 168342.

l'égard de l'adoptant homosexuel cesse[144]. Concubinage et adoption se trouvaient ainsi fermés à certaines personnes exclusivement en raison de leur orientation sexuelle.

Cette jurisprudence hostile en matière de concubinage a été abrogée par une disposition adoptée à l'occasion de la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité (Pacs). En effet, ce texte a introduit dans le Code civil un article 515-8 définissant le concubinage comme « une union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, *qui vivent en couple* ». Désormais donc, tout refus de reconnaître les mêmes droits et obligations à des concubins homosexuels qu'à des concubins hétérosexuels serait contraire à l'ordre juridique. Toutefois, la loi de 1999 ne met pas fin à l'inégalité des conjugalités : le mariage demeurait réservé aux couples hétérosexuels. Mais, ni la gauche socialiste et, encore moins, la droite républicaine ne considéraient cette situation comme discriminatoire. Le débat semblait donc clos jusqu'à ce que le maire de Bègles décide, par un geste de désobéissance civile, d'interpréter le Code civil en faveur des couples de même sexe.

(2) L'impossibilité judiciaire de reconnaître le mariage sans genre

Suite au mariage de deux hommes célébré à Bègles le 5 juin 2004 par le député-maire Noël Mamère, la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 mars 2007, a statué que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire »[145]. De même, le Conseil constitutionnel, dans une question prioritaire de constitutionnalité (QPC n° 2010-92), a considéré que le refus du mariage pour les couples de même sexe n'était pas discriminatoire et demeurait donc conforme à la Constitution[146].

---

[144] CEDH, Arrêt de Grande Chambre *E.B. c. France* 22/01/08, précité

[145] Cass. 1er Civ, 13 mars 2007 n° 168342

[146] Cass. 1er Civ, 13 mars 2007 n° 168342

C'est cette fois-ci sous l'impulsion du législateur français que la discrimination envers les couples de même sexe va prendre fin. La promulgation de la loi du 17 mai 2013 permet désormais à ces couples d'accéder au mariage. Toutefois, nous trouvons encore des traces de discrimination en raison de l'origine puisque l'union d'un couple homosexuel est impossible, conformément à la circulaire de la Garde des Sceaux du 29 mai 2013, si un des conjoints possède la nationalité d'un pays avec lequel la France a signé une convention bilatérale. La cour de cassation, par une décision du 28 janvier 2015, reviendra sur ce principe en validant un mariage franco-marocain. La convention bilatérale franco-marocaine est alors écartée en raison de son incompatibilité manifeste avec l'ordre public international.[147]

(3) Le mariage pour tous, la filiation pour certains

Les juges se sont également opposés au droit de filiation pour les familles homoparentales : pas d'adoption simple de l'enfant du conjoint de même sexe[148], pas d'inscription dans les registres de l'état civil pour les enfants issus d'une gestation pour autrui[149], pas de congé parental pour la compagne pacsée d'une mère lesbienne[150]. Les rares décisions favorables ont eu lieu uniquement lorsque qu'il existait déjà un lien de filiation entre une personne homosexuelle et un enfant ou lorsque la première était détentrice de l'autorité parentale. Dans ce cas, et au nom de l'intérêt de l'enfant, parfois les juges reconnaissent certains droits aux familles homoparentales. Ainsi, par un arrêt du 24 février 2006, la Cour de cassation rend possible la délégation de l'autorité parentale au sein d'un couple lesbien. De même, dans une décision du 8 juillet 2010, cette même Cour ordonne l'*exequatur* d'un arrêt de la justice américaine conduisant ainsi au partage de l'autorité parentale entre deux conjoints de même sexe. La solution s'explique dans la mesure où la prohibition de l'adoption par la concubine de la mère homosexuelle en droit interne ne se fonde pas formellement sur des valeurs fondamentales mais sur la privation d'autorité parentale qui en découlerait pour la mère dès lors que le couple n'est pas

---

147 Cass. 1re civ. 28 janv. 2015 n° 13-50.059

148 Cass. Civ.1ère 20 février 2007 04-15.676

149 Cass., Civ 1ère, 6 avril 2011, n° 10-19053, Cass. Civ. 1ère, 13 septembre 2013, n° 12-18315.

150 Cass. Civ. 1re 11 mars 2010, n° 09-65.853.

marié. Face à une justice récalcitrante, c'est donc par l'initiative du gouvernement et au niveau du législateur que l'entreprise égalitaire prendra forme, comme cela avait été suggéré par le Conseil constitutionnel dans une QPC du 28 janvier 2011 : « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ». L'argument du juge constitutionnel est celui du principe de la séparation des pouvoirs. L'article 5 du Code civil fournit la règle : *Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. Or, comme nous l'avons observé, s'il existe un domaine dans lequel la séparation des pouvoirs demeure fortement limitée et où, en d'autres termes, la jurisprudence apparaît comme créatrice de droit, c'est précisément celui du concubinage, non pas pour lui en donner un statut mais pour protéger la partie faible.*
Hormis quelques décisions ponctuelles, la cour de cassation a exclu de la même façon les familles homoparentales reconnaissant certains de façon parcimonieuse et toujours en ayant recours à la notion de l'intérêt de l'enfant[151]. Malgré l'adoption de la loi sur le mariage, les couples de lesbiennes se voient encore refuser l'accès à l'assistance médicale à la procréation. Face à l'absence de directives du gouvernement en la matière, les juridictions civiles ont pris des décisions très variées accordant l'adoption au nom de l'intérêt de l'enfant, à l'exception du TGI de Versailles, qui a refusé l'adoption au motif de la « fraude à la loi ». Cette situation créant un *forum shopping* conséquent, la cour de cassation a rendu un avis le 22 septembre 2014 dans lequel elle invite à prononcer l'adoption en cas de recours à l'assistance médicale à la procréation dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant.

(4) La gestation pour autrui à l'étranger et ses effets en France

La gestation pour autrui est illégale en France, mais autorisée dans certains pays.
La cour de cassation a rendu un arrêt le 6 avril 2011 dans lequel elle valide le refus de transcription d'un acte de naissance d'un enfant né par GPA, bien que cette pratique soit légale à l'étranger[152]. Elle justifie sa décision par la contrariété avec

[151] Cass. Civ. 1ère, 24 février 2006 04-17.090; Cass. Civ. 1ère, 8 juillet 2010 n°09-12.623.

[152] Cass. Civ. 1ère, 6 avril 2011 n° 10-19053 ; Cass. Civ. 1ère, 19 mars 2014 N° 13-50005

l'ordre public international français. Une fois de plus, la CEDH va donner l'impulsion nécessaire afin de faire cesser la discrimination envers les enfants nés par GPA. Dans une décision du 26 juin 2014, les juges de Strasbourg condamnent la France pour violation de l'article 8 de la Convention. Le 16 avril 2015, le TGI de Versailles, jusqu'ici réticent à la transcription des actes de naissance, a consacré la jurisprudence européenne.

Le refus de la Cour de cassation à l'inscription à l'état civil des enfants nés par GPA à l'étranger était contraire à une circulaire du ministère de la Justice permettant ladite inscription dans ces termes : « ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificat de nationalité française dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français sont probants ».[153] La fraude à la loi française fut invoquée par la Cour de cassation pour empêcher l'établissement de la filiation à l'égard du père français laissant ainsi dans une totale insécurité juridique l'enfant issu d'une GPA. Cela a donné lieu à la condamnation de la CEDH[154].Les manifestations contre la GPA ont donné aussi un élan nouveau aux interprétations restrictives en matière d'adoption de l'enfant du conjoint de même sexe. En effet, le procureur de la République s'est prononcé contre l'adoption lorsque l'enfant est issu d'une PMA effectuée à l'étranger, selon le procureur « cette filiation frauduleusement établie fait obstacle au prononcé d'une adoption ». À nouveau, la jurisprudence fait preuve d'incapacité à interpréter humainement des normes qui devaient pourtant protéger les plus faibles. Finalement la Cour de cassation dans deux avis consultatifs du 22 septembre 2014 a considéré qu'une telle adoption était possible.

[153] Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - Etat civil étranger NOR : JUSC1301528C » et Cass., Civ 1ère, 6 avril 2011, n° 10-19053, Cass., Civ. 1ère, 19 mars 2014, n° 13-50005.

[154] CEDH, *Mennesson c. France* 26 juin 2014, n°65192/11

D. Résultats en droit du travail

A première vue, les juridictions du travail semblent plus aguerries contre les affres de la discrimination professionnelle qui apparaissent dans le contentieux. Comme en témoignent certains magistrats des chambres sociales de la Cour de cassation et de Cours d'appel, « les conseils de prud'hommes sont saisis depuis de longues années de demandes fondées sur l'article L 122-45 du code du travail, devenu L 1132-1 »....« La Cour de cassation a eu une position très avant-gardiste en 1999 où on a appliqué réellement une directive en lui donnant une portée en matière de preuve qu'elle n'aurait pas dû avoir puisqu'elle était étroitement liée à la discrimination en raison du sexe et on l'a appliquée à la discrimination syndicale alors qu'elle n'avait pas besoin de le faire. On s'est engagé résolument dans une voie, et je crois que toutes les fois où on est sur le terrain de la discrimination, il y a une application pure et dure du droit relatif à la non-discrimination. »[155] Le droit du travail a, en effet, fait de la lutte contre l'inégalité des parties au travail sa raison d'être et la refonte du Code du travail, sous l'impulsion du droit européen, a consacré une partie introductive à l'interdiction des discriminations : dans la première partie relative aux relations individuelles du travail, dans le livre 1er sur les dispositions préliminaires, le titre III s'intitule les discriminations et le chapitre II s'intéresse directement au « Principe de non-discrimination ». Même la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels [156] prolonge cet affichage prioritaire avec un chapitre II qui s'intitule : « Renforcer la lutte contre les discriminations, le harcèlement sexuel et les agissements sexistes » même si le Code ne définit toujours pas la discrimination directe et indirecte renvoyant à la loi de 2008.

L'ensemble des acteurs juridiques interrogés s'accordent à dire que, bien que la liste des critères en droit interne est assez complète, depuis la loi de 2001 et de 2008 sur les discriminations dans l'emploi qui se conforment notamment aux directives

[155] Il est fait allusion ici à l'arrêt Cass.soc. 23 novembre 1999 n°97-42940.

[156] Consensus de l'Assemblée Nationale et du Sénat sur cette partie de la loi El Khomri tant débattue par ailleurs.

(2000/43 ; 2000/78 ; 2006/54), l'ensemble des règles du corpus juridique n'est pas forcément mobilisé. Un regard plus appuyé sur la jurisprudence sociale de la Cour de cassation et des Cours d'appel depuis 2010 révèle, pour l'instant, que certains juges peuvent accueillir, parfois avec circonspection, la notion de discrimination, certains critères de discrimination, l'aménagement de la preuve, les moyens de preuve et la sanction des discriminations selon le contexte dans lequel apparaît cette discrimination. Le principe de non-discrimination constitue davantage un outil complémentaire ou subsidiaire lorsque les sources plus traditionnelles encadrant les relations du travail ne s'appliquent pas ou ne suffisent pas à résoudre le litige (statut syndical protégé, maternité, inaptitude). Apparemment, d'après les juges, les autres critères sont moins plaidés. Une cour d'appel est plus précise sur ses statistiques qui révèlent le renvoi variable à certains critères et les disparités dans le succès des affaires : « 12 critères de discrimination ont été allégués au cours des trois dernières années mais 6 seulement l'ont été dans plus de 10 cas (par ordre décroissant : activités syndicales, état de santé, origine, âge, sexe, situation familiale). Les décisions reconnaissant l'existence d'une discrimination recouvrent 9 critères seulement. » Certains avocats ont une réponse qui dépend du niveau de juridiction en disant qu'au stade des conseils de prud'hommes, ils obtiennent généralement moins facilement gain de cause sur le terrain de la discrimination qu'en appel.

En revanche, concernant certains critères, certaines sanctions et certaines formes de discriminations (discrimination indirecte, harcèlement discriminatoire, discrimination multiple...), des décisions juridictionnelles paraissent innovatrices, même au-delà des exigences européennes. Comme il a été indiqué dans la méthodologie, ce travail de dépouillement de la jurisprudence en droit du travail cherche à faire ressortir une sélection d'arrêts et certaines tendances dans les décisions dans l'analyse des arrêts très nombreux recueillis (3146 arrêts de cour d'appel relevés (Jurica) sans compter les décisions de la Cour de cassation), principalement après 2010.

En dehors d'une position claire des juges de la Cour de cassation qui « différencient, le droit de la non-discrimination lié à des critères du droit de l'égalité de traitement », exprimée dans les entretiens, les résultats témoignent d'une certaine ambivalence de certaines juridictions de fond confrontées à la qualification d'une discrimination. Cet accueil parfois mitigé réservé à cette notion peut s'expliquer par la façon dont la non-discrimination est portée devant les juridictions : comme le résume un magistrat

« ce qui se passe souvent, c'est que c'est une question parmi d'autres : à l'occasion d'un licenciement, on met sur la table la discrimination, le harcèlement et peut être l'égalité salariale. ». A la Cour de cassation, ce phénomène est confirmé : « on a aussi parfois devant les juges du fond des demandes qui ne sont pas présentées initialement sur le terrain de la discrimination...qui viennent après une rupture, et puis au fur et à mesure que l'affaire traîne, si j'ose dire, devant les juridictions du fond, on rajoute des éléments, harcèlement moral, puis on se dit après tout, j'ai peut-être été discriminé, ce sont des éléments qui se rajoutent mais auxquels en réalité on ne croit pas trop, des choses qu'on avance comme cela sans les étayer et les juges du fond sont très embarrassés ; ils ne savent pas très bien par quel bout prendre cela. » Un magistrat d'appel tente d'expliquer une résistance à cet empilement des demandes comme si on criait au loup : « les collègues disent que le harcèlement moral et la discrimination sont « la tarte à la crème du salarié qui n'a pas ce qu'il veut ». Ce manque de crédibilité du droit de la non-discrimination incite un avocat qui intervient en prévention dans certaines entreprises à dire que la médiation en amont dans l'entreprise devrait primer sur le contentieux dans ce domaine

Enfin de nombreux interlocuteurs s'accordent à dire que la discrimination la plus difficile à prouver est celle à l'embauche. Un magistrat à la Cour de cassation nous confirme qu'il n'y a pratiquement pas de contentieux dans ce domaine.

1. Résistances à la notion même de discrimination :

a) Conjugaison ou confusion entre le contentieux de la discrimination et de l'égalité de traitement ou de l'égalité salariale ?

A la différence du principe d'égalité qui est perçue par une des inspectrices du travail interrogées comme distincte de la non-discrimination « d'ordre plus général, qui représente un concept davantage d'ordre politique, un idéal à atteindre », un autre inspecteur du travail « la non-discrimination serait au service de l'égalité. » La non-discrimination peut être considérée comme un moyen pour atteindre l'objectif d'égalité. « Lorsque le principe d'égalité est déclinée sous sa forme opérationnelle du contrôle de l'égalité de traitement, la mise en oeuvre des deux principes se complèteraient, chacun trouvant sa pertinence en fonction d'un examen très poussé

des différentes situations ». Il poursuit : « le problème peut se poser lorsque les victimes ne connaissent pas leurs droits, ou sont mal conseillés, et saisissent le juge sur le texte qui ne leur est pas forcément le plus favorable ».

Un grand nombre d'arrêts de cours d'appel traitent d'un couple de prétentions (discrimination et inégalité de traitement). Par exemple, la Cour d'Appel Riom[157] porte sur la discrimination syndicale. «En conclusion, Monsieur X apporte des éléments précis et concordants quant à une atteinte au principe d'égalité de traitement dont il a été victime de la part de l'employeur à raison de son appartenance syndicale ou de ses activités syndicales. La société Y ne justifie pas de la disparité de situation constatée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination**.** Monsieur X a été victime d'une discrimination syndicale imputable à l'employeur, ce dernier doit donc réparer les conséquences dommageables de ses actes sur la rémunération du salarié ou son évolution de carrière. En conséquence, la société Y sera condamnée à payer à Monsieur X une somme de 15.000 Euros à titre de dommages-intérêts, en réparation du préjudice tant moral que financier en relation avec la discrimination syndicale. Le jugement sera infirmé sur ce point.»[158]

Il est intéressant d'essayer de comprendre si la nature de cette appréciation simultanée de l'inégalité de traitement et de la discrimination est liée à une prééminence du principe d'égalité de traitement plus familier qui empêche d'évoquer seulement la discrimination. Aucun juge interrogé ne fait référence à l'idée de préjugés discriminatoires en envisageant la cause de la discrimination à la différence des observations de certains avocats ou inspecteurs du travail interrogés.

Pour une ancienne conseillère de la chambre sociale de la Cour de cassation, le « degré de protection » de la victime et non la source de la discrimination justifierait davantage la différence entre égalité de traitement et non-discrimination : «dans un cas on va tendre vers l'égalité, parce que sinon c'est l'arbitraire mais on ne peut pas y arriver parce que l'égalité totale c'est même dangereux, c'est un risque. Dans

[157] CA 2 Février 2010 n°09/00857

[158] Voir aussi CA Grenoble 28/09/2011 n° 10/00388 relatif à l'égalité salariale

l'autre cas [non-discrimination], on ne doit pas y tendre, on doit y arriver, parce que sinon cela veut dire qu'il y a certaines catégories de la population qui vont être victimes et on le sait. ».... «La société est en capacité au 21ème siècle, d'identifier des catégories qui sont habituellement victimes de cette inégalité, et par conséquent la société décide qu'on va travailler à ce qu'elles soient rétablies dans les mêmes droits que les autres.» Mais encore faut-il que les victimes elles-mêmes s'aperçoivent que leur expérience relève de la discrimination : les avocats ou certaines associations interrogés expliquent que « les personnes elles-mêmes font souvent la confusion entre égalité de traitement et discrimination. Ils s'attachent à l'effet plus qu'à la cause. C'est au cours de l'examen des faits que le motif discriminatoire est relié à la situation d'inégalité constatée.»

Les juges de la Cour de cassation renvoient directement au droit européen mais les juges du fond interrogés se réfèrent rarement au droit européen qui définit la non-discrimination en rapport avec l'inégalité de traitement. D'autres juges d'appel insistent sur la complémentarité des deux notions : « l'interdiction des discriminations est « le noyau dur » du principe d'égalité. L'utilisation du principe de non-discrimination ne peut contribuer au recul de celle du principe d'égalité puisque le premier est l'expression du second. Prohibition de la discrimination et égalité ne sont pas les deux parties d'un sablier dont l'une ne pourrait se remplir qu'au détriment de l'autre.» Ainsi « l'autonomie » des deux corpus juridiques (égalité de traitement/non-discrimination) prônée par la Chambre sociale de la Cour de cassation n'est pas toujours rappelée par les juges d'appel. Dans une perspective d'avenir, l'augmentation sans cesse des critères de discrimination en France suscite chez un magistrat de la Cour de cassation cette dernière observation sur l'articulation entre égalité et non-discrimination : « on peut se demander si au fond la non-discrimination n'est pas devenue une sorte d'envers du principe général d'égalité de traitement, ce qui rejoindrait au fond le droit de l'Union et la position du Conseil Constitutionnel. » Un avocat interrogé, peu satisfait de l'articulation des deux notions, renvoie davantage à l'idée de respect de la dignité pour soutenir la médiation des personnes victimes de discriminations ou d'inégalités de traitement.

b) Une référence parfois imprécise à la discrimination sans renvoi explicite à un critère :

Souvent les arrêts de Cour d'appel qui écartent la discrimination ne renvoie pas à un critère précis de façon explicite alors que c'est le propre de la qualification des discriminations : par exemple, dans un arrêt de la Cour d'Appel de Dijon,[159] la discrimination est écartée sans mention du critère dans des hypothèses, par exemple, où la situation familiale est le critère évoqué dans les prétentions : « la demande de rappel de salaire ayant été rejetée, le grief tiré de ce qu'O. A. n'aurait pas bénéficié du passage aux 35 heures doit être considéré comme sans fondement. Il en va de même du grief tiré de la discrimination invoquée par l'appelante. ». Pour un autre exemple, « la décision déférée sera donc confirmée en ce qu'elle a débouté Madame L. de sa demande de réparation d'un préjudice né d'une discrimination » sans mention du critère.[160]

Les entretiens révèlent un éclairage plus nuancé sur la question. Un magistrat d'appel considère que « de temps en temps, ce sont les gens qui n'ont pas conscience du critère de discrimination, ou bien ne le plaident pas...C'est vrai que c'est plus souvent plaidé en termes de « principe d'égalité » qu'en termes de discrimination...Il arrive d'ailleurs très souvent que les avocats se trompent et disent « j'ai une discrimination, je suis victime d'une inégalité...On a très peu de gens qui viennent simplement parce qu'ils ont été discriminés. ». D'autres magistrats de cours d'appel confirment que la discrimination n'est pas très souvent plaidée. Une avocate spécialisée s'indigne, au contraire, que lorsqu'elle plaide la discrimination, ses clients échouent plus souvent devant les conseils des prud'hommes pour ensuite obtenir gain de cause en appel.

2. Les critères de la discrimination

a) Visibilité de certains critères de discrimination :

[159] Cour d'Appel de Dijon 12/01/2010 n° 09/00201

[160] Cour d'Appel de Pau 28/02/2011 n°09/02790

Les critères les plus en vue dans la jurisprudence sont ceux qui sont attachés à des droits et obligations traditionnels du droit du travail de nature individuelle ou collective : il s'agit de la discrimination syndicale[161], discrimination liée à la maternité ou à la grossesse, discrimination liée à l'inaptitude, l'état de santé ou l'âge.[162] Cette observation est confirmée par les inspecteurs du travail interrogés dont un précise que le principe d'égalité est utilisé pour contester les différences de traitement entre femmes et hommes. La non-discrimination n'est donc pas forcément mobilisée initialement de façon autonome mais comme argument supplémentaire dans les prétentions des parties ou dans les décisions des juges pour multiplier les chances de succès du procès et peut accroitre l'idée d'un préjudice suite à l'absence ou la négation d'autres droits. En outre, les arguments liés aux discriminations ne sont pas développés en choisissant de plaider principalement soit la discrimination directe, soit la discrimination indirecte. Souvent les deux notions de discrimination sont plaidées et sont présentes dans l'argumentation des salariés et aucune précision n'est faite dans les décisions des juges en dehors du renvoi à l'article 1132-1 du code du travail qui mentionne les deux. Les magistrats souvent rappellent en appel ou en cassation que « l'on ne statue que sur ce qu'on nous soumet et d'autre part il y a des motifs discriminatoires qui sont plus faciles à établir que d'autres ».

(1) Prééminence de la discrimination syndicale :

Comme le rappelle une magistrate, anciennement à la Cour de cassation, « les discriminations syndicales font partie des combats prioritaires, parce que les syndicats représentent l'intérêt collectif et qu'il faut protéger ceux qui protègent l'intérêt collectif. » Une avocate explique que s'agissant de la discrimination syndicale, « les juridictions se sont montrées assez rapidement sensibles à la violation d'un droit car il est lié à l'opinion et non pas à une caractéristique de la personne (sexe, orientation sexuelle, état de santé, etc...) »

D'après un inspecteur du travail, « les personnes qui ont des responsabilités syndicales ont moins de crainte à faire valoir leur droit en raison de leur statut

[161] Encore récemment, Cass. soc. 13 juil. 2016 n°15-12344

[162] Cette conclusion rejoint celle de l'analyse Jurica du Rapport de B. Bossu selon laquelle la moitié des décisions (2006-2013) portent sur l'activité syndicale, l'âge, le genre (sexe), l'état de santé. Voir Note de synthèse sur les résultats Septembre 2014

protégé et sont conseillées par leur syndicat. Par ailleurs, les syndiqués étant essentiellement des hommes, ils hésitent moins à faire valoir leurs droits que les femmes (qui sont parfois doublement discriminées). » On constate, en tout cas, que la majorité des décisions recueillies concerne la discrimination syndicale[163] et cette observation est confirmée à tous les niveaux, même prud'homal. D'après les magistrats d'une des cours d'appel, « la mobilisation des organisations syndicales au soutien des titulaires discriminés de mandats électifs ou syndicaux explique que de 2013 à 2015, la discrimination syndicale ait été invoquée devant la chambre sociale à 67 reprises avec un succès dans un tiers des cas », devançant ainsi largement la discrimination liée à l'état de santé (45 cas allégués dont 18 reconnus) ».

S'agissant de la prévalence de cette discrimination, il existe un consensus fort entre les personnes interrogées autour de l'idée que le mandat syndical comporte des risques qui se traduisent effectivement par des freins à l'évolution de la rémunération, de carrière[164] : selon un juge d'appel, « la discrimination viendrait en contrepoint de la question de l'évaluation ; il n'y a pas de prises sur ces critères-là....on sait très bien pourquoi on discrimine les gens...on discrimine les gens en raison de leur activité syndicale. Il poursuit : « concrètement dans une entreprise, ce n'est pas parce que vous êtes une femme, que vous êtes gros, c'est parce que vous êtes syndicaliste et vous embêtez le patron.» Ces propos permettent de confirmer non seulement la préséance du critère syndical mais en cas d'appartenance syndicale, le fait d'être femme, travailleur âgé, travailleur inapte ou de salariés d'origine étrangère ne l'emporte pas si la discrimination syndicale existe.[165]

---

[163] Voir par exemple Cass. Soc 18 juin 2014 n° 13-10755, Cass. Soc. 15 mai 2014 N° 11-21797

[164] Voir récemment Cass. Soc. 13 juil. 2016 n° 15-12344 : « attendu que pour débouter le salarié de sa demande de condamnation de l'employeur à des dommages-intérêts pour discrimination du fait de son défaut d'appartenance au personnel statutaire issu des syndicats, l'arrêt retient que la promesse, avancée par le salarié, de l'affecter au poste de directeur de la direction des systèmes d'information n'est pas établie, non plus que l'éviction d'un autre salarié, lui non plus non statutaire ; Qu'en statuant ainsi alors qu'elle avait constaté que le salarié avait été maintenu sans travail pendant plus d'un an et demi et qu'il avait été muté sur un poste sans aucune substance en violation des dispositions conventionnelles applicables, éléments de nature à faire présumer une discrimination, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ; »

[165] La loi (Rebsamen**)** n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi tente d'y remédier en valorisant les parcours syndicaux comme le note un des inspecteurs du travail interrogé.

Un arrêt de la Cour d'appel de Lyon mérite attention :[166] même dans les cas où le demandeur bénéficie d'un appui associatif, les juridictions semblent préférer se situer sur le terrain du principe de travail égal, salaire égal (revendication portée souvent par les syndicats) plutôt que de qualifier l'acte de discrimination. Pour un exemple de discrimination non retenue en l'espèce: « Aucun élément ne venant corroborer la réalité de propos racistes ou de prise de position à son égard à raison de son origine, il convient de débouter B.Y de ses demandes fondées sur la discrimination raciale ou dès lors salariale sur une motivation liée à ses origines, de déclarer l'association Comité de SOS Racisme du Rhône recevable dans son action mais non fondée »....
Mais par la suite la cour décide que : « Dans ces conditions, la SA A. ne caractérise pas les éléments objectifs et pertinents l'amenant à accorder un salaire supérieur à des salariés de coefficient inférieur à celui de B. Y et d'ancienneté comparable. Il convient de constater la violation du principe à travail égal, salaire égal et de réformer le jugement sur ce point. »

Une série d'arrêts de Cour d'appel montre que les prétentions qui sont portées par les syndicats, des associations ou étayées d'observations du Défenseur des droit ont plus de succès: « Vu l'article L 2141-5 du code du travail, Vu le procès-verbal établi le 20 décembre 2006 par l'Inspecteur du Travail, Vu les observations du Défenseur des Droits, C'est par des motifs pertinents, que la Cour adopte, que les premiers juges ont considéré que la discrimination invoquée par GWA à raison de ses activités syndicales est réelle[167] et s'étendent à la discrimination indirecte qui n'est pas toujours retenue.[168]

Une majorité des arrêts récents de la Cour de cassation concerne toute référence à l'activité syndicale et une vigilance accrue concernant tout acte qui pourrait révéler une discrimination plus subtile et une incidence de l'activité sur les critères

[166] Cour d'Appel de Lyon 22 mars 2011

[167] CA Metz 03 Octobre 2011 n° 11/00524

[168] Cour d'Appel de Pau 17/06/2010 n° 09-00661

d’évaluation professionnelle, le retard de carrière ou le harcèlement discriminatoire des salariés protégés,[169] même si celui-ci n’est pas toujours retenu.[170]

Par exemple le fait qu'un militant syndical n'ait pas bénéficié d'entretien d'évaluation ...est de nature à priver l'intéressé d'une possibilité de promotion professionnelle et laisse ainsi supposer l'existence d'une discrimination liée à l'exercice de fonctions syndicales[171] ; l’absence de demandes d’entretiens peut à l’inverse permettre d’écarter la qualification de discrimination : « le salarié avait bénéficié d'entretiens professionnels de manière régulière;- mais ni l'organisation syndicale à laquelle adhère le salarié, ni le salarié lui-même n'avaient demandé à ce qu'il figure dans la liste des représentants du personnel bénéficiant d'entretiens annuels de suivi de carrière, liste arrêtée chaque année sur proposition de la hiérarchie ou des organisations syndicales conformément à l'accord relatif aux modalités de représentation du personnel et des organisations syndicales[172] . La mention de l’activité syndicale peut laisser supposer une discrimination. Dans les documents d'évaluation de la salariée les mentions suivantes : "malgré votre activité syndicale et prud'homale importante" ou encore "de ce fait (de ces fonctions) son activité professionnelle est réduite".[173]

En l'absence d'accord collectif sur l'exercice du droit syndical (visant à en assurer la neutralité ou la valoriser), la cour d'appel ne pouvait rejeter la demande de la salariée après avoir constaté que son mandat avait été évoqué lors des entretiens d'évaluation[174] . Les résultats de l’évaluation professionnelle du représentant du personnel peuvent servir d’éléments objectifs pour justifier les décisions de l’employeur[175] . En termes de retard de carrière, « caractérise une discrimination

---

[169] Voir généralement M. F. Clavel-Fauquenot, Synthèse Collection Supplément de jurisprudence 19 fév. 2015 (AEF)

[170] Cass. soc. 6 avril 2016 N° 14-13484 .

[171] Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-24.860 ; Cass. soc. 23 mars 2016 N° 14-23751, N° 14-23760 ; N° 14-23755

[172] Cass. soc., 5 février 2014,n°12-23702

[173] Cass. soc., 8 octobre 2014,n° 13-18342, Soc. 20 fév. 2013 n° 10-30028

[174] Cass. soc., 6 mai 2014, n° 12-29387

[175] Cass. soc., 16 octobre 2013,n° 12-18229

syndicale le fait d'invoquer le manque de disponibilité du salarié en raison de ses fonctions syndicales pour justifier un retard dans le déroulement de sa carrière »[176].

Il existe des exemples au niveau des cours d'appel aussi : selon la Cour d'Appel de Versailles[177]. : « Considérant qu'au nombre des faits qu'il invoque à l'appui de la discrimination dont il se plaint, M. X établit notamment : (...) que l'inspection du travail a conclu à une discrimination syndicale à l'occasion des refus de licenciement sollicitées par la société Y (...) qu'il a été privé de travail (...) qu'il a été payé en deçà du salaire minimum prévu par l'accord d'entreprise (...) que l'inspection du travail a encore conclu (...) que l'écart entre le salaire de M. X et le salaire moyen du panel ne cesse de s'aggraver (...) et que le salarié n'avait connu aucune évolution professionnelle par rapport aux comparants (...) que l'employeur a fait figurer ses missions syndicales à la rubrique disponibilité dans ses comptes rendus annuels d'entretien d'évaluation ».

En dehors des cas de discrimination liée à une rupture du contrat de travail, le risque de représailles et la visibilité du moment de la prise de mandat peuvent expliquer en partie cette prééminence du contentieux. Cela explique que l'ouverture de droits fondés sur des critères prohibés permet également de détecter plus facilement la discrimination.

(2) Critères liés à des conditions d'ouverture de droits (âge avancé, inaptitude/état de santé, maternité/grossesse, sexe) et la question de la symétrie des critères :

C'est souvent à l'occasion d'ouverture de droits, de négation de droits sociaux après un événement (maternité, inaptitude), de non-respect de procédure (inaptitude), de refus de promotion ou d'augmentation de salaire après retour d'un congé maternité, qu'émerge la situation discrimination qui est dès lors plus visible. Elle suppose une différence de traitement dans le temps en comparant la situation du salarié avant et

[176] Cass. soc., 26 janvier 2010, n° 08-44397), Voir aussi : Soc. 24 sept. 2014, n°13-10.233

[177] Cour d'Appel de Versailles. 01/10/2014 n°12/05122

après l'ouverture du droit, ne nécessitant pas alors de comparer le salarié à d'autres salariés. D'autres magistrats expliquent généralement que les critères de discrimination introduisent une subjectivité excessive dans le droit ; certains doutent que la victime elle-même veuille révéler des éléments intimes, liés à sa vie privée : « les incidences de l'état de santé, même la maternité se voient déjà dans l'entreprise. Un juge statuant en appel estime que « personne ne veut afficher sa souffrance ».

(a) Maternité :

Selon l'arrêt emblématique dans le domaine qui est plus ancien[178], « une salariée, pour laquelle une promotion a été envisagée par l'employeur, ne peut se voir refuser celle-ci en raison de la survenance d'un congé de maternité ». La Cour n'hésite pas à reporter la protection du licenciement après un congé de maternité pour tenir compte de la prise consécutive de congés payés[179] ou une période d'arrêt maladie, même en cas de reprise de marché ; elle rappelle que tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité est une discrimination au sens de la directive 92/85/CEE et de l'article 2(2) (c) de la directive 2006/54/CE. « Il en résulte que la disposition de la convention collective qui prévoit que la condition pour la salariée de ne pas être absente depuis quatre mois ou plus à la date d'expiration du contrat de nettoyage ne s'applique pas aux salariées en congé de maternité qui seront reprises sans limitation de leur temps d'absence, doit être interprétée en ce sens qu'aucune absence en raison de la maternité ne peut être prise en compte à ce titre, quand bien même le congé de maternité a pris fin avant la date de la perte du marché de nettoyage. »

Un arrêt illustre bien la mise en évidence de l'articulation éventuelle entre l'exercice du droit à congé et l'avènement de la situation discriminatoire : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que l'employeur, informé de l'état de grossesse de la salariée, avait, après avoir renoncé à la première procédure de licenciement, dispensé l'intéressée d'activité jusqu'à son congé de maternité, refusé le maintien de son salaire pendant le congé selon l'usage dans la société, et mis en œuvre la clause de mobilité de la salariée à l'issue de son congé de maternité, ce dont il résultait des éléments laissant supposer l'existence

[178] Soc. 16/12/2008 AFPA n°06-45.262

[179] Cass. soc., 30 avr. 2014, n° 13-12321

d'une discrimination en raison de l'état de grossesse de la salariée et qu'il incombait à l'employeur, au vu de ces éléments, de prouver que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, la cour d'appel a violé les textes susvisés"[180]. Les mesures préparatoires au licenciement pendant le congé maternité justifie aussi l'annulation du licenciement[181] . Souvent les articles spécifiques liés à la maternité sont invoqués : « vu l'article L. 1225-4 du code du travail interprété à la lumière de l'article 10 de la Directive.. »[182] . S'agissant aussi de l'art. L. 1225-25 C.travail, il faut citer un arrêt de 2014[183] dans le prolongement de l'arrêt CJUE, Aff. 11.10.2007, Paquay.

Plus récemment, constitue une discrimination en raison de la grossesse le fait pour une banque de verser à une trader, sans justification objective, des bonus en baisse les années où elle est en congé maternité.[184]

En somme, malgré l'occurrence prévisible de la grossesse et de la maternité des salariées dans l'emploi, quel que soit le niveau, les incidences de discriminations persistent dans ce domaine.

(b) Age et retraite :

Le critère de l'âge est également plus visible en raison du fait que ce critère est une des conditions d'ouverture des droits à la retraite. En dehors des cas de rupture pour mise à la retraite sans retraite à taux plein[185] ou licenciement économique avec des indemnités minorées en raison d'une liquidation imminente des droits à la retraite, cette concordance (âge/liquidation de la retraite) permet aussi de poser la question de la compatibilité du droit à la formation au regard d'une retraite bientôt liquidée : « Mais attendu qu'ayant rappelé que l'article L. 1132-1 du code du travail interdit qu'une personne fasse l'objet d'une mesure de discrimination, directe ou indirecte,

---

[180] Voir Soc. 02/07/2014, n°12-29385 et Voir aussi Soc. 02/07/2014, (n°13-12496)

[181] Soc. 15/09/2010 c/ COURRIER DE L'OUEST (n°08-43299)

[182] Soc. 2/04/2014 n°12-27.849

[183] Soc. 15/01/2014 n°12-22.751

[184] Cour d'appel de Paris 4 mai 2016 n°13-02154

[185] Voir la synthèse des arrêts antérieurs sur la mise à la retraite : M. Mercat-Bruns, L. Cluzel, Etude comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, étude proposée à la Halde, La Documentation française, 2011

notamment en matière de formation, de qualification ou de promotion professionnelle, en raison de son âge, qu'ayant constaté que l'employeur n'apportait aucun élément faisant apparaître que le refus opposé au salarié était justifié par un objectif légitime, que, notamment, l'argument de la société relatif à la rentabilité du coût de la formation, selon lequel le navigant qui a atteint soixante ans serait susceptible de ne pas renouveler sa demande annuelle de poursuite de son activité jusqu'à l'expiration de la durée minimale d'affectation ou de ne plus pouvoir assurer des vols, suite aux visites médicales auxquelles il est soumis, est inopérant, tout navigant pouvant, à un moment quelconque de sa carrière et quel que soit son âge mettre fin au contrat de travail qui le lie à la société ou ne plus être autorisé à piloter en raison d'un problème de santé constaté lors d'une visite médicale, alors qu'il a pu bénéficier d'une récente qualification non encore amortie, et qu'ayant retenu que l'objectif de sécurité publique est assuré pour les pilotes de plus de soixante ans par les conditions posées par le paragraphe II de l'article L. 421-9 du code de l'aviation civile, la cour d'appel a, par ces seuls motifs non critiqués par le moyen, caractérisé une discrimination fondée sur l'âge constitutive d'un trouble manifestement illicite qu'il convenait de faire cesser ; que le moyen n'est pas fondé »[186] . Cet arrêt sur la discrimination liée à un droit à la formation est à contre-courant des arrêts relatifs à la discrimination fondée sur l'âge puisqu'il ignore la question du coût de la formation, considération économique souvent prise en compte dans les autres arrêts sur l'âge et la volonté de recourir à l'emploi des plus jeunes.

S'agissant de la rupture liée à l'âge, la Cour de cassation approuve, parfois, une vérification réelle de la justification donnée dans le cas d'une mise à la retraite pour favoriser le recrutement des jeunes. Elle considère que l'objectif d'une exclusion des travailleurs âgés pour un meilleur équilibre entre les générations n'est pas atteint en l'absence d'un recrutement effectif de travailleurs jeunes à la clé[187]. De même toute justification trop générale d'une mise à la retraite ou d'une minoration des indemnités en fonction de l'âge est écartée.[188] Antérieurement la décision de la Cour de

[186] Cass. Soc, 18 fév. 2014, n°13-10294

[187] Cass. Soc. 27 juin 2012 no. 10-27220

[188] Cass. Soc. 9 oct. 2012 n° 11-23142

Cassation en 2010,[189] précise qu'aucune justification était donnée pour l'application de la différence de traitement fondée sur l'âge appliquée à une régisseuse de l'opéra devant partir à la retraite sans taux plein[190].

Encore récemment en 2016, la Haute juridiction censure la Cour d'appel qui ne tient pas compte du caractère nécessaire et approprié d'un départ à la retraité anticipé en fonction du poste réellement occupé du travailleur âgé en fin de carrière : « attendu que pour débouter le salarié de sa demande de condamnation de l'employeur à lui verser des sommes au titre de la nullité de la rupture et à titre de dommages-intérêts pour discrimination, l'arrêt retient que pour réaliser l'objectif de préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs occupant les fonctions physiquement les plus pénibles, le départ à la retraite anticipé du salarié était un moyen approprié et nécessaire dès lors qu'il avait été exposé pendant 23 ans à des conditions de travail pénibles caractérisées par une nuisance sonore de 100 % et des astreintes, et que, compte tenu des revalorisations de taux rétroactives intervenues avant la saisine de la juridiction prud'homale, ce salarié avait perçu dès 55 ans un taux de 74 %, lequel devait être comparé au taux maximal de 75% ;Qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le salarié occupait depuis cinq ans un poste administratif et que son médecin traitant l'avait déclaré en mesure de poursuivre une activité professionnelle et sans rechercher si la mise en inactivité anticipée était un moyen approprié et nécessaire, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »[191]

Mais la présence d'exceptions à la non-discrimination fondée sur l'âge fondées sur les protections de l'emploi liées à l'âge (art. 1133-2 Code du Travail) permet aussi de limiter la qualification de discrimination fondée sur l'âge. L'âge peut être une justification objective et légitime fondée sur la situation individuelle plus favorable du salarié âgé ou la situation individuelle moins favorable d'un salarié qui se trouve sans emploi. Selon un arrêt de 2010,[192] des indemnités de licenciement plus faibles

---

[189] Cass. Soc. 11 mai 2010 n°08-43681

[190] De même Cass. Soc. 16 fév. 2011 n° 10-10465 : aucune justification admise pour la mise à retraite d'un chef de projet RTE EDF

[191] Cass. Soc. 9 mars 2016 n°14-25.840

[192] Cass. Soc. 17 Nov. 2010 n° 09-42071

peuvent être versés aux 57-60 ans qui ont une pension à taux plein à 60 ans. L'arrêt évoque en plus l'absence de désir de retour à l'emploi. Les arrêts peuvent également justifier la différence de traitement en comparant le préjudice moindre subi par les travailleurs âgés, bientôt à la retraite, dont les indemnités sont minorées avec le préjudice dû au licenciement des plus jeunes et l'incertitude liée à la recherche d'emploi. Une autre décision[193] tient également compte de la situation individuelle des travailleurs âgés et des prestations plus généreuses de préretraite et d'invalidité versées malgré la perte d'emploi. En outre des décisions[194] admettent la légitimité de la différence de traitement liée à l'âge par la compensation d'une embauche d'un plus jeune en CDI. L'autonomie toute relative de la volonté individuelle du salarié âgé n'est pas réellement envisagée[195]: « Le salarié qui opte pour un départ volontaire, sans « alléguer » avoir procédé à ce choix sous la contrainte, renonce à se prévaloir de l'engagement souscrit par l'employeur de le maintenir dans l'emploi jusqu'à ses 60 ans. »

La mise à la retraite prononcée par l'employeur dans le respect des dispositions législatives ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge et ne nécessite pas d'être objectivement justifiée par une politique de l'emploi au sein de l'entreprise. « Attendu qu'aux termes de ce dernier texte, des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ; que tel est le cas des dispositions du code du travail relatives à la mise à la retraite mettant en œuvre, dans un objectif de politique sociale, le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre et en subordonnant la mise à la retraite à la condition que le salarié bénéficie d'une pension à taux plein ; que dès lors que ces dispositions, de portée générale, satisfont aux exigences de la directive, il ne peut être imposé à l'employeur de justifier que leur mise en œuvre à l'égard d'un salarié qui remplit les conditions

[193] Cass. Soc. 5 déc. 2012 no. 10-24204, 10-24219

[194] Cass. Soc. 20 mai 2014 n° 12-29565

[195] Cass. Soc. 13 mai 2014, FS-P+B, n^{os} 13-10.781 à 13-10.786

légales d'une mise à la retraite répond aux objectifs poursuivis. Attendu que pour requalifier la mise à la retraite de M. X... en licenciement nul comme fondé sur un critère d'âge, l'arrêt retient que la lettre de mise à la retraite de M. X... se contente de renvoyer à l'intérêt du salarié lui-même sans rattacher cette mesure à un objectif légitime et proportionné, extérieur à sa situation ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la mise à la retraite du salarié était intervenue dans les conditions prévues par le code du travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».[196]

En outre, en matière de licenciement économique : « Ne constituent pas une discrimination fondée sur l'âge les dispositions d'un accord sur le PSE qui prévoient le versement d'une indemnité extra-conventionnelle réduite aux salariés âgés de 57 ans et plus. Le choix de l'âge de 57 ans comme critère de limitation des indemnités accordées aux salariés repose sur la prise en compte du régime d'indemnisation du chômage plus favorable applicable aux salariés licenciés remplissant cette condition, ce régime limitant la perte de revenus consécutive au licenciement. Il en résulte qu'en incitant cette catégorie de salariés à envisager une réinsertion professionnelle, les moyens employés pour réaliser l'objectif légitime de maintien de l'emploi et d'équilibre entre les catégories de salariés qui ne bénéficient pas des mêmes avantages après la perte de leur emploi, sont appropriés et nécessaires[197] .

A l'inverse, il existe peu d'arrêts sur l'âge et le recrutement discriminatoire à l'instar de la jurisprudence européenne : est discriminatoire une limite d'âge à 30 ans pour un recrutement de la police locale »[198] Un arrêt plus récent sur le défaut de recrutement des moniteurs de ski âgés constitue une exception qui retient la discrimination fondée sur l'âge avancé si l'absence de recrutement des moniteurs âgés ne favorise pas les plus jeunes: « Qu'en statuant ainsi, sans constater, d'une part, que la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime d'intérêt général, tenant notamment à la politique de l'emploi, au marché du travail ou à la formation professionnelle, la prise en compte d'un intérêt purement individuel et propre à la situation des écoles

[196] Cass. Soc. 26 nov. 2013, FS-P+B, n^{os} 12-21.758 et 12-22.200;n° 12-24.690, n° 12-22.208

[197] Cass. soc., 18 mars 2014 n° 12-28275

[198] CJUE 13 novembre 2014 Vital Perez Aff. C-416/13

de ski désireuses de répondre à la demande de la clientèle, ne pouvant être considérée comme légitime au regard des articles 6 de la directive no 2000/78 et L. 1133-2 du code du travail, et d'autre part, que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires, alors que le pacte litigieux se contente de prévoir une garantie d'activité minimale pour les « moniteurs nouvellement intégrés » sans précision d'âge, de sorte qu'il n'est pas établi que la redistribution d'activité des moniteurs âgés de plus de 61 ans bénéficiera exclusivement aux jeunes moniteurs, la cour d'appel a violé les textes susvisés.»[199]

Il est à noter que, s'agissant de la discrimination fondée sur le jeune âge, la CJUE a répondu à une question préjudicielle française retenant que les jeunes toujours scolarisés et les étudiants en contrats à durée déterminée l'été sans indemnité de précarité ne font pas l'objet de discriminations car, de façon relativement surprenante, ils ne sont pas perçus comme étant dans une « situation de précarité » comparable aux travailleurs en CDD en recherche d'emploi à la fin de leur contrat. En effet, selon la CJUE « le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, consacré à l'article 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et concrétisé par la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une législation nationale [française], telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle une indemnité de fin de contrat, versée à titre de complément de salaire à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée lorsque les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée, n'est pas due dans le cas où le contrat est conclu avec un jeune pour une période comprise dans ses vacances scolaires ou universitaires.[200] En revanche, au niveau européen, les seuils d'âge, au recrutement par exemple, qui déterminent la rémunération dans les conventions collective fondés sur une présomption d'expérience, sont considérés comme discriminatoires.[201]

---

[199] Cass. soc. 17 mars 2015 n°13-27142

[200] CJUE 1er octobre 2015 Bio Philippe Auguste Aff. C-432/14

[201] Dans le sens des jeunes, notamment CJUE19 juin 2014 Specht Affaires jointes C-501/12 à C-506/12, C-540/12 et C-541/12 ; CJUE Nov. 11 2014 *Schmitzer* Aff. C-530/13; CJUE Starjakob 28 janvier 2015 Aff. C-417/13; hypothèses où les exceptions à la discrimination sont retenues pour l'âge jeune: CJUE 21 2015 *Felber,* Aff C-529/13 ; CJUE 9 septembre 2015, Daniel Unland Aff. C-20/13) ; exception récente retenue pour l'âge avancé : CJUE 26 février 2015 Landin Aff C-515/13

En somme, le contentieux sur l'âge jeune ou moins jeune demeure focaliser sur la légitimité ou pas des exceptions à la non-discrimination, renforçant l'idée que la mise en œuvre de la non-discrimination se rapporte souvent à un débat sur la mise en œuvre de la protection sociale ou des politiques de l'emploi.

(c) Etat de santé et protection de la maladie

S'agissant de l'état de santé, les arrêts peuvent tenir compte du préjudice subi dû à la perte d'emploi lié à la dégradation de l'état de santé, conséquence du harcèlement et de la discrimination[202]. C'est le régime de l'inaptitude physique, protection du droit du travail qui est mobilisé initialement : « ...Sur le deuxième moyen : Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer à la salariée une somme à titre de dommages-intérêts pour perte d'emploi outre une indemnité de procédure, alors selon le moyen : 1°/ que si l'autorisation de licencier accordée par l'autorité administrative ne prive par le salarié du droit de demander l'indemnisation du préjudice causé par des faits de harcèlement ou par des faits de discrimination liée à l'âge ou à l'état de santé dont il a été victime, elle ne lui permet toutefois plus de contester pour ces motifs la cause ou la validité de son licenciement et partant, d'obtenir des dommages-intérêts liés à la perte de l'emploi consécutif à de tels agissements de la part de l'employeur ; qu'en condamnant l'employeur à payer à la salariée des dommages-intérêts pour perte de l'emploi et incidence sur la retraite au prétexte que son inaptitude médicale ayant conduit à son licenciement était la conséquence du comportement inapproprié de l'employeur coupable d'actes de harcèlement moral et de discrimination liée à l'âge et à l'état de santé, la cour d'appel qui a pourtant constaté que l'inspecteur du travail avait autorisé le licenciement de la salariée, a violé le principe de la séparation des pouvoirs, ensemble la loi du 16-24 août 1790 et l'article L. 2421-3 du code du travail ; Mais attendu que dans le cas où une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé est motivée par son inaptitude physique, il appartient à l'administration du travail de vérifier que l'inaptitude physique du salarié est réelle et justifie son licenciement ; qu'il ne lui appartient pas en revanche, dans l'exercice de ce contrôle, de rechercher la cause de cette inaptitude, y compris dans le cas où la faute invoquée résulte d'un

[202] Cass. Soc. 27 nov. 2013, n°12-20301

harcèlement moral dont l'effet, selon les dispositions combinées des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 du code du travail, serait la nullité de la rupture du contrat de travail ; que, ce faisant, l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations ; Et attendu qu'ayant constaté que la salariée établissait que le harcèlement moral subi était à l'origine de son inaptitude physique, la cour d'appel en a exactement déduit que celle-ci était fondée à solliciter la réparation du préjudice résultant de la perte d'emploi ; que le moyen n'est pas fondé ; »Mais récemment un test de recrutement de la gendarmerie qui permet de détecter une fragilité psychologique n'est pas considéré comme discriminatoire.[203]

Parfois le non respect d'une procédure de licenciement engagée après un accident du travail et des motifs de licenciement non légitimes permettent de produire les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination : « qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que la procédure de licenciement, avait été engagée moins d'un mois après la reprise du travail du salarié qui s'était trouvé en arrêt de travail à la suite d'une rechute consécutive à un accident de travail et qu'elle retenait que les motifs du licenciement étaient soit prescrits, soit non établis soit d'une insuffisante gravité au regard de l'absence d'avertissement antérieur, ce dont il résultait que le salarié présentait des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination et qu'il incombait à l'employeur, au vu de ces éléments, de prouver que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, la cour d'appel a violé les textes susvisés.[204] » Mais il arrive que le régime plus classique de contrôle judiciaire des conditions adéquates de retour à un poste équivalent après une absence pour maladie suffise sans envisager l'appréciation d'une discrimination liée à la mutation de poste occasionnée par l'absence[205] : « mais attendu que si la nécessité d'un remplacement définitif peut, en cas de perturbation de l'entreprise, constituer un motif de licenciement, cette nécessité n'est pas une condition relative à l'appréciation d'une discrimination à

[203] Cass. Crim. 7 juin 2016 n° 15-80827

[204] Cass. soc. 31 mars 2016 n° 14-29084

[205] Cass. soc. 31 mars 2016, 14-14355

l'encontre d'un salarié à l'issue de l'arrêt de travail dont celui-ci a bénéficié ;

Et attendu qu'après avoir relevé que l'employeur avait dû assurer la continuité du fonctionnement du centre de loisirs, la cour d'appel, qui a souverainement retenu que la mutation concernait un poste relevant de la même qualification et du même secteur géographique que le poste précédemment occupé, a, sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, et procédant aux recherches qui lui étaient demandées, légalement justifié sa décision ; »

De façon plus générale, pour certains magistrats de cours d'appel, le contentieux lié à l'état de santé est en progression mais n'est pas toujours invoqué par le truchement de l'interdiction des discriminations.

(d) La difficulté du caractère symétrique du critère :

Une difficulté centrale qui se pose de plus en plus avec les critères prohibés qui peuvent conditionnés également une protection émerge lorsque ces critères peuvent être utilisés symétriquement : le jeune âge/l'âge avancé ; le sexe masculin/le sexe féminin. Se pose de plus en plus la question de savoir si une catégorie est plus désavantagée qu'une autre du même groupe protégé en réfléchissant à la justification initiale du critère de protection sociale liée à un désavantage (par exemple : dans le groupe lié au sexe, protection est accordée aux femmes et aux hommes ; dans le groupe lié à l'âge, les jeunes et travailleurs âgés ; peut-on considérer qu'un sous-groupe est moins désavantagé qu'un autre ?). Par exemple, se justifie une différence de traitement dans le versement d'indemnités liée à l'âge, suite à un licenciement économique par la nécessité de ménager l'équilibre des générations dans l'entreprise et tenir compte de la perte d'emploi des jeunes plus préjudiciable que le départ à la retraite des travailleurs âgés. Cependant ce dilemme qui questionne les contours de la mixité des âges se pose aussi entre les femmes et les hommes, reflété plus récemment par l'arrêt européen qui concerne une réglementation française relative à certains avantages accordés aux fonctionnaires en matière de retraite qui a introduit une discrimination indirecte fondée sur le sexe à l'encontre des hommes[206] . On remarque, en outre, que les discriminations fondées

[206] CJUE, 17 juillet 2014, Leone et Leone, Aff. C-173/13

sur le sexe sont souvent invoquées par les hommes. Par exemple, en France[207] « sur les droits à la retraite d'un père ayant élevé 4 enfants et curieusement de l'article 14 de la CEDH : « attendu toutefois que si la majoration pour enfant instaurée par l'article L 351-4 I du Code de la Sécurité Sociale répond de façon légitime et proportionnée à l'objectif lié à l'incidence de la grossesse et de l'accouchement sur la vie professionnelle des femmes, et n'est pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, tel n'est pas le cas en ce qui concerne le II du même article ; Qu'en effet, pour les enfants nés avant le 1er janvier 2010, le législateur a maintenu l'attribution de 4 trimestres à la mère au titre de l'incidence sur la vie professionnelle de l'éducation des enfants, sauf pour le père à rapporter la preuve dans un certain délai qu'il a élevé seul ses enfants, condition non imposée à la mère ; que le maintien de cette inégalité pour les enfants nés avant le 1er janvier 2010 n'a aucune justification au regard du but poursuivi par le législateur ; Que ces dispositions sont donc discriminatoires au sens de l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. »

Pour l'instant, la question de savoir si la non-discrimination devrait protéger les catégories les plus désavantagées (eu égard à l'âge ou le sexe par exemple) n'est frontalement abordée que dans certains arrêts sur l'âge liés à la nécessaire solidarité entre générations.

b) Emergence d'autres critères liés à des libertés revendiquées (religion, genre, situation de famille, orientation sexuelle, apparence physique, identité sexuelle)l

Une série d'arrêts commence à émerger sur l'affirmation de libertés dans l'entreprise avec plus ou moins de succès. Il s'agit notamment de discrimination fondée sur l'apparence physique avec le port de la barbe par exemple ou le port du voile sans forcément se référer toujours à la discrimination fondée sur la religion, plus polémique depuis l'affaire Babyloup.

Le port de la barbe a été évoqué par la Cour d'Appel de Grenoble[208] « Que B.elgassem BEN M. produit d'autres témoignages de satisfaction du chef d'équipe

[207] Cour d'appel d'Agen 23/11/2010 n° 09-01149

[208] Cour d'Appel de Grenoble 8 décembre 2010 n° 08/01305

Yassine H. et d'une de ses collégues, S. G. , opératrice salle blanche, à propos de son comportement respectueux et des précautions qu'il prenait avec sa barbe qu'il s'était laissé pousser depuis son mariage, à savoir l'usage de deux masques chirurgicaux ; Que lors de l'enquête, S. G. a confirmé que le col de la combinaison remontait, qu'elle pensait que B. BEN M. remettait ses masques en place s'ils bougeaient pendant les mouvements, que les opérateurs disposaient de miroirs pour vérifier leur tenue, que les femmes qui avaient des cheveux longs les attachaient et mettaient comme elle une charlotte; Attendu que G. V., monteur régleur chef d'équipe de B. BEN M, a confirmé qu'au moment des faits B. BEN M. portait une barbe peut-être de 10 centimètres sous le menton, qu'Y. D. avait interdit à B. BEN M. d'accéder à la salle blanche et lui avait demandé de lui trouver un remplaçant, qu'Y. D. n'avait pas répondu à son interrogation sur les raisons de cette interdiction, que lui-même pensait que cette interdiction avait un lien avec le fait que B. BEN M. s'était laissé pousser la barbe mais qu'il n'avait pas obtenu de réponse à la question qu'il avait posée à Y. D., que de son point de vue, il n'y avait pas de problème à ce que B. BEN M. travaille en salle blanche, du moment qu'il portait la charlotte et le masque, que la tenue représentée sur la photographie était celle des opérateurs en salle blanche étudiée par l'employeur et que B. BEN M. portait deux masques qui se chevauchaient latéralement pour couvrir plus d'espace ; Attendu qu'en application des articles :- L.1121-1 du code du travail, '*Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché',* - L.1132-1 du même code, *'Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement 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, 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, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses murs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses*

caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap' ; Attendu que l'employeur explique l'interdiction litigieuse d'accès en salle blanche uniquement par des raisons de sécurité face à un risque industriel de contamination par des éléments organiques (chute de poils de barbe de l'opérateur) ; Attendu que les éléments aux débats font apparaître qu'à la date des faits, l'employeur avait entièrement paré à ce risque et répondu à cet impératif de sécurité au travail par des mesures précises et adaptées, notamment par l'obligation imposée aux opérateurs barbus ou moustachus de porter une tenue comprenant un masque ; qu'à la lecture de la consigne affichée et à l'audition des témoins, l'accès à la salle blanche n'était pas interdit à ces opérateurs barbus à condition qu'ils portent cette tenue ; Attendu qu'il résulte des mêmes éléments aux débats que B. BEN M. se conformait strictement à ce protocole vestimentaire et prenait mêmes des précautions supplémentaires en fonction du matériel mis à sa disposition puisqu'il revêtait deux masques alors qu'un seul était imposé ; Attendu que, selon la relation qu'en fait l'employeur dans la lettre de licenciement, l'entretien organisé le 21 mars 2008 n'a pas porté sur les conséquences du port de la barbe au regard du risque technique maintenant invoqué par l'employeur ; Que cet entretien a porté sur des reproches d'absentéisme et des problèmes comportementaux qui s'avèrent injustifiés ; que cet entretien a été organisé pendant un arrêt pour accident du travail, donc pendant une période où le salarié était fragilisé en raison de son état de santé ; Que les reproches allégués s'analysent en réalité comme des prétextes ; Attendu qu'il résulte des éléments-ci avant que B. BEN M. a fait l'objet d'un retrait abrupt et humiliant de la salle blanche sans préavis, sans que des explications lui soit préalablement demandées puisque son supérieur direct lui-même n'avait obtenu aucune explication et s'était vu imposer cette décision et sans qu'aucune discussion ne soit organisée sur ce sujet ; Attendu que la mesure litigieuse n'est pas anodine puisqu'elle aboutissait à une rétrogradation, l'accession à la salle blanche étant perçue, dans l'entreprise, comme une promotion et la reconnaissance d'une compétence dans un parcours professionnel et puisqu'elle aboutissait aussi à une diminution de la rémunération de l'opérateur, par la suppression de la prime mensuelle '*salle blanche*' de 78,86 ou 115 euros, même la prime qualité de 61 euros

ou 76 euros n'était pas remise en cause ; Attendu que si l'existence de faits matériels laissant présumer un harcèlement moral et si la discrimination en raison des convictions religieuses du salarié ne sont pas clairement établis, le seul élément sur ce second point étant le témoignage de G. V., qui relate des propos ambigus tenus par l'employeur lors de l'entretien préalable, la discrimination en raison de l'apparence physique apparaît, elle, suffisamment constituée. »

D'autres décisions se prononcent aussi sur l'allure physique ou le vêtement et non la religion comme critère pour qualifier le comportement patronal vis-à-vis du salarié. Dans un jugement assez explicite[209]**,** une société de distribution ne peut justifier l'interdiction du port du voile d'une salariée fondée sur les sondages auprès de clients français mais la décision se place sur le terrain d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et ne considère pas le licenciement nul (d'après la juridiction, il s'agit d'une décision fondée sur un signe religieux ostentatoire pas sur l'expression des convictions religieuses).

Une décision plus récente renvoie certes aux convictions religieuses mais saisit la CJUE d'une question préjudicielle sur l'injonction à discriminer du client. La cour d'appel de Paris a jugé fondé sur une cause réelle et sérieuse le licenciement pour faute d'une consultante informatique pour avoir refusé de retirer son foulard islamique chez un client. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation décide le 9 avril 2015 d'envoyer à la CJUE une question préjudicielle. Elle souhaite savoir si le souhait d'un client d'une société de conseil de ne plus avoir de consultante voilée constitue une "exigence professionnelle essentielle et déterminante, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice" pouvant, selon la directive sur l'égalité de traitement, justifier une discrimination fondée sur les convictions religieuses.[210] On aurait pu penser que les justifications possibles aux différences de traitement fondées sur la religion seraient sans doute interprétées de manière large au vu des conclusions de l'avocate générale dans une affaire similaire belge. En effet, en réponse à une question préjudicielle belge relative à une règle

[209] Conseil de prud'hommes de Lyon (départage), 18 septembre 2014,

[210] Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-19855.

générale de l'entreprise qui interdit les signes politiques, philosophiques et religieux visibles au travail, l'avocate générale a considéré que « l'interdiction ne constitue ni une discrimination directe, ni une discrimination indirecte si elle peut être justifiée afin de mettre en œuvre la politique légitime de neutralité fixée par l'employeur en matière de religion et de convictions*.* [211]

Pour l'instant, dans l'affaire française soumise à la question préjudicielle (aff. C-188/15), l'avocate générale Sharpston, le 13 juillet 2016, semble envisager, au contraire, l'existence d'une discrimination directe fondée sur la religion et l'absence éventuelle d'une discrimination indirecte, écartée si la justification patronale semble proportionnée aux intérêts de l'entreprise: « un règlement de travail d'une entreprise qui interdit aux travailleurs de cette entreprise de porter des signes ou tenues vestimentaires religieux lorsqu'ils sont en contact avec la clientèle de l'entreprise entraîne une discrimination directe fondée sur la religion ou les convictions, à laquelle ne s'applique ni l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ni aucune des autres dérogations à l'interdiction de la discrimination directe fondée sur la religion ou les convictions prévues par cette directive. Il en va ainsi a fortiori lorsque la règle en question s'applique au seul port du foulard islamique. En cas de discrimination indirecte fondée sur la religion ou les convictions, l'article 2, paragraphe 2, sous b), i), de la directive 2000/78 devrait être interprété en ce sens que les intérêts de l'entreprise de l'employeur constituent un objectif légitime aux fins de cette disposition. Une telle discrimination n'est cependant justifiée que si elle est proportionnée à cet objectif ».
L'intérêt, entre autres, de ces affaires est au moins d'avoir envisagé un débat sur la qualification de discrimination indirecte que pourrait représenter une règle de neutralité interdisant le port du voile, question souvent passée sous silence dans le contentieux français sur la légalité des chartes de neutralité ou de laïcité dans les entreprises privées.[212]

---

[212] Conclusions de Mme l'avocate générale Kokott dans l'affaire C-157/15

La question de l'orientation sexuelle a fait l'objet de plusieurs décisions remarquées dont l'une attendue à la Cour d'appel de Paris pour harcèlement discriminatoire motivée par l'orientation sexuelle.[213] Pour un des inspecteurs du travail, c'est sur ce point où l'extension législative des critères est symbolique car elle permet de « compléter la liste au fur et à mesure de l'évolution des idées portées par la société ; par exemple, l'inspecteur rappelle que « l'homosexualité était pénalement répréhensible en France jusqu'au début des années 80 et elle est aujourd'hui un critère sur lequel les personnes peuvent faire valoir leurs droits » (insp 2). Les arrêts relevés sont assez pédagogiques : « Attendu, d'abord, que la cour d'appel a relevé que, postérieurement à son inscription sur la liste d'aptitude de sous-directeur, le salarié avait postulé en vain à quatorze reprises à un poste de sous-directeur ou à un poste de niveau équivalent, qu'il a répondu à des propositions de postes à l'international, à une proposition de poste dans une filiale à Paris, qu'il est le seul de sa promotion de 1989 à ne pas avoir eu de poste bien que son inscription sur la liste d'aptitude ait été prorogée à deux reprises en 1995 et en 2000 et qu'il était parmi les candidats les plus diplômés et que plusieurs témoins font état d'une ambiance homophobe dans les années 70 à 90 au sein de l'entreprise ; qu'elle a pu en déduire que ces éléments laissaient présumer l'existence d'une discrimination en raison de son orientation sexuelle ; Et attendu, ensuite, qu'ayant relevé que la Caisse ne pouvait soutenir utilement, d'une part, qu'elle n'avait pas disposé de poste de direction en son sein propre entre 1989 et 2005, d'autre part, qu'elle n'avait pas été en mesure de recommander activement la candidature de son salarié sur des postes à l'international, la cour d'appel a pu décider que les justifications avancées par l'employeur ne permettaient pas d'écarter l'existence d'une discrimination en raison de l'orientation sexuelle du salarié,»[214] en outre, dans un arrêt de 2013,[215] un propos étayé par des éléments

[213] Le Défenseur des droits s'est prononcé en ce sens, Voir http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/07/01/bnp-paribas-poursuivi-par-un-ex-salarie-pour-discrimination-liee-a-son-homosexualite_4962225_3234.html

[214] Cass Soc. 24/04/2013 n°11-15204

[215] Cass Soc. 6 nov. 2013, n°12-22270

moins précis quant à l'attitude de l'employeur, suffit à laisser supposer l'existence d'une discrimination,

Le désormais célèbre arrêt Hay de la Chambre sociale de la Cour de cassation , suite à une question préjudicielle, reconnait une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle dans une convention collective qui accordait qu'aux salariés mariés un avantage rémunéré : « Attendu que, pour rejeter la demande du salarié, la cour d'appel retient que le pacte civil de solidarité institué par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 se différencie du mariage par les formalités relatives à la célébration, à la possibilité d'être conclu par deux personnes physiques majeures de sexe différent ou de même sexe, par le mode de rupture, par les obligations réciproques en matière de droit patrimonial, de droit successoral, de droit de la filiation et que la différence de traitement entre conjoints mariés d'une part et partenaires d'un pacte civil de solidarité d'autre part en matière d'avantages rémunérés pour événements familiaux ne résulte ni de leur situation de famille ni de leur orientation sexuelle mais d'une différence de statut résultant de leur état civil qui ne les placent pas dans une situation identique ; Qu'en statuant ainsi, alors que les salariés qui concluaient un pacte civil de solidarité avec un partenaire de même sexe se trouvaient, avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, dans une situation identique au regard des avantages en cause à celle des salariés contractant un mariage et que les dispositions de la convention collective nationale litigieuses instauraient dès lors une discrimination directement fondée sur l'orientation sexuelle, ce dont il résultait que leur application devait être en l'espèce écartée, la cour d'appel a violé les textes susvisés »[216] . Il ne s'agit donc pas d'une discrimination indirecte telle que la question préjudicielle de la Cour de cassation le formulait.

L'identité sexuelle ou la discrimination fondée sur le genre (le rôle social associé au féminin et au masculin) commencent à faire l'objet de contentieux depuis un arrêt qui semble faire allusion au genre[217]. Le licenciement d'un serveur qui refuse d'enlever ses boucles d'oreilles alors que l'employeur lui reproche par la suite, dans la lettre de licenciement, ce comportement peu masculin, constitue une discrimination fondée

[216] Voir Soc. 9 juillet 2014 N° 10-18341)

[217] Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-28.213

sur l'apparence physique rapportée à son sexe. La renommée du restaurant qui n'est pas en cause et les déclarations subjectives de clients portant un jugement de valeur sur le port de boucles d'oreilles par un homme, ne sont pas des justifications suffisantes pour constituer des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Enfin il ressort, des entretiens avec les juges et les inspecteurs du travail, un renvoi assez fréquent à l'adoption du critère de précarité sociale qui a fait l'objet d'une proposition de loi, adoptée récemment le 14 juin 2016, sans modification par l'Assemblée nationale, [218] ce texte à article unique qui propose un nouveau critère prohibé de discrimination modifie le code pénal (article 226-1), le code du travail et surtout l'article 1 et 2 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 en visant « la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur».
Cet engouement peut être analysé de deux façons. La première serait de dire que dans la logique des discriminations, une extension à la précarité sociale sert à accroitre la portée de la lutte contre les discriminations en adoptant un critère social large. L'autre interprétation serait d'y voir une solution à la difficulté de mettre en oeuvre d'autres critères qui peuvent être connexes (race, origine) ou perçus comme trop subjectifs. Dans cette hypothèse, la non-discrimination reviendrait à une forme de protection sociale ou de lutte plus globale contre le « racisme de classe ».

Le défi, d'après les inspecteurs du travail, sera alors de savoir comment définir les contours de ce critère, notamment dans l'emploi ou au recrutement. Certains magistrats se demandent comment ce critère économique et non personnel va être opérationnel au travail alors qu'il apparaît plus adapté au refus d'accès aux droits économiques et sociaux (logement, soins, formation). Ils « comprennent le combat mais pensent que c'est une fausse piste qui a été portée par l'association ATD Quart Monde ».
Une ancienne conseillère de la chambre sociale de la Cour de cassation déplore l'explosion du nombre de critères prohibés : « il faut effectivement travailler autour de

[218] http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0757.asp; adoptée par le Sénat en première lecture le 18 juin 2015

l'inégalité sociale pour faire en sorte d'améliorer les statuts des uns et des autres, et pourtant cela ne fait pas un critère de discrimination. Sinon c'est mettre sur le même plan, effectivement les inégalités sociales sur lesquelles il faut travailler et qui existent de tout temps, et puis des catégories qui historiquement n'arrivent pas à être reconnues, transversales, qui sortent du droit du travail. »

c) Invisibilité ou faible visibilité des autres critères (race, origine, moeurs et même sexe)

C'est la faible proportion des affaires de discrimination liée aux autres critères qui peuvent susciter une interrogation au regard de la visibilité des autres critères de discrimination. Il n'y a guère que l'affaire dite des Chibanis de la SNCF qui défraye la chronique[219]. C'est souvent à l'occasion de l'analyse d'un arrêt qu'apparaît en fait la possibilité de mobiliser un autre critère comme le sexe ou la maternité[220] . La jurisprudence du travail est également quelques fois ponctuée par des arrêts sur la discrimination fondée sur la situation familiale, qui n'est pas nécessairement retenue[221]

Il est opportun de fournir un exemple qui montre comment la discrimination fondée sur l'origine peut être retenue en scrutant la carrière sans référence finale au critère[222]:

Attendu (...) que la justification du souhait « d'un apport de sang neuf » ne constitue pas un motif objectif d'évincer les dispositions conventionnelles que la SA E était tenue d'appliquer ;Que la SA E ne démontre pas davantage que M. EL H ne présentant pas les compétences requises pour remplir les attributions inhérentes au poste, alors qu'il n'est produit aucun compte rendu d'évaluation permettant de considérer qu'il n'avait pas les compétences d'un « manager », que son diplôme d'Ingénieur des Mines laissait pourtant supposer ;(...) Que de la même façon, le reproche lié aux « relations difficiles avec sa hiérarchie » n'est que l'expression de sa

---

[219] CP de Paris 21 septembre 2015 n°13/09687 sur la discrimination dans l'évolution de carrière et dans l'accès à la formation et aux examens de travailleurs étrangers ayant un statut moins favorable que les salariés français.

[220] CA Riom 16/03/2010 n° 09/01073

[221] Cass. Soc.9 juillet 2014 N° 13-10147

[222] CA COLMAR, 24/04/2008, n°10-20765

revendication dans plusieurs courriers faisant suite au refus de promotion par sa Direction ;Qu'enfin la circonstance que M. EL H ait été absent pour maladie (...) ne permettait pas de l'exclure du processus de promotion professionnelle, et que ses absences en 2006 (...) ne sauraient être invoquées *a posteriori* alors que le poste litigieux était à pourvoir en fin d'année 2005 ;Qu'ainsi la SA E ne démontre pas que des motifs objectifs étrangers à toute discrimination l'aient conduite à exclure M. EL H de ce processus de recrutement ; Attendu qu'enfin il est admis que M. EL H est le seul salarié de l'entreprise à n'avoir pas bénéficié de la prime exceptionnelle en octobre 2004 et octobre 2005 (350 €), alors que l'absentéisme qu'invoque la SA E est postérieur à la période de référence ;Attendu que la conjonction de ces trois situations successives de disparité de traitement et l'absence d'éléments de preuve objectifs fournis par l'employeur caractérisent la discrimination prohibée par l'article L 122-45 du Code du travail ».

Les arrêts sont rares qui retiennent la discrimination raciale ou fondée sur l'origine.[223] Précisément, dans le prolongement de ce dernier arrêt Airbus, un arrêt de cour d'appel s'est fondé sur le patronyme et la nature des contrats de travail pour révéler la différence de traitement. Elle rappelle que la preuve de l'absence de discrimination raciale au recrutement doit être apportée par l'employeur[224]. La preuve est rapportée par le salarié, assistant de piste catégorie ouvrier dans un aéroport, de la discrimination qu'il a subie de la part de l'employeur qui ne l'a pas embauché dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée.

En l'espèce, l'examen du registre unique du personnel révèle en effet que, de 2000 à 2008, sur les salariés embauchés sur le site à des fonctions similaires, 13 personnes ne portaient pas un nom à consonance maghrébine tandis que 9, dont l'intéressé, portaient un tel nom. Par ailleurs, sur le premier groupe, 7 ont été recrutées en CDD puis en CDI, 5 ont été engagées en CDD et une personne directement en CDI tandis que, dans le groupe des salariés dont le nom a une consonance maghrébine, une personne a été recrutée en CDD puis en CDI, 6 en CDD et une directement engagée en CDI. La preuve est ainsi rapportée qu'une personne portant un tel nom n'a que très peu de chance de se voir proposer un CDI, ce qui a été le cas de l'intéressé, qui

---

[223] V Cass Soc. 7/2/2012 n°**:** 10-19505 ; Cass Soc 18/01/2012 n°10-16926 ; Cass Soc 15/12/2011 n° 10-15873.

[224] CA Rennes, 2 oct. 2015, n° 13/07958, JurisData n° 2015-022131

a signé plusieurs CDD en 7 ans et demi sans que lui soit jamais proposé un CDI. La matérialité de ces faits précis et concordants fait présumer l'existence d'une discrimination et l'employeur échoue à démontrer qu'ils étaient justifiés par des éléments étrangers à toute discrimination, l'argument de la baisse du trafic aérien étant notamment irrecevable. La discrimination établie ouvre droit, compte tenu de ses circonstances, de sa durée et de ses conséquences dommageables, à réparation.

Cet arrêt ressemble à l'arrêt Airbus dans lequel la constitution de panels de preuves de discrimination raciale au recrutement ne peut être constituée que par le truchement des noms des salariés à consonance étrangère et à la possibilité de réunir des preuves en interne en comparant les personnes occupant des contrats précaires d'origine étrangère et ceux recrutés en contrat à durée indéterminée.

En revanche, d'autres arrêts relatifs à ces discriminations peuvent l'écarter[225]. Parfois la qualification de discrimination raciale est écartée même en cas de motivation mixte (faute du salarié et propos discriminatoires) pourtant relevée par la Cour d'appel. En effet, récemment, la Cour de cassation, censure la cour d'appel de Lyon qui n'a pas retenu la faute du salarié, malgré des propos discriminatoiresantérieurs et postérieurs à cette faute: « vu les articles L. 1232-1 et L. 1234-1 du code du travail ; attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon, 5 décembre 2013), que M. X..., engagé le 1er septembre 2008 par l'association Accueil et confort pour personnes âgées (ACPPA) en qualité de commis de cuisine, a été licencié pour faute le 5 juillet 2010 ; que soutenant que cette mesure résultait d'une discrimination en raison de son appartenance à une race, il a saisi la juridiction prud'homale ; attendu que pour dire nul le licenciement du salarié et lui allouer des dommages-intérêts à ce titre, l'arrêt constate que l'intéressé a été victime, en septembre 2009 et courant 2010, de propos racistes de la part de sa supérieure hiérarchique lui reprochant la mauvaise qualité de son travail, et retient, au vu des éléments produits qu'il a été victime d'agissements discriminatoires de sa part ; qu'en se déterminant ainsi, sans constater de lien entre la discrimination qu'elle constatait et le licenciement pour faute prononcé en juillet 2010 en raison de l'abandon de poste reproché au salarié et

[225] Cour d'Appel de Colmar, CA Colmar 13/12/2011 n° 11/1502, 09/05211 ; Cass. Soc. 10/10/2012 n° 11-24379 et 11-24605 ; Cour d'appel de Versailles 28/10/2010 N° 09/02217

de son refus d'accomplir les tâches résultant de ses fonctions, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. » Cet arrêt est étonnant pour deux raisons. En premier lieu, il n'est pas envisagé la qualification de discrimination précisément liée à une motivation mixte : en présence d'une faute et des propos discriminatoires (« travail d'arabe »), les juges de la Haute Cour doivent-ils choisir la motivation déterminante ou la seule existence de propos suffisent à caractériser la discrimination ? C'est l'analyse qui semble être faite par la Cour d'appel : « attendu qu'il est constant, à partir des attestations suffisamment précises de madame B... et monsieur C..., corroborées par les propres déclarations de madame Z..., qu'en cuisine des propos à connotation raciale ont été tenus, en septembre 2009 et courant 2010, de façon réitérée, le travail mal fait étant associé à du « travail d'arabe », à l'encontre de monsieur X... par cette dernière, laquelle adoptait par contre une attitude différente courtoise et respectueuse avec d'autres salariés de l'entreprise; Que ni le fait que madame Z... ait procédé à l'embauche de monsieur X..., que de tels propos aient pu être généralisés à l'ensemble des salariés de la cuisine, qu'ils aient pu être analysés comme « un jeu » et que l'employeur ait immédiatement réagi pour interdire cette pratique ne peuvent enlever aux propos tenus leur caractère attentatoire à la personne de monsieur X..., qui se présente comme le seul membre de l'équipe de cuisine d'origine étrangère ; Que même à admettre que le travail de monsieur X... se soit révélé insuffisant, ce qui ne résulte pas des deux comptes -rendus d'évaluation versés aux débats, des remontrances et observations pouvaient être adressées à ce dernier par son supérieur hiérarchique direct sans faire référence à ses origines raciales ; Attendu que de la confrontation de ces éléments, la cour tire la conviction, sans qu'il soit nécessaire d'ordonner une mesure d'instruction que les parties ne sollicitent d'ailleurs pas, que monsieur X... a été victime de discrimination raciale; (...) que le licenciement dont monsieur X... a été l'objet est nul en application des articles L1132-1 et suivants du code du travail ».[226]

En deuxième lieu, comme les propos racistes ont été tenus aussi en 2009, aucune appréciation du harcèlement discriminatoire n'a été considérée ; autrement dit, les propos discriminatoires auraient-ils pu produire une dégradation des conditions de

[226] Cass. soc. 22 septembre 2015 N° 14-11563

travail, une atteinte à la dignité à laquelle la Cour d'appel semble faire allusion et in fine contribuer à provoquer une faute du salarié ? Un autre arrêt de 2015 écarte la discrimination en raison de son origine réelle ou supposée ou de son nom au recrutement d'une candidate à un emploi alors que certaines autres recrues avaient eu de moins bonnes notes à un examen préalable à l'embauche. En effet, la Cour de cassation relève, en se rapportant au testing de la Halde, que la sélection anonyme s'est faite en fonction du domicile, critère du lieu de résidence non prévue à l'époque par l'article 1132-1 du code du travail qui aurait pu pourtant faire émerger une discrimination indirecte : « Mais attendu que la cour d'appel, ayant constaté que les épreuves de sélection s'étaient déroulées dans des conditions préservant l'anonymat des candidats, dont l'origine réelle ou supposée ne pouvait être identifiée par les évaluateurs, que leur classement par ordre de mérite ne révélait aucune préférence fondée sur le nom ou l'origine, enfin que la différence de traitement qui aurait été mise en évidence par la Haute autorité contre les discriminations et pour les égalités, dont les attributions ont été reprises par le Défenseur des droits, reposerait sur une sélection des candidats en fonction du domicile, critère de discrimination non prévu par l'article L. 122-45 devenu L. 1132-1 du code du travail dans sa rédaction applicable au litige, et qui ne peut à lui seul laisser supposer l'existence d'une discrimination à caractère racial, a pu en déduire que Mme X... n'apportait pas d'éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison de son origine réelle ou supposée ou de son nom invoquée par l'intéressée.... »[227]

Les entretiens avec certains juges révèlent, en effet, un certain embarras face à la simple référence au critère racial dans leur pratique : « On est tellement dans un monde dans lequel si je dis que quelqu'un est arabe, je fais un arrêt raciste. C'est hallucinant en France ».....ou.... Une autre observation sur le défi et malaise ressenti par certains juges : « on n'a pas les outils intellectuels pour rédiger ce genre de décision. Je ne sais pas ce que c'est qu'un juif. Parler des juifs, cela nous renvoie 70 ans en arrière avec l'étoile juive cousue. On est très, très mal. »[228] Certains

[227] Cass. soc. 16 juin 2015 N° 13-28129

[228] Les citations des juges interviewés sont anonymes après transcription des entretiens.

magistrats ayant siégé à la Cour de cassation se résolvent alors « à réfléchir à la question des fichiers ethniques » face au défi de la preuve de la discrimination raciale. Il s'agit de « la capacité à déterminer, à circonscrire les problématiques d'origine raciale ». Il faudrait quand même revoir les choses, voir si on ne peut pas reprendre le concept, peut-être pas de fichier mais une définition pour pouvoir faire rentrer dans cette catégorie un certain nombre de personnes et que ce soit accepté volontaire, anonyme. On a des moyens ; la plupart des pays l'acceptent. »

On relève également un succès mitigé s'agissant de la discrimination fondée sur le sexe, encore assez récemment : « Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande au titre d'une discrimination fondée sur le sexe, alors, selon le moyen ... Mais attendu que les agents employés par La Poste sous le statut de fonctionnaire ne se trouvent pas en ce qui concerne leur recrutement dans la même situation que les salariés de droit privé ; que c'est dès lors à bon droit que la cour d'appel a procédé à la comparaison de la proportion de salariés masculins et féminins, engagés d'une part par contrats à durée déterminée et d'autre part par contrats à durée indéterminée, en prenant en compte les seuls salariés de droit privé ; qu'ayant constaté que le pourcentage de femmes employées par contrat à durée indéterminée est supérieur ou en tous cas équivalent à celui des femmes engagées par contrat précaire, de sorte que la salariée n'établissait pas l'existence d'une pratique de La Poste ayant pour objet de privilégier l'embauche précaire pour les femmes et l'embauche stable pour les hommes, la cour d'appel qui a examiné l'ensemble des éléments soumis à son appréciation, a légalement justifié sa décision.[229] »

d) Couplage ou combinaison de critères discriminatoires (reconnaissance éventuelle des discriminations multiples[230]

Une série d'arrêts mentionne plusieurs critères discriminatoires sans que cette multiplicité suscite un débat sur le choix du critère[231] (parfois les deux critères

[229] Cass. Soc 22 oct. 2014 n° 13-16936 ; 13-17209)

[230] M. Mercat-Bruns, « Discriminations multiples et identité au travail au croisement des questions d'égalité et de liberté », RDT 2015, p.28

[231] L'analyse Jurica de B. Bossu confirme également la mobilisation de plusieurs critères à l'amorce de l'action sans envisager le traitement spécifique de la discrimination multiple

caractérisent la personne sans mention explicite dans l'arrêt[232]**.** C'est la présence de preuve qui détermine ce choix. Le concept de discrimination multiple suscite lui-même des réactions en entretien. Les magistrats décrivent parfois la complexité inutile d'adopter une nouvelle notion ou l'intérêt d'invoquer un critère unique. L'augmentation du nombre de critères multiplie le risque de les hiérarchiser. « Les juges sont submergés par toutes ces catégories et finalement il n'arrivent pas à faire des priorités, d'ailleurs on n'a pas à en faire, à partir du moment où ils font partie de tous ces critères »....Pour une avocate, « la multiplication des critères peut nuire à la plasticité des motifs en les enfermant dans une acception trop stricte »....La discrimination multiple est utilisée dans sa pratique mais « l'interaction des motifs discriminatoires est encore assez délicate à faire comprendre», explique-t-elle.

Les inspecteurs ignorent l'existence des discriminations multiples dans les textes européens tout en reconnaissant une utilité possible du concept. Un seul magistrat a indiqué qu'il a rencontré des hypothèses où un critère était invoqué mais c'est un autre critère qui a été retenu. « Une fille pensait qu'elle était discriminée en raison de son apparence physique parce qu'elle était obèse, et l'étude a montré que c'était en raison de son âge ou du moins c'est ce qu'on pouvait montrer.» Le magistrat ajoute : « la personne discriminée ne pouvait pas savoir ce qui était dans la tête de son employeur. Nous ce qui suffit c'est le résultat. Pas l'intention discriminatoire. Donc cela peut être intéressant. Je ne pense pas que c'est une complication...Ce que le juge doit comprendre c'est que ce qui est important dans la discrimination, c'est l'effet et non la cause et ensuite la justification donnée.» Un président de Conseil de Prud'hommes remarque que les différents motifs de discrimination recueillis simultanément ne vont jouer que sur le montant de la réparation accordé.

Le plus souvent les discriminations multiples sont traités sous l'angle d'un seul critère de discrimination; pour un exemple, lié à l'origine et au sexe[233]: Soc 3 novembre 2011 n°10-20765 : « attendu que l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés ; qu'ayant relevé que l'exploitation par M. X... et Mme Y... de la qualité d'étrangère de Mme Z... en

[232] Cass. Soc 9 juillet 2014 N°13-10387

[233] Soc 3 novembre 2011 n°10-20765

situation irrégulière sur le territoire français ne lui permettant aucune réclamation avait entraîné pour la " salariée " la négation de ses droits légaux et conventionnels et une situation totalement désavantageuse par rapport à des employés de maison bénéficiaires de la législation du travail, la cour d'appel, qui en a déduit que Mme Z... avait subi en raison de son origine une discrimination indirecte caractérisée, a légalement justifié sa décision de ce chef…». L'intérêt de cet arrêt est d'avoir utilisé la discrimination indirecte en l'absence de comparabilité des situations avec des salariés domestiques couverts par le droit du travail qui pouvaient revendiquer leurs droits.

Le succès des affaires de discriminations multiples n'est pas garanti : par exemple, on relève le cas d'une prétention de discrimination raciale et sexuelle où ni le témoignage de collègue féminin, ni les attestations du médecin du travail ne sont retenus : « que les juges du fond ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leur prétention ; qu'en s'abstenant, pour apprécier la réalité de la discrimination raciale et sexuelle dont se plaignait Mme X..., de s'expliquer sur l'avis du médecin du travail en date du 13 juin 2003 constatant la véracité des faits invoqués par la salariée et formulant son soutien aux « différentes femmes travaillant à Paris-Turf», sur le compte rendu de la réunion du comité d'entreprise du 28 février 2003 au terme duquel M. Z..., rappelant «l'affaire de harcèlement moral (…) déjà évoquée lors de la dernière réunion du 31 janvier 2003 », indiquait qu'en aucun cas ne devaient « fuser des propos racistes ou d'exclusion», sur la lettre en date du 13 mai 2004 au terme de laquelle la salariée informait son employeur de ce que M. A..., l'un de ses collègues, lui avait déclaré «retourne dans ton pays si tu n'es pas contente, retourne t'occuper de la démocratie là bas» et sur la photo d'un émir avec sa coiffe qui avait été scotchée sur son ordinateur, pièces dont la portée était corroborée par les attestations de trois collègues féminines indiquant que Mme X... avait été traitée d'«arabe fainéante» et que nombre de femmes de l'entreprise se heurtaient à un clan constitué d'hommes, souvent syndicalistes, qui rendait difficile l'exécution de leur travail, la cour d'appel a également privé sa décision de motifs en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;-qu'en concluant de l'affirmation par l'une des collègues de Mme X... de ce que «le cas X... ne serait pas isolé», qu'elle contredisait la thèse d'un traitement discriminatoire à l'encontre de la salariée

alors que lorsque la discrimination vise une catégorie particulière de salariés : femmes, représentants du personnel, salariés d'origine étrangère, salariés sous contrat de travail temporaire, etc, plusieurs salariés d'une même entreprise peuvent subir en même temps un traitement discriminatoire sans que leur nombre permette de facto d'écarter cette qualification, la cour d'appel a violé l'article L. 122-45 du code du travail ; - que si les juges du fond apprécient souverainement le sens, la valeur et la portée des attestations qui leur sont soumises, ils n'en demeurent pas moins tenus de s'expliquer sur les moyens qui leur sont soumis qui tendent à établir l'inopérance de ces témoignages en raison même des personnes qui en sont les auteurs ; que dès lors, en se contentant en l'espèce de conclure qu'étaient suffisamment probantes les attestations des hommes d'origine européenne qui avaient témoigné en faveur de la société et de M. Y..., sans s'expliquer sur le moyen déterminant des conclusions de l'exposante soulignant qu'ils n'étaient pas à même d'apprécier la réalité d'une discrimination subie par une femme d'origine maghrébine, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ; - que l'employeur étant tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise et l'absence de faute de sa part ne pouvant l'exonérer de sa responsabilité, il doit impérativement, dès lors qu'il est informé de la plainte d'un salarié relative au harcèlement qu'il dit subir, réagir dès le stade du soupçon ; qu'en ne recherchant pas, en l'espèce, alors même qu'il ressortait du compte rendu de la réunion du comité d'entreprise du 28 février 2003 et de la lettre du médecin du travail du 13 juin 2003 que la société SIRLO avait bien été informée, fin 2002, de la situation de Mme X..., si l'employeur avait été diligent face à ses plaintes, s'il avait cherché à entendre l'intéressée ainsi que M. Y... pour éclaircir la situation et faire cesser ce trouble, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-49, L. 122-51 et de l'article L. 230-2 du code du travail, tel qu'interprété à la lumière de la directive CE n° 89/391 du 12 juin1989 ; Mais attendu que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a, sans méconnaître les termes du litige ni les règles de preuve édictées par les articles L .122-45 et L. 122-52 du code du travail, estimé, par une appréciation souveraine des éléments qui lui étaient soumis, que la salariée n'apportait aucun élément laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ou permettant de présumer l'existence d'un harcèlement ; que le moyen n'est pas fondé ; »

On peut aussi citer le cas d'une femme où il est fait mention d'une discrimination fondée sur le sexe et l'exercice des activités syndicales qui n'a pas obtenu gain de cause.[234] D'autres arrêts évoquent l'âge, le sexe et l'état de santé : « Attendu que, lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments pris dans leur ensemble permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes de dommages-intérêts pour harcèlement moral et en nullité de son licenciement, l'arrêt retient que les attestations dont les auteurs évoquent des altercations ayant donné lieu à propos blessants ou humiliants tenus par l'employeur envers la salariée devant la clientèle ne situent pas à l'exception de l'une d'elles la date des faits ; que certaines attestations ne font que rapporter les propos de la salariée qui se plaignait du comportement de l'employeur à son égard tandis que d'autres sont contredites par celles produites par l'employeur ; que d'autres attestations faisant état d'un changement de comportement de la salariée devenue plus triste ou moins loquace ne rapportent aucun manquement précis imputable à l'employeur qu'ils auraient eux-mêmes constatés et qui expliqueraient cette évolution ; qu'un seul témoin atteste que l'intéressée n'avait pas le droit de communiquer avec les clients ; qu'un seul client atteste que l'employeur pouvait lui ordonner de servir en terrasse alors qu'elle était très souffrante et qu'un seul collègue de travail atteste qu'elle subissait constamment la pression de l'employeur et quittait régulièrement son service en pleurant ;....Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la salariée n'était pas autorisée à communiquer avec ses clients, qu'elle pouvait se voir contrainte d'assurer un service en terrasse alors qu'elle était souffrante, qu'elle subissait constamment la pression de son employeur et qu'elle quittait régulièrement son service en pleurant, la cour d'appel, qui ne pouvait rejeter la demande de la salariée au seul motif de l'absence de relation entre l'état de santé et la dégradation des conditions de travail, a violé les textes susvisés ; ». La requérante ayant évoqué également son âge devant la cour d'appel: « Pour

[234] Voir aussi Soc. 10 avril 2013, n°11-26986

caractériser le harcèlement moral qu'elle impute à son employeur, Sylvie X... allègue que leurs relations se sont dégradées et qu'elle a fait l'objet de pressions morales lorsqu'il a appris qu'elle avait établi une attestation en faveur du cuisinier qui avait choisi de quitter l'établissement et qui a saisi le conseil de prud'hommes de sa prise d'acte de la rupture de son contrat de travail, qu'elle a alors subi des réflexions et des menaces et a même été accusée de vol de numéraire, qu'elle a reçu l'ordre de servir sur la terrasse alors qu'elle était souffrante, qu'elle n'avait plus le droit de communiquer avec la clientèle, qu'elle était écartée du reste de l'équipe et humiliée devant toute la clientèle, et que son patron se rendait même « coupable de discrimination fondée sur l'âge de la requérante » .[235]

Un arrêt rare soulève la question de la couleur de peau et l'âge d'un représentant syndical :[236] « Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt d'écarter l'existence de discrimination ou d'inégalité de traitement dans le refus de la poursuite de son contrat de travail par la société T et de le débouter de ses demandes de dommages-intérêts à ce titre, alors, selon le moyen .... Mais attendu qu'appréciant souverainement les éléments de faits qui lui étaient soumis et ayant constaté que des salariés âgés de plus de cinquante ans, des délégués syndicaux et des salariés, sans égard pour leur couleur de peau, avaient été repris par la société T , en sorte qu'aucune relation n'était mise en évidence par l'intéressé entre d'une part, son âge, sa couleur de peau et sa qualité de délégué syndical et d'autre part, l'absence de reprise de son contrat de travail, la cour d'appel a pu en déduire l'absence d'éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge du salarié, sa qualité de délégué syndical et sa couleur de peau ; que le moyen n'est pas fondé ; ».

Enfin il ressort d'un entretien de cour d'appel que l'invocation d'une discrimination multiple a moins de chance de permettre au plaideur d'obtenir gain de cause : « quand un requérant avance plusieurs critères de discrimination, il exprime son incertitude sur le motif véritable de la décision querellée...Il est rare, dans ce cas, que

[235] Soc, 21 mai 2014, n°12-28407

[236] Cass. Soc., 12 avril 2012, n°11-14.075

l'existence d'une discrimination soit reconnue ». La discrimination multiple provoquerait de l'incertitude, voire même de l'insécurité : comme l'exprime une ancienne magistrate de la Cour de cassation : « de manière générale, pour que la lutte contre les discriminations fonctionne, il faut que ceux qui doivent l'appliquer se sentent en sécurité. Et pour se sentir en sécurité, il faut qu'ils aient l'impression d'avoir des critères qu'ils comprennent, que ce n'est pas une source systématique d'abus, et que ça répond à des vraies situations sur lesquelles ils ont vraiment un rôle à jouer pour les améliorer...Donc ce qu'il faut c'est sécuriser le processus. Pour ce faire, il faut avoir quelques critères. Quand on les multiplie, on prend le risque d'avoir un effet d'aubaine. On voit bien qu'une femme handicapée d'origine étrangère, les trois critères peuvent en rajouter mais peut être que femme syndicaliste, c'est moins important d'être une femme, cela ne rajoute pas grand-chose. »

3. Diversification des notions de discrimination

Selon la nature de la discrimination, selon l'acte discriminatoire, selon l'échelle de la discrimination (individuel, collective/convention collective), les arrêts de Cour d'appel et de la Cour de cassation rappellent souvent en début d'arrêts que la discrimination peut être directe ou indirecte. L'acte de discrimination concerné n'est pas toujours le même dans les arrêts : peu d'arrêts sur l'embauche, la formation, l'évaluation professionnelle, la promotion et bien davantage évoquent la rupture et le salaire minoré. Le harcèlement est souvent traité distinctement des discriminations mais invoqué dans le même procès. Le renvoi au harcèlement discriminatoire, à la discrimination par association ou à la discrimination collective est rare. Peu d'arrêts mentionnent les préjugés discriminatoires en tant que tels (remarques hostiles, humiliantes, liant un comportement à l'invocation d'un critère prohibé). C'est la différence de traitement préjudiciable liée à un acte qui est privilégiée plutôt qu'une discussion sur les contours de la cause/critère à la source de la différence de traitement. Les discriminations directes dans les conventions collectives commencent à émerger et la discrimination indirecte est encore mal cernée ou jamais rencontrée par certains juges d'appel et certains inspecteurs du travail. Elle bénéficie pourtant d'une reconnaissance précoce par la Cour de cassation qui a

construit un corpus jurisprudentiel assez important depuis un certain temps comme le rappellent certains magistrats interrogés.

a) Discrimination directe

La discrimination directe suppose-t-elle la comparaison ? Certains arrêts explicitent cette comparaison. D'autres l'écartent comme condition se qua non de preuve de la discrimination.

Un arrêt plus ancien de la Cour d'appel de Versailles[237] est assez explicite dans la démarche adoptée: « Considérant que l'ancienneté et les diplômes n'ont pas été retenus par les partenaires sociaux comme des critères déterminants de l'évolution de carrière ; (...) qu'en tout état de cause, si chacun des salariés a fait preuve de ses compétences, Madame A. B. les a également démontrées ainsi que cela ressort des évaluations individuelles entre 1980 et 1998 ; que son supérieur hiérarchique notait en 1996 que la salariée occupait des fonctions nettement supérieurs à son coefficient actuel ; que la société ne produit aucune évaluation des compétences de la salariée entre 2002 et 2004 ;Considérant que les circonstances invoquées par l'employeur ne suffisent pas à expliquer les raisons pour lesquelles Madame A B. n'a atteint que le coefficient 305 que plusieurs années (entre 20 ans et 4 ans) après ses collègues masculins et n'a toujours pas atteint le coefficient 335 que les autres techniciens commerciaux ont obtenu ; que ces éléments établissent que Madame A. B a mis plus de temps que ses collègues à atteindre le coefficient 305 sans que cela soit justifié par des éléments objectifs ; que par ailleurs, aucune explication n'est apportée par la société pour expliquer l'absence d'évaluation de Madame A. B. entre le mois de septembre 2001 et le mois de mai 2005 ;(...) Considérant, au regard de ce qui précède, qu'en l'absence d'éléments objectifs justifiant la différence de traitement de la carrière de Madame A. B., il convient de dire que la discrimination en raison de l'appartenance au sexe féminin est établie »[238]

Il existe des arrêts plus récents mais l'extrait de cet arrêt est révélateur de l'absence de justification d'une différence de traitement fondée sur l'origine:

---

[237] Cour d'appel de Versaille: 08/01/2009 n° 07-04520

[238] Cass. Soc 26 novembre 2014 N°13-19985 ; Voir aussi en matière de discrimination syndicale, Cass. Soc 26 novembre 2014 N°13-19985

Selon la Cour d'Appel de COLMAR [239] :« Attendu (...) que la justification du souhait « d'un apport de sang neuf » ne constitue pas un motif objectif d'évincer les dispositions conventionnelles que la SA E. était tenue d'appliquer ;Que la SA E. ne démontre pas davantage que M. EL H. ne présentant pas les compétences requises pour remplir les attributions inhérentes au poste, alors qu'il n'est produit aucun compte rendu d'évaluation permettant de considérer qu'il n'avait pas les compétences d'un « manager », que son diplôme d'Ingénieur des Mines laissait pourtant supposer ;(...) Que de la même façon, le reproche lié aux « relations difficiles avec sa hiérarchie » n'est que l'expression de sa revendication dans plusieurs courriers faisant suite au refus de promotion par sa Direction ; Qu'enfin la circonstance que M. EL H. ait été absent pour maladie (...) ne permettait pas de l'exclure du processus de promotion professionnelle, et que ses absences en 2006 (...) ne sauraient être invoquées *a posteriori* alors que le poste litigieux était à pourvoir en fin d'année 2005 ;

Qu'ainsi la SA E. ne démontre pas que des motifs objectifs étrangers à toute discrimination l'aient conduite à exclure M. EL H. de ce processus de recrutement ;Attendu qu'enfin il est admis que M. EL H. est le seul salarié de l'entreprise à n'avoir pas bénéficié de la prime exceptionnelle en octobre 2004 et octobre 2005 (350 €), alors que l'absentéisme qu'invoque la SA E. est postérieur à la période de référence ; Attendu que la conjonction de ces trois situations successives de disparité de traitement et l'absence d'éléments de preuve objectifs fournis par l'employeur caractérisent la discrimination prohibée par l'article L 122-45 du Code du travail ».

b) Discrimination directe sans comparateur :

Mais il existe une spécificité française ; la preuve de la non-discrimination n'implique pas nécessairement la présence d'un comparateur : interprétation étonnante mais créative de la Cour compte tenu de la définition européenne de la discrimination directe qui mentionne la comparabilité. Comme l'explique un conseiller de la

[239] Cour d'Appel de COLMAR, 24/04/2008, n°10-20765

chambre sociale de la Cour de cassation, elle pourrait s'expliquer en raison de l'absence du comparateur hypothétique, Soc. 29/06/2011, c/ Société ATHESA (n° 10-14067) :« Attendu que pour le débouter de sa demande en paiement de dommages-intérêts, l'arrêt retient que, le salarié ne produisant aucun élément de comparaison avec la situation d'autres salariés s'agissant des périodes au cours desquelles il s'est trouvé sans travail comme de sa faible augmentation de rémunération, les éléments de fait qu'il présente sur ces points ne caractérisent aucune discrimination ; Qu'en statuant ainsi, alors que l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés et qu'il résultait de ses constatations que l'employeur n'avait pas fourni de travail au salarié pendant de longues périodes, élément de nature à laisser supposer l'existence d'une telle discrimination, la cour d'appel a violé les textes susvisés». Lors des entretiens avec les magistrats, est précisée l'idée « qu'il n'y avait pas dans ces cas de comparaison à faire entre le salarié qui se plaint de discrimination et d'autres salariés. Par contre, il y a forcément une comparaison entre une situation avant et après. »... D'après un magistrat de la Cour de cassation, « autant en matière d'égalité de traitement il faut nécessairement se comparer, autant en matière de discrimination, on peut l'établir sans, même si c'est plus pratique de comparer. »

c) Discrimination indirecte :

D'un côté il semble, d'après certains magistrats professionnels et les conseillers prud'homaux, que « les plaideurs n'ont pas toujours une notion claire de la discrimination indirecte », que « les avocats ne la plaident pas réellement »et « qu'il soit difficile de prouver la discrimination indirecte pour certains critères ». La difficulté de prouver quelles cohortes d'âge sont désavantagées par les mesures neutres peut être à l'origine de la réticence des juges à faire jouer pleinement la non-discrimination fondée sur l'âge[240] . Par ailleurs, il semble que certaines cours d'appel appliquent une définition par défaut : « La preuve d'une discrimination indirecte telle qu'un retard pris dans l'avancement de la carrière ne peut résulter que d'une

[240] Cass. soc. 30 avr. 2009 n° 07-43945

comparaison avec d'autres salariés placés dans une situation identique à l'exception des critères discriminatoires dont la prise en compte est invoquée, la preuve directe de la discrimination est possible chaque fois qu'une mesure défavorable peut être établie en soi. [241]»

Un des inspecteurs explique qu'il n'a jamais été confronté à la question de discrimination indirecte dans sa pratique et un autre inspecteur estime tout simplement qu'il s'agit d'un concept plus récent que le juge est moins habitué à manier ». Cette réflexion est confirmée par des magistrats de cour d'appel qui disent ne pas avoir été saisis de cette question ou très peu[242]. Pourtant un inspecteur estime qu'elle ne serait pas plus difficile à prouver du moment que l'on respecte un raisonnement juridique strict, s'appuyant sur des faits et des statistiques incontestables ». Une avocate renchérit en expliquant que « la difficulté n'est pas dans la preuve » mais la « reconnaissance, le repérage de la situation discriminatoire » comme le critère, la pratique ou la norme sont « a priori considérés comme légitimes puisqu'apparemment neutres ».

D'un autre côté, on peut considérer qu'il est parfois plus facile de détecter une discrimination indirecte qu'une discrimination directe lorsqu'elle touche une règle ou une procédure dont le juge doit sonder la justification ou la cohérence après en avoir compris les effets. A la différence d'une décision patronale dont l'intention discriminatoire est plus difficilement décelable dans les faits qui doivent être produits, les juges civils apprécient quotidiennement la substance, le contenu d'une règle, les méandres d'une procédure ou même la portée d'un calcul des retenues en cas de grève[243].. Cela expliquerait l'émergence d'une jurisprudence travailliste sur la

---

[241] CA Pau 17/06/2010 n° 10/00227

[242] Une cour d'appel renvoie à une affaire de 2014 dans laquelle la chambre de sécurité sociale de la cour d'appel relatif à un décret qui imposait aux pères une interruption d'activité d'au moins deux mois lors de chaque naissance pour bénéficier de la retraite anticipée

[243] Cass.soc.09.07.15, n°14-12779*.. :* « différence de traitement entre les salariés des titres qui avaient « bouclé » en temps et en heure subiront une retenue de 50 % tandis que ceux dont les titres avaient « bouclé » en retard subiront une retenue de 100 % ; que onze salariés dont Mme De X..., travaillant au sein du magazine « Science et vie junior », qui ont subi une retenue de 100 % pour les jours de grève » ... les arrêts retiennent à bon droit que la mesure en cause institue une discrimination indirecte en raison de l'exercice normal du droit de grève en ce qu'elle prend en compte le degré de mobilisation des salariés, selon les services, et ses conséquences sur le fonctionnement de l'entreprise et qu'elle ne peut être justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en raison de la grève dès lors que la parution en retard des magazines résulte des conséquences inhérentes à la cessation collective du travail ; que le moyen n'est pas fondé »

discrimination indirecte appliquée plus récemment au sexe[244] ou l'état de santé par exemple: était en cause la mise en place par l'employeur d'une méthode de *« sensibilisation aux enjeux de désorganisation de la production »* par entretiens de *« retour d'absence »* quels que soient la durée et le motif de l'absence, y compris en cas de maladie ou d'accident du travail ; les salariés absents pour cause de maladie subissaient en raison de leur état de santé une discrimination indirecte caractérisée, malgré le caractère apparemment neutre du dispositif.[245]

Il n'y a pas eu d'application de la discrimination indirecte à l'interdiction du voile comme discrimination fondée sur la religion pour l'instant :[246] alors que l'Avocate générale de la CJUE dans une des deux affaires sur la discrimination religieuse faisant l'objet d'une question préjudicielle envisage effectivement la question de la discrimination indirecte fondée sur la religion s'agissant du port du voile dans une entreprise privée.[247]

Une décision explicite ce caractère apparemment neutre de la laïcité[248] : "Les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé"."Si les dispositions du code du travail ont vocation à s'appliquer aux agents des caisses primaires d'assurance maladie, ces derniers sont toutefois soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires". Pour un des inspecteurs du travail, la qualification de discrimination indirecte est fondamentale pour faire évoluer les mentalités dans ce domaine, compte tenu, au-delà des convictions,de la divergence des pratiques religieuses..

---

[244] Cass. Soc. 3 juil 2012 n° 10-230013 ; Cass. Soc. 6 juin 2012, n° 10-21.489; Cass. Soc. 30 sept. 2013 n° 12-14.752

[245] Cass. Soc 12 février 2013 n° 11-27689

[246] Affaire Baby Loup, Soc. 19 mars 2013, n° 11-28845 (cassation) puis Soc. 25 juin 2014, n° 13-28369 (rejet)

[247] Voir supra affaire Belge, Conclusions de l'avocat général du 31 mai 2016 , Aff. C-157/15

[248] Cass. Soc. 19 mars 2013 n° 12-11690; Neutralité aussi du RI, V. la loi El Khomri : nouvel art. L. 1321-2-1 CT

d) Discrimination et harcèlement :

Le plus souvent les juridictions cherchent à la fois la qualification de la discrimination et du harcèlement moral et non celle de harcèlement discriminatoire[249] comme une forme de discrimination qui ne nécessite pas la répétition des actes de harcèlement.[250] Une avocate pense « qu'il est important de parler de harcèlement discriminatoire comme manifestation de la discrimination car c'est souvent en raison du motif discriminatoire que les actes de harcèlement au sens de la loi de 2008 se développent. Lorsqu'on utilise les deux notions distinctement (art 1132-1 et 1152-1) les juges ne retiennent généralement que l'une des deux. » A l'inverse, pour un des inspecteurs du travail interrogé, le harcèlement aurait un caractère spécifique car il « permettrait de sanctionner une somme de comportements qui par eux-mêmes sembleraient anodins». Selon un autre inspecteur, « le harcèlement comme forme de discrimination est venue complexifier inutilement la réglementation et la jurisprudence. Cette conception mélange deux concepts juridiques différents, alors que, dans le traitement des plaintes au cas par cas, on peut décider de privilégier le harcèlement ou la discrimination (voir cumuler les deux sans les confondre), propos réitéré par un conseiller de chambre sociale d'une cour d'appel.

La jurisprudence semble confirmer une distinction effectuée entre les deux, tout en notant souvent une mobilisation couplée des deux concepts, diluant parfois la force des allégations non étayées aux dires de certains magistrats : « en mettant les deux dans le même sac, les demandeurs pensent qu'ils peuvent obtenir plus facilement gain de cause ou prouver davantage un préjudice lié à l'un ou l'autre mais cela aurait l'effet contraire de fragiliser leurs prétentions ».

S'agissant de la grossesse, un arrêt[251] reflète un cas typique de discrimination doublé de harcèlement moral: "Attendu que pour débouter la salariée de sa demande tendant à la nullité de son licenciement et au paiement d'indemnités à ce titre,

---

[249] L'étude de B. Bossu est arrivée à la même conclusion

[250] La question revêt son importance jusqu'à maintenant également parce que l'exigence de la preuve du harcèlement pour le demandeur est légèrement plus forte (établir des faits de harcèlement) alors que le demandeur présente des faits laissant supposer l'existence d'une discrimination ; mais le projet de loi El Khomri de modernisation du droit du travail, précité, propose d'uniformiser et retirer cette exigence d'établissement pour le harcèlement.

[251] Cass. Soc. 02/07/2014, n°12-29385

l'arrêt retient que les demandes relatives à la discrimination en raison de l'état de grossesse et au harcèlement moral étant rejetées, la salariée doit être déboutée de sa demande tenant à voir déclarer nul son licenciement ; Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions oralement soutenues par la salariée qui faisait valoir que son licenciement avait été précédé de mesures préparatoires prises pendant la période de protection de quatre semaines suivant la fin de son congé de maternité en violation des dispositions de l'article L. 1225-4 du code du travail, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ».

S'agissant d'une discrimination fondée sur l'état de santé, un arrêt déjà envisagé montre l'importance du harcèlement pour caractériser le préjudice subi en raison de la différence de traitement caractérisé entraînant une inaptitude physique du salarié.[252]

Selon l'attendu final de cette décision**, :** « Mais attendu que dans le cas où une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé est motivée par son inaptitude physique, il appartient à l'administration du travail de vérifier que l'inaptitude physique du salarié est réelle et justifie son licenciement ; qu'il ne lui appartient pas en revanche, dans l'exercice de ce contrôle, de rechercher la cause de cette inaptitude, y compris dans le cas où la faute invoquée résulte d'un harcèlement moral dont l'effet, selon les dispositions combinées des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 du code du travail, serait la nullité de la rupture du contrat de travail ; que, ce faisant, l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations ; Et attendu qu'ayant constaté que la salariée établissait que le harcèlement moral subi était à l'origine de son inaptitude physique, la cour d'appel en a exactement déduit que celle-ci était fondée à solliciter la réparation du préjudice résultant de la perte d'emploi ; que le moyen n'est pas fondé. »

[252] Cass. Soc 27 novembre 2013 N° 12-20301

S’agissant de l’égalité salariale, la Cour de cassation explique quelle est la nature du contrôle du harcèlement à opérer[253] : « Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs inopérants pour exclure l'application du principe d'égalité de traitement, sans se livrer à une analyse comparée de la situation, des fonctions, et des responsabilités de la salariée avec celles des autres membres du comité de direction qui relevaient tous du groupe III, et sans rechercher, comme il lui était demandé, si les fonctions respectivement exercées par les uns et les autres n'étaient pas de valeur égale à celles de l'intéressée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; Mais sur le second moyen : Vu les articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail ; Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes indemnitaires au titre du harcèlement moral dont elle avait été la victime, l'arrêt retient... Qu'en statuant ainsi, sans indiquer précisément en quoi il était établi par l'employeur que les agissements qui lui étaient imputés et dont elle avait considéré qu'ils permettaient de présumer l'existence d'un harcèlement n'étaient pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

e) Discrimination par association :

Alors que la Chambre criminelle de la Cour de cassation vient de statuer sur une discrimination fondée sur la situation familiale[254], dans l’étude Jurica depuis 2010, aucun arrêt relevé ne faisait explicitement référence à la discrimination par association alors que cette forme de discrimination a été reprise en 2015 par la CJUE dans l’arrêt CHEZ. Son utilité est de permettre de désigner comme victime de discrimination les personnes affectées par une discrimination seulement parce qu’ils ont un lien direct avec la victime sensée être protégée par la loi (même lieu de résidence, lien de parenté, lien de couple): la notion de «discrimination fondée sur l’origine ethnique», au sens de la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l’égalité de traitement entre les personnes

[253] Cass. Soc. 22 octobre 2014 N° 13-18362

[254] Le refus de renouveler le contrat à durée déterminée d’un salarié constitue une discrimination dès lors qu’est avérée la prise en considération, par l’auteur du refus, de l’engagement politique d’un membre de la famille du salarié concerné : au lieu de viser la situation familiale, la parenté peut justifier une discrimination par association liée aux opinions politiques (article 225-1 CP)., Voir Crim 21 juin 2016 n° 15-80365

sans distinction de race ou d'origine ethnique, et, notamment, des articles 1er et 2, paragraphe 1, de celle-ci, doit être interprétée en ce sens que, dans des circonstances telles que celles en cause au principal dans lesquelles l'ensemble des compteurs électriques sont, dans un quartier urbain essentiellement peuplé d'habitants d'origine rom, placés sur des piliers faisant partie du réseau de la ligne électrique aérienne à une hauteur de six à sept mètres, alors que de tels compteurs sont placés à une hauteur inférieure à deux mètres dans les autres quartiers, ladite notion a vocation à s'appliquer, indifféremment, selon que ladite mesure collective touche les personnes qui ont une certaine origine ethnique ou celles qui, sans posséder ladite origine, subissent, conjointement avec les premières, le traitement moins favorable ou le désavantage particulier résultant de cette mesure. **»**[255] La CEDH se réfère aussi à cette notion notamment en 2016[256]**.**

f) Discrimination systémique

Cette notion qui est définie par la Cour Suprême au Canada[257] n'existe pas pour l'instant en droit positif français[258]. Le rapport Pécaut-Rivolier sur l'action de groupe en propose une définition : « la discrimination systémique est une discrimination qui relève d'un système, c'est à- dire d'un ordre établi provenant de pratiques,, volontaires ou non, neutres en apparence, mais qui donne lieu à des écarts de rémunération ou d'évolution de carrière entre une catégorie de personnes et une autre. Cette discrimination systémique conjugue quatre facteurs : les stéréotypes et préjugés sociaux ; la ségrégation professionnelle dans la répartition des emplois entre catégories ; la sous-évaluation de certains emplois ; la recherche de la rentabilité économique à court terme. La particularité de la discrimination systémique étant qu'elle n'est pas nécessairement consciente de la part de celui qui l'opère. *A fortiori*, elle n'est pas nécessairement décelable sans un examen approfondi des situations par catégories. »[259] Interrogés, certains juges en font implicitement état

---

[255] CJUE 16 juillet 2015 *Chez* Aff C-83/14

[256] CEDH *Guberina v. Croatia*, 22 mars 2016, no. 23682/13

[257] Voir par exemple : *Moore c.Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61

[258] M. Mercat-Bruns, E . Boussard Verrecchia, Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? RDT 2015, p. 660
M. Mercat-Bruns, L'identification de la discrimination systémique, RDT 2015, p. 672

[259] Rapp. L. Pécaut-Rivolier, *Lutter contre les discriminations au travail : un défi*

dans la perspective de l'adoption de l'action de groupe ou en se référant à l'affaire des Chibanis de la SCNF et l'émergence d'une discrimination collective fondée sur la nationalité étranger dans les statuts professionnels[260]. Elle se rapproche de celle de discrimination indirecte qui est davantage lié aux règles touchant l'organisation de la structure des institutions.[261] Selon la Commission ontarienne des droits de la personne, « la discrimination ne s'exerce pas uniquement entre des personnes. Elle peut être plus complexe et « systémique », et enchâssée dans des modèles de comportement, des politiques et des pratiques qui font partie de la structure administrative ou la « culture » officieuse d'une organisation, d'une institution ou d'un secteur. Elle peut être ni vue ni connue des personnes qu'elle ne vise pas, placer en position de désavantage relatif les femmes qui sont, qui ont été ou qui peuvent devenir enceintes, ou faire en sorte qu'une telle position de désavantage persiste. Ces politiques, pratiques ou comportements peuvent sembler neutres en surface mais avoir un effet négatif ou préjudiciable. Ils peuvent créer ou maintenir un désavantage, et limiter les droits et possibilités des femmes en raison de la grossesse. La discrimination systémique peut inclure des éléments de discrimination manifeste et de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, qui se chevauchent et aggravent la situation».[262]

La discrimination systémique peut inclure des pratiques involontaires qui affectent certaines catégories seulement auxquelles une ancienne magistrate de la Cour de cassation a fait allusion : « la discrimination est souvent insidieuse et n'est pas visible. Et puis surtout, elle n'est pas consciente, c'est-à-dire même celui qui la pratique, il n'a pas les yeux dessus et ne se rend pas compte qu'il la pratique. Du coup la question de preuve est extrêmement délicate. C'est donc là dessus qu'il faut

---

collectif, 17 déc. 2013, p. 27

[260] CP de Paris 21 septembre 2015 n°13/09687 sur la discrimination dans l'évolution de carrière et dans l'accès à la formation et aux examens de travailleurs étrangers ayant un statut moins favorable que les salariés français.

[261] Dans *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation),* [2012] 3 R.S.C. 360, la Cour suprême du Canada a réaffirmé la définition de discrimination systémique qu'elle avait établie en 1987 dans son arrêt charnière *CN. c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, c'est-à-dire « des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort »

[262] Voir leur site : http://www.ohrc.on.ca/fr/politique-sur-la-pr%C3%A9vention-de-la-discrimination-fond%C3%A9e-sur-la-grossesse-et-l%E2%80%99allaitement/4-formes-de-discrimination-fond%C3%A9es-sur-la-grossesse-et-l%E2%80%99allaitement

réfléchir. Il y a vraiment deux manières de voir la discrimination : soit on considère que c'est un principe général social et le principe de discrimination a vocation à régir tous les rapports sociaux de telle sorte qu'on arrive à vivre ensemble dans le bien-être et dans une société moderne et égale et ça je n'y crois pas ; soit c'est un droit fondamental au niveau international, et ciblé, c'est-à-dire que la société doit bien sûr protéger tous ses individus, mais elle peut choisir, parce qu'elle doit faire des priorités dans sa protection...Je peux essayer d'aider tout le monde, mais je ne pourrai pas protéger tout le monde. ..Je vais vraiment tout faciliter, mettre en oeuvre les moyens, demander aux juges et à ce que tout le monde travaille autour de ces catégories là....Je pense que pour arriver à vraiment protéger, on ne peut faire autrement que d'avoir des priorités, et de cibler, d'arriver à une forme de hiérarchisation des critères ».

En outre, la Cour de cassation commence à apprécier la dimension collective des discriminations directes dans les conventions collectives de travail : « Une disposition d'une convention collective excluant les salariés licenciés pour cause d'inaptitude consécutive à une maladie ou à un accident non professionnel du bénéfice de l'indemnité qu'elle institue est nulle en raison de son caractère discriminatoire fondé sur l'état de santé en l'absence d'élément objectif et pertinent la justifiant. » Dans son arrêt de 2014, la Cour de cassation rappelle une nouvelle fois qu'une convention collective ne peut pas receler une discrimination ».[263] Un magistrat de la Cour de cassation nous confirme que la Haute Cour s'est retirée du contrôle de l'égalité de traitement tout en continuant à réaffirmer sa place dans le contrôle des conventions collectives à cause de la discrimination. Les juges d'appel interrogés sur les discriminations dans les accords collectifs expliquent soit qu'ils ne connaissent pas de telles affaires, soit qu'ils ne voient pas ce que cela peut recouvrir comme hypothèses de discrimination, soit précisent que c'est très peu plaidé en dehors du critère de l'âge ou du sexe.
Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation scrute ainsi les conventions collectives, parfois en interrogeant la CJUE et en anticipant une réforme

[263] Cass. Soc 8 oct 2014 n 12-29387

législative[264]: « attendu qu'il y a dès lors lieu de renvoyer à la CJUE la question de savoir si l'article 2 § 2, b, de la directive no 2000/78/CE... doit être interprété en ce sens que le choix du législateur national de réserver la conclusion d'un mariage aux personnes de sexe différent peut constituer un objectif légitime, approprié et nécessaire justifiant la discrimination *indirecte* résultant du fait qu'une convention collective... » Une discrimination *directe* est finalement retenue. En outre sur l'affiliation à l'AGIRC refusée aux assistantes sociales majoritairement des femmes, c'est la discrimination indirecte qui a été retenue[265]

Certains autres juges de cours d'appel, les inspecteurs du travail et les avocats dans les entretiens ne nient pas l'éventualité de discriminations dans les conventions collectives mais parfois semblent confondre le débat juridique sur l'égalité de traitement dans le cadre d'accords collectifs avec celui de la discrimination en matière collective. La Cour suprême affiche clairement la différence des régimes et du contrôle effectué.

Pour l'instant, les inspecteurs interrogés n'ont pas été confrontés à la question des conventions collectives discriminatoires mais certains affirment que l'incidence de discriminations dans les accords pourrait résulter du fait que « les négociateurs (employeurs et salariés) manquent de formation notamment sur le risque de discriminations liée à la définition des postes à majorité féminine ou masculine dont les responsabilités et la pénibilité ne sont pas évaluées de la même façon. Sur ce point, les stéréotypes des négociateurs joueraient considérablement, sans qu'ils en aient vraiment conscience » explique un inspecteur du travail.

4. Contentieux de la discrimination :

Comme l'explique un inspecteur du travail, l'aménagement de la preuve oriente le plaignant vers le Conseil de Prud'hommes plutôt que la voie pénale qui implique « une enquête dans l'entreprise dont les résultats sont incertains ». Le rôle de la Halde et aujourd'hui du Défenseur des droits semble clé, pour lui, dans le succès de certains contentieux en faveur des victimes des discriminations s'il existe donc en

[264] Cass. Soc. 23 mai 2012 n° 10-18.341

[265] Cass. Soc. 6 Juin 2012 no. 10-21489 ; M. Mercat-Bruns, 'Pourquoi certains métiers feministes ne rentrent pas dans le ''cadre?'', La Semaine Juridique Edition Générale no. 35, 27 Août 2012, p. 908.

parallèle une saisine du juge au civil. Parfois la simple saisine du Défenseur par une « victime présumée peut suffire pour débloquer la situation, surtout lorsque la discrimination apparait incontestable» observe un autre inspecteur du travail. Pour une avocate, le rôle du Défenseur est variable. Parfois « certains délais de traitement des dossiers sont trop longs et n'aboutissent pas et d'autres font l'objet d'un examen approfondi et les observations produites sont un appui devant les juridictions ». L'avocate poursuit : « Pour les victimes, le Défenseur est primordial car elles se sentent reconnues lorsque le Défenseur prend position en leur faveur et leur déception est grande lorsque le dossier n'est pas traité. »

Les magistrats interrogés évoquent parfois la Halde, plutôt que le Défenseur et les observations de celle-ci qui n'ont eu, pour une chambre sociale, « qu'une influence limitée sur la solution du litige ». D'autres magistrats à la cour d'appel observent « qu'ils semblent y avoir de moins en moins de dossiers dans lesquels le Défenseur des droits intervient. ». De manière générale, des magistrats à la Haute Cour confirment que la preuve de la discrimination implique la présentation « d'éléments de faits parfois obscurs ».

a) Résistance de certaines cours d'appel à l'aménagement de la charge de la preuve :

La Cour de cassation doit sans cesse rappeler que ce n'est pas au demandeur de prouver la discrimination mais seulement d'apporter les éléments de fait laissant supposer l'existence de discriminations.

« Vu les articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 2141-5 du code du travail ; Attendu d'une part, qu'en application de ces textes, lorsque le salarié présente des éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments pris dans leur ensemble laissent supposer l'existence d'une telle discrimination et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination; attendu d'autre part, que sauf application d'un accord collectif visant à en assurer la neutralité ou à le valoriser, l'exercice d'activités syndicales ne peut être pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié ;Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes, la cour d'appel énonce que si l'existence de ses mandats est effectivement évoquée dans ses

évaluations annuelles pour expliquer ses résultats au plan quantitatif, il n'est pas établi que ces observations aient interféré sur l'évolution de sa carrière, les appréciations sur la qualité du travail ne pouvant être écartées, en sorte que la salariée, compte tenu de l'emploi qu'elle occupait depuis 2001, ne prouve pas avoir subi un retard dans le développement de sa carrière et dans son salaire ; qu'en statuant comme l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés.[266] Malgré certaines censures de la Cour de cassation pour non respect des cours d'appel de cet aménagement du « risque de la preuve », il ressort des entretiens avec les juges de cour d'appel et des avocats une observation unanime : cet aménagement « a effectivement facilité la reconnaissance de situations de discrimination. ». L'utilité vient de cette possibilité de présenter certaines allégations de discrimination, éléments étayés par certains moyens de preuve (différence de salaire ou carrière....) et permet de dépasser « le débat sur l'intention de l'auteur de la discrimination. »

La Cour de cassation rappelle aussi que les éléments de preuve de la discrimination doivent être envisagés dans leur ensemble[267]**: «** Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs inopérants, sans rechercher si les éléments établis par le salarié, envisagés dans leur ensemble, ne laissaient pas supposer l'existence d'une discrimination, et, dans l'affirmative, si l'employeur justifiait ses décisions par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

La Cour de cassation peut, à l'inverse, reconnaître que l'employeur à justifier la mesure dans le cas d'une discrimination fondée sur l'âge[268] : « Attendu qu'appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis sans méconnaître le principe de contradiction, la cour d'appel, qui a constaté que la salariée présentait des éléments pouvant laisser supposer l'existence d'une discrimination, a relevé, d'une part, que l'UCO justifiait avoir

---

[266] Cass. Soc 6 mai 2014 n°12-29387. Dans le même sens : Cass. Soc 24 avril 2013 n° 11-15204 ; Cass. Soc 12 juin 2013 n° 12-14153, Cass. Soc 3 déc. 2014 n°13-21611

[267] Cass Soc. 9 décembre 2014 N°13-22212

[268] Cass. Soc. 09.07.2014, n° 12-30192

embauché 30 % de seniors en 2009-2010 et 50 % en 2010-2011, d'autre part, que la procédure de recrutement avait été prématurément interrompue avant toute audition de l'un des candidats en raison d'un désaccord entre les membres de la commission scientifique de sélection sur les critères à faire prévaloir quant aux compétences du candidat entre compétences générales en mathématiques et compétences en probabilités et statistiques ; qu'en l'état de ses constatations, elle a pu décider que la décision de l'employeur était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

b) Nouveaux moyens de preuve :

De nouveaux arrêts élargissent la panoplie des moyens de preuve apportés ou mobilisés par le juge : panels de comparaison qui concernent maintenant davantage de critères discrimination, présomption de discrimination (témoignages de préjugés, insultes), recours aux procès-verbaux d'inspecteur du travail, usage de mesures d'instruction lancée par le juge (article 145 code de procédure civile).[269] Un inspecteur du travail explique que sa perception générale de la méthode des panels est son utilité pour les « grosses masses ; elle permet d'objectiver dans une entreprise une problématique collective (femmes moins bien payées que les hommes mais plus difficile à mobiliser pour objectiver une discrimination individuelle : l'auteur supposé peut facilement apporter au regard d'une situation individuelle discriminatoire une explication (apparemment) objective ».

(1) S'agissant du pouvoir d'instruction du juge, la ré-ouverture des débats et l'Article 145 CPC :

Certains entretiens font apparaitre qu'au niveau de l'appel, les juges sont surchargés et que « leur obsession » est de « sortir les arrêts ». Donc « on fait avec ce que les gens soulèvent ». Les magistrats n'ont souvent pas le temps de ré-ouvrir les débats ou demander une expertise « sinon je sais qu'on repart pour 2 ans. Il faut vraiment que les avocats aient une réflexion là-dessus ». Parfois sont soulevés « la

[269] Article 145 du Code de Procédure civile : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. »

discrimination et le licenciement sans cause réelle et sérieuse ».... « Si on ne demande pas la nullité du licenciement, on ne peut pas la prononcer ».

« Un salarié qui s'estime victime d'une discrimination peut obtenir, en référé, la communication de documents nécessaires à la protection de ses droits, dont seul l'employeur dispose et qu'il refuse de fournir, dès lors qu'il justifie d'un motif légitime à obtenir. Le respect de la vie personnelle du salarié comme le secret des affaires ne peuvent faire obstacle à cette communication. Les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, exigés par l'article 1134-1 C.travail, ne doivent être apportés par le salarié qu'à l'étape du jugement au fond, et non en référé (ou à l'étape du bureau de conciliation) : "(...) le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ;Et attendu que la procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile n'étant pas limitée à la conservation des preuves et pouvant aussi tendre à leur établissement, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a retenu que les salariées justifiaient d'un motif légitime à obtenir la communication de documents nécessaires à la protection de leurs droits, dont seul l'employeur disposait et qu'il refusait de communiquer".[270] Les entretiens avec les magistrats d'appel reflètent le fait que l'article 145 NPC n'est pas si souvent invoqué par les parties en matière de discrimination.

Plus nombreux sont les jugements de Conseils de Prudh'ommes ordonnant à l'employeur la production d'éléments (pour la discrimination syndicale et le sexe). L'affaire Niel est la plus célèbre et elle concernait une discrimination fondée sur le sexe[271]. . D'autres affaires concernent l'état de santé.[272] : « L'exercice d'une action

[270] Cass. soc., 19 décembre 2012, n° 10-20526 10-20528: article 145 CPC (référé) et article R.1454-14 du Code du travail (demande de communication de pièces avant tout jugement au fond).

[271] Bureau de conciliation, CPH PARIS Départage 12/01/2007, NIEL c/ BNP PARIBAS, n°06/05388) publié D.O. octobre 2007 n° 711

[272] Bureau de conciliation, CPH de PARIS, départage, 9/10/2012, RETTERER c/ BNP PARIBAS n°12/01318

en justice sur le fondement d'une discrimination prohibée est un motif légitime justifiant la production des documents relatifs à al rémunération des salariés tiers au procès ». Il existe un troisième contentieux stimulant sur la discrimination fondée sur le sexe[273].

(2) S'agissant du pouvoir du bureau de conciliation :

La Cour d'Appel de PARIS[274] Pôle 6 Chbre 2 18/06/2009, c/ la société n°09-01625 réaffirme les pouvoirs d'investigation du bureau de conciliation et souligne l'obligation du bureau de répondre aux demandes de pièces du salarié.« Il convient de constater qu'en privant délibérément les parties du droit d'obtenir une réponse à leurs demandes, le président a méconnu l'étendue des pouvoirs du bureau de conciliation... »

(3) S'agissant du pouvoir de l'inspecteur du travail,

Quelques arrêts y renvoient explicitement. Selon la Cour d'Appel de PARIS[275] : « Considérant qu'en premier lieu, il convient de rappeler que les inspecteurs du travail sont des agents de l'Etat ayant prêté serment et dont l'impartialité ne saurait être contestée et que dès lors, le travail d'enquête effectué en l'espèce, ne saurait être écarté de ce chef ». La Cour de cassation s'y réfère aussi : « Après avoir examiné contradictoirement l'ensemble des éléments de fait relevés par l'inspecteur du travail dans son rapport produit à l'appui de leurs demandes par les salariés, la cour d'appel, qui a constaté que ces éléments, dont elle a vérifié la pertinence, laissaient présumer l'existence d'une discrimination »[276].

(4) S'agissant de l'usage des panels de comparaison:

Les magistrats d'appel confirment que la méthode des panels est régulièrement mobilisée mais remarquent « qu'on est bien en peine d'avoir des experts sur cette question (à part François Clerc) ». Des arrêts explicitent la méthode utilisée. Des

[273] Bureau de conciliation, CPH NANTERRE. 24/11/2011, CAUVIN c/ ASSOCIATION ARSEG n° F 11/02045

[274] Cour d'Appel de PARIS 18/06/2009, n°09-01625

[275] Cour d'Appel de PARIS 12/02/2009 n°08/08987

[276] Cass. Soc. 15/01/2014**,** n° 12-27261

salariés placés dans une situation comparable au moment de l'embauche :selon la Cour de cassation[277] qui cite la cour d'appel : « Attendu que la Cour d'appel après avoir constaté que le salarié établissait que M. G. avait connu un retard important de promotion en comparaison des autres salariés de la même catégorie et de la même ancienneté, et recherché si cette différence de traitement était fondée sur des critères objectifs de compétence professionnelle, a relevé que l'employeur ne fournissait aucun élément de nature à établir que la situation professionnelle du salarié était la seule cause de la disparité constatée (...).[278] » Prenons un exemple de la Cour d'Appel de VERSAILLES de 2014[279]: « La question n'est pas de savoir si le salarié qui se prétend discriminé occupe les mêmes fonctions que ceux avec lesquels il se compare au moment où le juge statue, mais bien de rechercher si précisément alors que le salarié était au départ dans une situation identique à celle des salariés composant le panel de comparaison, son évolution de carrière a été comparable ».

Pour un autre exemple de panel[280] :« Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants, sans examiner le panel de comparaison produit par le salarié ni vérifier si le salarié n'avait pas connu une stagnation de sa carrière en dépit de l'obtention de plusieurs diplômes dans le domaine de la sécurité pouvant être utiles à l'exercice de son activité, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».
Une difficulté avait surgi à un moment qui a été ensuite écartée. C'est celui de l'invocation de la confidentialité des données salariales[281]: selon la Cour d'Appel de VERSAILLES, : « [...] toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, une telle atteinte pouvant être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celles des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence ; Que sanctionner les demandes de communication de pièces formulées par le salarié par une irrecevabilité, comme le demande l'employeur, conduirait à interdire au salarié, victime d'une

[277] Cass. Soc. 4/07/2000 n° 98-43285

[278] Cass. Soc, 19/05/2010, n°08-44481

[279] Cour d'Appel de VERSAILLES de 2014 : 15/01/2014, n°13/01361

[280] Cass. Soc., 6/06/2012, n° 10-27694

[281] CA VERSAILLES, 19/01/2010, n° 09-00655

discrimination, de pouvoir faire valoir utilement ses droits et pouvoir calculer le rappel de salaire auquel il est en droit de prétendre en ne disposant d'aucun élément comparatif avec d'autres salariés de l'entreprise ».

Dans le même sens, la Cour d'appel de VERSAILLES[282] décide : « Attendu que si l'employeur a l'obligation de garantir la confidentialité des données à caractère personnel dont il a connaissance et qu'il conserve sur ses salariés, la nécessité de la protection de la vie privée desdits salariés ne peut faire obstacle à l'applications des dispositions législatives organisant la lutte contre les discriminations au sein de l'entreprise »[283].

De nombreuses personnes interrogées observent que cette méthode des panels n'est utilisée que pour certains critères : la discrimination syndicale et celle fondée sur le sexe. Pourtant une avocate remarque que « c'est un outil statistique ramené à l'environnement du salarié. La méthode peut être utilisée pour n'importe quel motif discriminatoire dans l'emploi, dès lors que la discrimination a pour effet de ne pas permettre au salarié d'avoir la même évolution professionnelle que les autres salariés. »

Pour un président de conseil de prud'hommes, elle semble inadaptée pour certains critères très personnels comme l'orientation sexuelle ou l'appartenance religieuse et dans les petites entreprises. Elle serait adaptée à l'évolution de la rémunération liée à la carrière, moins « opérationnelle » pour les discriminations « instantanées » (l'embauche), sans dimension collective mais nécessitant « une comparaison qui peut être faite sur une période suffisamment longue», observe un magistrat. Il rajoute que « la difficulté de constitution des panels est proche de celle à laquelle donne lieu la délimitation des « catégories » pour l'application des critères de l'ordre des licenciements ».

c) Preuve de la réparation et diversification des préjudices

Les juridictions distinguent de plus en plus le préjudice moral et le préjudice matériel. Par ailleurs le préjudice lié au harcèlement distingue le préjudice individuel et le

---

[282] CA Versailles 18/03/2011, n°10-27694

[283] ou encore CA PARIS, 14/01/2010, n° 09/07595) ; Soc. 19/12/2012, n°10-20526

préjudice lié à l'absence de prévention du harcèlement[284] L'appréciation du montant du préjudice moral par la Cour d'appel n'est souvent pas réévalué à la hausse : « Considérant que la salariée qui a fait l'objet d'un traitement discriminatoire.... le paiement du discriminatoire subit nécessairement un préjudice (moral) qui a été exactement réparé par l'allocation de la somme de 2 500 € »[285].

Cependant, il existe une récalcitrance de la Cour de cassation à reconnaître la nécessité pour les juges du fond de justifier l'évaluation d'un montant minimal des dommages-intérêts alloués (6 mois de salaire), comme le rappelle un arrêt récent[286] : « mais attendu que la cour d'appel, qui n'avait pas à suivre le salarié dans le détail de son argumentation a, sans méconnaître les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, fixé le montant des dommages et intérêts auxquels elle a condamné l'employeur conformément aux dispositions des articles L. 1152-3 et L. 1235-3 du code du travail en fonction du préjudice subi par le salarié, à une somme dont il n'est pas allégué qu'elle serait inférieure à ses salaires des six derniers mois ; que le moyen, qui se borne à tenter de remettre en discussion son appréciation souveraine, n'est pas fondé. »

d) Attentes face à l'action de groupe :

En droit du travail particulièrement, il existe une certaine mobilisation par des acteurs sociaux et juridiques pour soutenir une action groupe dont les titulaires de l'action seraient les syndicats et/ou les associations.[287] Certains magistrats interrogés ne savent pas forcément ce que pourrait apporter une action d'une telle nature. D'autres considèrent que c'est une fausse bonne idée compte tenu des conseils de prud'hommes et cours d'appel « qui n'ont pas les moyens matériels et

---

[284] Cass. Soc 19 Nov 2014 N° 13-17729

[285] CA VERSAILLES. 08/01/2009, n°07-04520

[286] Cass. Soc. 13 juil. 2016 n°15-12344

[287] Voir A la suite du rapport Pécaut Rivolier de déc. 2013 (http://www.justice.gouv.fr/la-garde-des-sceaux-10016/lutter-contre-la-discrimination-au-travail-26461.html et le rapport du groupe de travail de F. Rebsamen sur les discriminations au travail : le groupe de travail sur la lutte contre les discriminations installé au mois d'octobre 2014 par François Rebsamen, ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social et par François Kanner, ministre de la ville a rendu son rapport le 19 mai 2015 qui préconise l'action de groupe.

humains de traiter des actions de groupe », même si le projet actuel semble s'orienter plutôt vers l'implication des TGI pour la phase de qualification de la discrimination. Le reproche fait est de se focaliser sur « l'accès au droit par l'ouverture de l'action de justice » plutôt que sur « le délai raisonnable pour obtenir un jugement ». Autrement dit ce recours pourrait avoir « l'effet inverse de celui escompté qui doit rester la facilitation de l'accès des justiciables à des décisions équitables, juridiquement motivées et rendues dans un délai raisonnable. »

L'article 20 du projet vise une conception restreinte de la discrimination recherchée par l'action de groupe et du groupe de rattachement: c'est lorsque plusieurs personnes placées dans une situation *similaire* subissent un dommage causé par une *même* personne, ayant pour *cause commune* un manquement de *même* nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur. Il sera donc, avec le projet actuel, plus difficile d'embrasser les discriminations systémiques (comme les plafonds de verre) qui sont parfois plus subtiles (combinaison de discriminations directes et indirectes), moins linéaires (sans causalité toujours claire, pas de cause commune) et rarement imputables à qu'une personne dans un temps t.

A l'époque de l'écriture initiale de ce rapport, le projet en cours d'adoption limitait dans l'emploi les titulaires de l'action de groupe « discrimination », réservée aux syndicats. Les associations ne pouvaient intervenir qu'au recrutement ;[288] cette fermeture de l'action était déplorée par les avocats interrogés.[289] Le projet de loi « Egalité et citoyenneté » adopté en 1ère lecture par l'assemblée nationale[290], a prévu une action de groupe en matière de discrimination au travail ouverte aux syndicats et aux associations dans l'emploi. Mais l'article (60) a été adopté contre l'avis du

[288] La dernière mouture est le projet de loi de modernisation de la justice du XXIème siècle, n° 3872, déposé le 22 juin 2016.et renvoyé à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république ; discussion le 29 juin et séances de débats du 11 au 13 juillet 2016

[289] *Art. L. 1134-7*. – Une organisation syndicale de salariés représentative au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 peut agir devant une juridiction civile afin d'établir que plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou plusieurs salariés font l'objet d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un même motif parmi ceux mentionnés à l'article L. 1132-1 et imputable à un même employeur.« Une association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap peut agir aux mêmes fins, en faveur de plusieurs candidats à un emploi ou à un stage en entreprise.

[290] http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0787.asp

gouvernement qui a rappelé qu'une action de groupe est prévue par le « projet de loi modernisation de la justice également adopté en 1ère lecture par l'assemblée nationale limitant les associations aux actions liées au recrutement.[291]
D'après la dernière version du projet au moment de l'écriture initiale de ce rapport, la ou les personnes s'estimant discriminées devront donc saisir un syndicat ou une association déclarée depuis au moins cinq ans, intervenant dans le domaine de la lutte contre les discriminations, qui pourront agir en justice. Selon l'Art. L. 1134-8 CT (proposé), l'action peut tendre à la cessation du manquement et, le cas échéant, en cas de manquement, à la réparation des préjudices subis.[292]

Selon l'Art. L. 1134-10 CT (proposé), « lorsque l'action tend à la réparation des préjudices subis, elle s'exerce dans le cadre de la procédure individuelle de réparation...Le tribunal de grande instance connaît des demandes en réparation de la discrimination auxquelles l'employeur n'a pas fait droit. »

Cette nouvelle forme d'action peut favoriser la détection des discriminations indirectes et directes issues de pratiques collectives largement utilisées comme l'observe un inspecteur du travail et la réparation des préjudices discriminatoires au niveau d'un groupe, en facilitant l'accès des victimes au droit et l'accès à la preuve. En effet, les acteurs juridiques en droit du travail notamment certains magistrats, les avocats et les inspecteurs semblent en majorité considérer l'action de groupe comme utile pour l'accès au droit des « personnes restées isolées », même s'il existe des

---

[291] http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/justice_21e_siecle.asp: Discussion future au cours des séances des mardi 27 , mercredi 28 et jeudi 29 septembre 2016

[292] « Sauf en ce qui concerne les candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation, sont seuls indemnisables dans le cadre de l'action de groupe les préjudices nés après la réception de la demande mentionnée à l'article L. 1134-9 CT. « Selon l'Art. L. 1134-9, préalablement à l'engagement de l'action de groupe mentionnée à l'article L. 1134-7, les personnes mentionnées au même article L. 1134-7 demandent à l'employeur, par tout moyen conférant date certaine à cette demande, de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée. Ces efforts de médiation sont loués par une des associations interrogées, favorable à la prévention ou au règlement à l'amiable des conflits liés à la discrimination.

« Dans un délai d'un mois à compter de cette demande, l'employeur en informe le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, ainsi que les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. À la demande du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, ou à la demande d'une organisation syndicale représentative, l'employeur engage une discussion sur les mesures permettant de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée.

« L'action de groupe engagée en faveur de plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou en faveur plusieurs salariés peut être introduite à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la demande tendant à faire cesser la situation de discrimination collective alléguée ou à compter de la notification par l'employeur du rejet de la demande ».

désaccords entre eux sur la nature du dispositif à mettre en place. S'il est adopté en l'état, la loi réservera le monopole de l'action en droit du travail aux syndicats selon certains avocats en dehors de la discrimination au recrutement. Certains relèvent aussi l'impact médiatique qu'auraient ces actions.

D'autres avocats considèrent que l'action peut conforter les personnes dans l'idée que la discrimination ressentie est réelle et qu'il est possible de la combattre. L'affaire des « Chibanis[293] » illustre, d'après un magistrat, parfaitement un exemple où l'action de groupe fait sens. Une magistrate résume l'intérêt d'une telle action : « non seulement on est en amont sur des choses qui peuvent être collectives, donc il faut pouvoir les exprimer de façon collective, mais en aval quand on est dans le collectif c'est plus facile, car on peut agir à plusieurs ; c'est plus visible, la preuve est infiniment plus facile, on est moins exposé à titre individuel. A partir du moment où on reconnait qu'il y a un caractère collectif à la discrimination, il faut reconnaitre une action collective car tout le reste en découle. »

E. Résultats de la recherche interdisciplinaire sur les Pays-Bas

1. L'égalité au prisme de la non-discrimination

Tous nos interlocuteurs, dès notre premier voyage, expriment l'idée d'une complémentarité importante des notions de non-discrimination et d'égalité.

Pour Rikki Holtmaat de l'Université de Leiden, la non-discrimination et l'égalité sont les deux faces d'une même aspiration à l'égalité de traitement. La non-discrimination traduirait une approche « plus opérationnelle » des droits de l'Homme (Holtmaat) ou renverrait à la justice plus qu'au droit dans la lutte contre les stéréotypes (J. Goldschmidt). Il n'y a pas forcément une incompatibilité ou une distinction infranchissable entre l'égalité et la non-discrimination mais davantage une perception d'interdépendance entre les deux notions tirée des entretiens. Pour Jenny

[293] Affaire précitée

Goldschmit, l'égalité est un "métaprincipe" mais l'égalité se décline à trois niveaux: un principe général, un principe légal et un instrument codifié. Donc il s'inscrit dans le droit positif au même titre que la non-discrimination. Pour Rikki Holtmaat, il est essentiel de formuler les questions juridiques en référence au terme de non-discrimination et pas seulement d'égalité.

L'Article 1 de la Constitution néerlandaise consacre le principe de l'égalité de traitement, sans pour autant faire mention de la non-discrimination et sans qu'un changement sémantique visant à remédier à cette absence ne fasse réellement débat, malgré la demande exprimée en ce sens par certains juristes. La loi adoptée en 1983 fait elle aussi référence à l'égalité de traitement, et non à la prohibition des discriminations. Le terme de discrimination est ainsi réservé essentiellement au droit pénal. Malgré sa place limitée dans les textes, le concept de non-discrimination tient une place importante aux Pays-Bas aussi bien dans l'action militante des associations que dans les politiques publiques. Il n'y a ainsi pas d'incompatibilité ou de distinction nette entre l'égalité et la non-discrimination, mais davantage la perception d'une coexistence articulée des deux notions. Tout aussi présents l'un que l'autre, les deux discours existent en parallèle. Cette étude a néanmoins montré que les registres de l'égalité et de la non-discrimination – de même que les outils de la *hard law* ou de la *soft law* associés à ces différentes notions – semblent être mobilisés différemment selon le type et le critère de discrimination concerné.

La généalogie même de la notion de non-discrimination aux Pays-Bas explique en partie cette articulation forte des deux notions. En effet, comme nous l'ont confirmé les anciens activistes interrogés Evenhuis et de Wildt, l'histoire de la non-discrimination aux Pays-Bas n'est pas celle d'une déclinaison nationale d'une notion communautaire, mais la reconnaissance d'une revendication développée au sein du monde militant, puis exportée vers l'Union Européenne (UE). Dès la fin des années 1970 et le début des années 1980, les militants et militantes féministes, LGBT et antiracistes s'approprient en effet la notion de discrimination, en plus de celles d'émancipation et d'égalité de traitement, grâce à une certaine proximité avec le monde anglophone, notamment le Royaume-Uni et un combat dans le domaine de l'accès au logement et à l'emploi. Au niveau national, ces actions de lobbying provenant du secteur associatif mèneront à la création de la Commission pour l'égalité de salaire en 1975, transformée en Commission pour l'égalité entre les femmes et les hommes en 1980 et incorporée dans la Commission pour l'égalité de

traitement qui sera créée en 1994 sur le modèle de la *Commission for Racial Equality* au Royaume-Uni (la ETC, aujourd'hui le College voor de Rechten van de Mens)[294]

Parmi ceux qui ont œuvré à ces développements, on compte notamment le *Clara Wichmann Instituut*[295] et le *National Bureau against Racial Discrimination (*LBR ou *Landelijk Bureau ter bestrijding van Rassendiscriminatie*)[296], deux acteurs pour lesquels la notion de discrimination et le recours au droit tiennent une place centrale dans les stratégies militantes dès cette période[297]. A l'origine, la question de l'immigration des personnes du Suriname et l'arrivée des personnes en milieu urbain ont posé un premier défi d'intégration. Un bref retour historique suffit ainsi à montrer qu'aux Pays-Bas, la non-discrimination a très tôt été perçue comme un outil juridique essentiel. En effet, si l'égalité semble avoir longtemps conservé le statut de « méta-principe » guidant les efforts des acteurs concernés, la non-discrimination est devenue l'instrument perçu comme étant le plus opérationnel pour atteindre l'égalité de traitement.

Aujourd'hui, comme nous l'a expliqué D. Houtzager, c'est à une évolution du cadrage de la lutte contre les discriminations que l'on assiste, avec la montée en puissance d'une approche basée sur les droits de l'Homme. Celle-ci s'est institutionnalisée avec la création en octobre 2012 du *College voor de Rechten van de Mens* **(***Collège pour*

---

[294] Jenny Goldschmidt : Protecting Equality as a Human Right in the Netherlands. From Specialised Equality Body to Human Rights Institute, *The Equal Rights Review*, 8(1), 2012, p. 33.

[295] Fondée en 1983 sous l'impulsion de mouvements féministes, la fondation *Clara Wichmann Instituut* a pour but d'améliorer la situation des femmes à travers l'action juridique, en accompagnant les plaignantes et en les soutenant financièrement quand l'action engagée promet d'avoir un impact plus large au niveau national ou européen. La Fondation se concentre donc essentiellement sur le litige stratégique et l'aide juridique (en matière de sécurité sociale et d'égalité de rémunération, par exemple). Aujourd'hui, le réseau continue d'exister à travers l'association *Vrouw en Recht* (Femmes et Droit), bien que la Fondation ait mis fin à ses activités de soutien juridique en 2004, pour manque de financements

[296] Le *National Bureau against Racial Discrimination* est également fondé dans les années 1980 par des juristes militants qui entretiennent des liens très étroits avec des mouvements similaires à Bruxelles et à Londres. Au-delà du lobbying exercé aux Pays-Bas en vue de la reconnaissance des discriminations de personnes immigrées, le *National Bureau against Racial Discrimination* sera l'un des fondateurs de la *Starting Line Group*, une organisation qui a activement œuvré à l'inclusion de la notion de non-discrimination dans le traité d'Amsterdam et, plus tard, à l'adoption de la directive européenne « race ». Sur le rôle de la *Starting Line Group* voir : Solanke Iyiola, *Making Anti-Racial Discrimination Law: A Comparative History of Social Action and Anti-Racial Discrimination Law*, London, Routledge, 2009, ainsi que Geddes Andrew, « Britain, France, and EU Anti-Discrimination Policy: The Emergence of an EU Policy Paradigm », *West European Politics*, vol. 27, n° 2, 2006, p. 334-353.

[297] Entretien avec Carien Evenhuis, activiste féministe et membre du groupe de travail sur la législation antidiscriminatoire au Ministère des Affaires Sociales et de l'Emploi et Jeroen de Wildt, ancien président du groupe de travail interministériel sur la législation antidiscriminatoire, Ministère des Affaires Sociales et de l'Emploi.

les Droits de l'Homme) qui remplace la *Commission pour l'égalité de traitement*. La doctrine juridique participe à la visibilité du travail du Collège des droits de l'Homme en commentant régulièrement les délibérations (Rodrigues). Ce changement a eu des effets jugés à la fois positifs et négatifs pour le travail du Collège en ce qui concerne spécifiquement la non-discrimination. D'une part, sa nouvelle position en tant qu'institution de statut A au niveau international et, d'autre part, sa mission axée sur les droits de l'Homme confèrent au Collège la possibilité de tenir un rôle davantage politique, ainsi qu'il l'a fait à propos de l'affaire du « Black Piet »[298] ou dans le procès contre Geert Wilders[299].

Si, aux Pays-Bas, de telles caractéristiques et évolutions semblent avoir favorisé la mobilisation du droit par les acteurs de la non-discrimination, on observe cependant un glissement de plus en plus fort vers des stratégies de prévention et un usage des outils de *soft law*, l'objectif étant de présenter les enjeux de la lutte contre les discriminations sous un angle plus « positif », jugé de nature à favoriser le dialogue social. Non sans parallèle avec le cas français[300], c'est de cette approche que participe la « Charter Diversiteit », lancée en juillet 2015[301].

2. Un discours ambivalent sur la non-discrimination :

Tous nos interlocuteurs semblent s'accorder sur l'évolution positive vers un discours sur les droits de l'Homme qui permet, comme l'égalité, de fédérer la société autour des problématiques de discrimination, de créer un dialogue entre les différents acteurs, de faire le lien avec les engagements internationaux des Pays-Bas en matière de droits de l'Homme (par exemple pour les droits LGBT) tout en évitant l'effet stigmatisant et victimisant du droit anti-discriminatoire (Marcel Zwamborn). La

---

[298] La figure du « Black Piet » ou « Zwarte Piet », omniprésent en novembre et décembre, représente le serviteur noir du Père Noël. Elle incarne, pour certains, une figure de Noël adorée et, pour d'autres, un symbole du racisme d'une société postcoloniale. Cette affaire est symptomatique des tensions autour des questions du racisme de la société néerlandaise et a fait débat bien au-delà des Pays-Bas. Le Collège dans ce contexte difficile a déclaré la « Black Piet » discriminatoire en 2014, jugement réitéré en 2015.

[299] Le Collège s'est prononcé en faveur d'une condamnation de Geert Wilders, homme politique et fondateur du « Parti pour la liberté » (PVV) nationaliste, à l'occasion de son procès pour incitation à la haine contre les habitants musulmans des Pays-Bas. On pourra consulter la position du Collège à l'adresse suivante ; http://www.mensenrechten.nl/toegelicht/uitlatingen-geert-wilders-over-%E2%80%98marokkanen%E2%80%99. Page consultée le 23 novembre 2015.

[300] Réjane Sénac, *L'invention de la diversité*, *op. cit.*

[301] Se reporter à : http://diversiteitinbedrijf.nl/

question de l'articulation entre liberté, dignité et égalité est présente dans le discours sur les droits de l'Homme à travers l'égale liberté de participer des minorités ou des exclus au processus démocratique ou d'empowerment (Goldschmidt).

Le droit de la non-discrimination ne disparaît pas pour autant comme le précise également Dick Houtzager, commissaire au nouveau Collège pour les droits de l'Homme, institution qui continue à parler de « discriminations » dans leur communications publiques et de statuer sur des pratiques discriminatoires qui affectent une diversité de victimes, non seulement en raison de leur origine mais aussi en raison de leur handicap, orientation sexuelle ou âge. Le discours et les poursuites judiciaires liées à la discrimination sont souvent liés à la répression et au droit pénal (Marcel Zwanborn) et concernent principalement les critères race/origine ethnique et orientation sexuelle, en raison d'une proactivité forte affichée du service du Procureur que nous avons rencontré Paul Velleman.

3. Les acteurs et le paysage institutionnels

L'engagement de la société civile pour la non-discrimination dès les années 1980 est un facteur déterminant pour comprendre l'infrastructure institutionnelle actuelle au Pays-Bas. L'histoire plus ancienne de cette notion et le fait qu'elle ait été introduite par un processus « *bottom-up* » a pu produire un réseau d'acteurs multiples qui opèrent à différents niveaux et entre lesquels il existe une forte coordination.

a) Un réseau associatif important

Le cœur de ce réseau est constitué des agences régionales qui forment en quelque sorte la prolongation des organisations antérieures décrites dans la partie précédente. Mis en place en 1985, le *National Bureau against Racial Discrimination*, désormais nommé « *Artikel 1* » (en référence à l'Article 1 de la Constitution portant sur l'égalité de traitement), a intégré dans son organisation un certain nombre d'associations locales plus petites qui opèrent néanmoins de manière assez indépendante. Avec d'autres organisations régionales telles que RADAR à Rotterdam ou le MDRA à Amsterdam, Artikel 1 est une force innovatrice importante pour la lutte contre les discriminations. Ces organisations sont établies depuis

longtemps et reconnues en tant qu'acteur politique à la fois par les victimes de discriminations, la population de manière plus générale et les pouvoirs publics.

Reconnaissant la force d'un système d'accueil local qui était déjà bien développé mais qui ne couvrait pas le territoire dans son ensemble, Els Borst, femme politique du parti politique social-libéral « Démocrates 66 » et ancienne ministre de la Santé, a proposé une loi pour élargir et rendre encore plus efficace ce système d'agences locales. Cette loi, entrée en vigueur en 2009, a permis de développer des infrastructures d'accueil au niveau municipal, garantissant à tous les citoyens l'accès à un « service anti-discrimination ». Les municipalités reçoivent une aide financière du gouvernement selon le nombre d'habitants. La mise en place de ces services a été accompagnée en 2009 d'une campagne nationale pour faire connaître les agences locales et inciter les personnes discriminées à venir signaler leurs expériences (« *Do you have to leave yourself at home when you go out?* »). Ainsi, le nombre de signalements de discriminations a-t-il beaucoup augmenté : selon un rapport du Conseil de l'Europe, ce nombre a triplé l'année de la campagne[302].

Initialement soutenue par les anciens bureaux d'accueil et associations, les échos sur la réforme sont aujourd'hui mixtes. Le réseau d'agences est actuellement très hétérogène : il est constitué d'agences régionales très anciennes, de structures plus petites et moins professionnalisées mais qui ont également accumulé une expérience importante ou encore de structures créées en 2009, suite à la réforme des services anti-discrimination. D'après nos interlocuteurs sur le terrain (Treisscheijn), beaucoup de points d'accueil municipaux souffrent d'un manque de moyens et de personnels qualifiés. Certains opèrent uniquement sur la base du volontariat et ne sont pas toujours en mesure d'accompagner de manière adéquate les victimes de discrimination. Rares sont les cas de signalement dans une telle structure qui remontent par la suite au Collège pour les droits de l'Homme ou finissent devant le juge. Des acteurs comme Marcel Zwamborn ou Cyriel Treisscheijn plaident aujourd'hui pour un système d'agences régionales pouvant regrouper les ressources nécessaires et travailler avec les politiques locales et d'autres acteurs

[302] Rapport du Conseil de l'Europe, Examples of good practice in the field of protection and promotion of Human Rights. In response to the invitation by the Commissioner for Human Rights. Example from the Netherlands - Municipal Anti-Discrimination Services:
http://www.coe.int/t/commissioner/Activities/GoodPractices/Netherlands_antidiscriminationservices.pdf

(police, procureurs etc.). Cela permettrait de travailler mieux avec les associations locales et de quartiers déjà existantes (engagés dans la lutte contre les discriminations ou non, associations culturelles, toutes sortes de permanence juridiques etc.) pour promouvoir un point de contact régional de ces structures qui assurent déjà un service d'accueil des citoyens et citoyennes.

Les représentants d'une agence locale interviewés au cours de cette étude offrent néanmoins une autre perspective : celle du « (legal) empowerment » et l'accent sur l'écoute des victimes et de leurs expériences discriminatoires. Si en effet, par manque de moyens, l'accent souvent n'est pas mis sur le litige, ce travail d'écoute et de conscientisation de l'accès et le pouvoir du droit sont vus comme essentiel pour les victimes qui souvent ne voudront de toute façon pas s'engager dans une procédure juridique, souvent trop coûteuse et trop longue.

b) Une autorité incontournable : le College voor de Rechten van de Mens (Collège pour les Droits de l'Homme)

Le *College voor de Rechten van de Mens* (NIHR[303]) déjà mentionné est un autre acteur clé de la lutte contre les discriminations. Le Collège reprend toutes les fonctions de son prédécesseur, la Commission pour l'égalité de traitement, mais ses champs d'intervention potentiels ont été élargis. Le Collège peut être saisi par des individus victimes de discrimination ou par des organisations. Suite à une saisine, le Collège décide s'il y a eu discrimination d'après la législation en vigueur et donne un avis aux parties concernées quant à une réparation éventuelle et quant à la manière d'éviter les discriminations à l'avenir. L'institution a un pouvoir d'investigation à l'issue de laquelle une audition est organisée dans les locaux du Collège à Utrecht en présence des membres du Collège. Ces procédures sont gratuites pour celles et ceux qui saisissent le Collège ; elles constituent, avec les agences locales, un réseau facile d'accès et une alternative importante à des procédures juridiques très coûteuses. Les avis du Collège sont, selon une estimation du ministère de l'Intérieur, suivi dans environ 75 % des cas[304]. En plus de cette fonction extra-judiciaire, le

[303] Ce sigle renvoie à la traduction anglaise : National Institute of Human Rights.

[304] Entretien avec une représentante du Ministère de l'Intérieur le 23 juin 2015 à La Haye.

Collège joue un rôle de conseiller important pour le gouvernement et il est consulté régulièrement. Un interlocuteur (Zwamborn) craint un risque de « dilution des discriminations », noyées dans un combat plus large pour les droits de l'Homme et une perte en efficacité de l'institution depuis la réforme de 2012.

c) En droit pénal : le rôle du Procureur et de la police

Les victimes de discriminations peuvent également se tourner vers la police qui dispose d'un Centre d'expertise national pour les discriminations. Celui-ci est en charge de la coopération avec les agences locales et de la réflexion interne sur les discriminations[305]. Depuis 1998, la police dispose d'un service, nommé « *Pink in Blue* », spécifiquement consacré aux discriminations en raison de l'orientation sexuelle ; il est composé d'agents de police spécialement formés et sensibilisés à la question, ce qui facilite grandement l'accès à la police pour les victimes. Néanmoins, ce service existe, pour l'instant, uniquement dans la ville d'Amsterdam.

Dans ce champ, un Centre national d'expertise pour les discriminations (LECD-OM) a été mis en place en 1998 au sein du service du Procureur. Toutes les données obligatoirement enregistrées par la police sont transférées à ce service qui décide s'il s'agit d'une discrimination ou non, et s'il y a lieu de poursuivre la plainte. De plus, un procureur spécialisé « discrimination » dans chaque service régional traite toutes les plaintes dans la région. Ces procureurs régionaux sont coordonnés par le Centre d'expertise national. Le service de Procureur interrogé affiche une volonté farouche de poursuivre toute plainte de discrimination sans influence du pouvoir politique. Un interlocuteur (Zwamborn) nuance beaucoup ce propos sur l'indépendance de ce service.

d) Action ministérielle

Au niveau politique, la lutte contre les discriminations est prise en charge par cinq ministères différents. Les responsabilités sont partiellement réparties à l'aide des critères de discriminations. Le ministère de la Santé est en charge des discriminations des personnes handicapées. Le ministère de l'Education couvre les

[305] Par exemple, en ce qui concerne les contrôles au faciès.

discriminations envers des personnes de la communauté LGBT et des femmes. Le ministère des Affaires sociales et de l'Emploi s'occupe des discriminations sur le marché du travail en raison de tous les critères et dispose d'un département pour l'Intégration qui est en charge des discriminations ethno-raciales et/ou religieuses. Enfin, le ministère de la Justice est responsable des procédures pénales et de l'avancement de la législation, tandis qu'un rôle de coordination de l'action ministérielle a été confié au ministère de l'Intérieur en 2013 suite à la création des services locaux pour les victimes de discrimination qui opèrent également sous la responsabilité du ministère de l'Intérieur.

Selon Suzanne Koelman, spécialiste juridique des questions d'égalité de traitement et de non-discrimination, ce rôle de coordination se traduit par des plans d'action renouvelés tous les 5 ans et actuellement, par la mise en oeuvre d'une large campagne (télévision, site internet, réseaux sociaux). Promesse du ministre des Affaires sociales au parlement, cette campagne ne vise pas un critère ou un type de discrimination en particulier, mais a pour but la promotion de la "tolérance et de l'empathie" (Suzanne Koelman). Le ministère des Affaires Sociales et de l'Emploi, actuellement sous la direction du ministre Lodewijk Asscher, membre du parti travailliste (Partij van de Arbeid), est devenu ces dernières années, au-delà de l'initiative de la campagne, un moteur important pour la mise en oeuvre de la non-discrimination et développe des liens étroits avec le Collège pour les droits de l'Homme mais aussi avec les agences locales et d'autres associations, nationales et internationales. Dans le cadre du dernier plan d'action contre les discriminations sur le marché du travail, ce sont surtout les discriminations indirectes qui ont été mises en avant et qui sont actuellement en débat au sein du ministère selon Natasja Moritz, conseillère principale sur la lutte contre les discriminations au ministère des Affaires sociales et de l'Emploi.

On voit ici qu'à la différence d'autres pays, notamment la France, les Pays-Bas disposent d'une infrastructure publique assurant une très forte coordination, avec une présence sur tout le territoire. Les victimes de discriminations ont le choix entre plusieurs interlocuteurs (agences locales, Collège, police) qui peuvent être plus ou moins adaptés aux types de discrimination ou à la situation et aux attentes de la personne. Les échanges entre ces différents acteurs sont assurés par des modalités concrètes, notamment par des réunions régulières : le centre d'expertise LECD du

bureau du Procureur se réunit environ toutes les 6 semaines avec la police, les procureurs locaux spécialisés en discrimination et les agences locales et/ou régionales. De même, la coordination entre agences locales/régionales avec les municipalités et la police peut être très étroite dans certaines régions. Ainsi, RADAR, association d'accueil à Rotterdam a créé un partenariat avec la police. Au-delà de réunions très régulières et d'une consultation entre RADAR et le chef de police, les deux structures ont mis en place une base de données pour identifier les cas de discriminations parmi les plaintes enregistrées dans la région. A l'aide de mots clés les bases internes de la police peuvent être analysées toutes les deux semaines par des salariés de RADAR, spécialement formés et bénéficiant d'une habilitation de sécurité (*security clearance*) spécifique. En revanche notre interlocuteur de Radar, Cyriel Triesscheijn, mentionne qu'il n'existe aucune relation ou coordination particulière avec les juridictions dans ce domaine.

Les trajectoires des personnes interviewées au cours de cette enquête montrent bien les liens étroits et l'échange possible entre les différents acteurs de la non-discrimination : cette approche transversale des pratiques favorisent des synergies entre le monde associatif, institutionnel, universitaire et parfois même politique. Ce système à multiples échelles, facile d'accès, gratuit en interaction avec des acteurs spécialisées (projet « *Pink in Blue* » de la police) semble particulièrement apte à favoriser le signalement des discriminations par les victimes et l'engagement éventuel de procédures contentieuses. Néanmoins, ce constat doit être nuancé, les acteurs faisant face à deux obstacles cardinaux. D'une part, alors que les agences régionales ont connu une professionnalisation accrue, de nombreux services municipaux souffrent d'un manque de formation, de ressources et donc d'expertise en droit de la non-discrimination. D'autre part, le coût très élevé des procédures en droit civil et le manque de conseil juridique limitent le nombre de procédures civiles contentieuses engagées, tout en favorisant davantage encore la saisine du Collège.

4. Défis actuels de la non-discrimination aux Pays-Bas

a) Restriction de la hard law, extension de la soft law :

Les Pays-Bas semblent, eux aussi, être pris dans une ambivalence entre le recours à la *soft law* et à la *hard law*. Les deux stratégies existent et sont employées mais

sont mobilisées différemment en fonction des organisations, des types de discrimination et du critère invoqué.

Il semble que l'instrument de la *hard law*, les procès civils, les réclamations auprès du Collège des droits de l'Homme, la poursuite des plaintes pénales, etc., sont désormais réservés à des cas et des critères spécifiques. Cette perception est partagée à la fois par des acteurs gouvernementaux et associatifs[306]. Comme en France, en dehors d'une volonté de poursuites pénales pas toujours effectives, une valorisation d'une stratégie menée au nom des droits de l'Homme permet de privilégier l'usage d'instruments de la *soft law,* des chartes, le dialogue social, et la médiation. Après de longues années d'expérience et de mobilisation du droit de la non-discrimination, celui-ci est souvent perçu comme générant trop de tensions au sein de la société sur des sujets qui « demandent un véritable dialogue social dans le temps ». Ainsi, quand il s'agit des discriminations contre les femmes, les personnes handicapées et, dans une moindre mesure, les personnes LGBT, nombre de nos interlocuteurs parlent d'un enjeu d'émancipation ou d'égalité plutôt que de non-discrimination. Malgré une tradition de l'usage du droit au service de ces causes, l'outil juridique est perçu comme moins nécessaire car les inégalités font consensus (« tout le monde sait que ce n'est pas juste ») ; d'où la recherche de moyens concrets sur le terrain pour pallier les différences de traitement qui persistent.

La situation est sensiblement différente au regard des questions raciales car elles clivent tout autant la société que les acteurs de la non-discrimination. Comme en France, la prise en compte des discriminations raciales et ethniques constitue un des défis principaux de la société néerlandaise (Houtzager) mais la lutte contre les discriminations (race et religion) peut être vue comme délicate (Rodriguez), voire contre-productive (Goldschmidt).

Dans ce domaine, la *hard law* est souvent évoquée comme l'outil légitime et adapté pour poursuivre les discriminations raciales. Cependant, la police et surtout le Centre national d'expertise du service du Procureur ont fait l'objet de critiques invoquant le peu de poursuites effectives. En effet, si les plaintes auprès de la police sont très

[306] Jenny Goldschmidt, ancienne présidente de la Commission pour l'égalité de traitement, ancienne directrice de l'Institut pour les droits de l'Homme de l'Université d'Utrecht (SIM), Professeure de Droit émérite, et Cyriel Triesscheijn, directeur de RADAR/Art. 1, centre d'expertise pour l'ensemble des agences locale insistent ainsi sur l'importance de créer des liens entre acteurs et porter le dialogue.

nombreuses, rares sont les cas poursuivis par le Procureur (Zwamborn). Cela produit une certaine perception de la question raciale : les procédures pénales engagées traitent souvent de discriminations directes où l'intention est claire et qui ont souvent été très médiatisées – et pour lesquelles les preuves sont donc disponibles. Il s'agit le plus souvent d'insultes sur les réseaux sociaux ou de la part du pouvoir politique.

La *hard law* est alors perçue comme quelque chose de puissant et de symbolique à mobiliser dans des hypothèses de discriminations jouissant d'une forte visibilité au sein de la société. Alors qu'il existe une position de principe fortement favorable à la *hard law* s'agissant de la nécessaire répression des discriminations raciales qui traversent la société, en pratique, ce ne sont ni les discriminations indirectes ni les discriminations systémiques qui sont dénoncées comme étant à la source de ces maux; les médias et les acteurs interrogés renvoient plutôt aux narrations ou faits divers exhibant un racisme ouvert et sans gêne. L'affaire autour du *selfie* de l'équipe nationale de football a fait débat en 2014/2015. Une photo de groupe posté par Leroy Fer, joueur de l'équipe, sur son compte twitter a en effet suscité des remarques racistes traitant les joueurs de « singes », « esclaves » ou *Black Pete* (*Zwarte Piet*)[307]. Une majorité des personnes âgées ont évoqué la controverse autour de la figure du *Black Pete* ou *Zwarte Piet*, l'assistant maquillé de noir du père Noël. Dans la tradition néerlandaise des Fêtes, le Père Noël arrive en bateau à vapeur à la mi-novembre et passe un mois au pays avec des dizaines de *Black Petes*, des personnages à l'expression clownesque qui laissent des biscuits, des chocolats et autres friandises aux enfants. La société néerlandaise est clivée entre ceux qui affirment que *Black Pete,* qui porte du maquillage noir, du rouge à lèvres rouge et une perruque frisée de type afro, est une caricature raciste flagrante qui devrait être bannie et ceux qui l'associent à un modèle positif de joie et de fête. Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme a publié un rapport le 28

[307] L'affaire autour du selfie de l'équipe nationale a fait débat en 2014/2015. Leroy Fer, joueur de l'équipe a posté une photo de groupe sur son compte twitter. La photo a rapidement suscité des remarques traitant les joueurs de « singes », esclaves » ou « Black Piet » (Zwarte Piet) : « Dutch authorities call for investigation into racist abuse of players », 18 Novembre 2014. http://www.theguardian.com/football/2014/nov/18/dutch-authorities-investigation-leroy-fer-racist-abuse

Zack Newmark : « Footballer's Selfie sparks racism, 'Zwarte Piet' remarks », nltimes.nl, 16 Novembre 2014. http://www.nltimes.nl/2014/11/16/footballers-selfie-sparks-racism-zwarte-piet-remarks/

août 2015[308] incitant le gouvernement néerlandais à promouvoir l'élimination des représentations racistes du *Zwarte Piet* qui reflèteraient des stéréotypes négatifs sur les communautés d'origine africaine aux Pays-Bas[309].

Aucun interlocuteur n'évoque de lui-même les discriminations indirectes et multiples et les procédures devant les juridictions civiles sont très peu nombreuses car les affaires sont le plus souvent traitées après réclamations devant le Collège, c'est-à-dire de manière extra-judiciaire (même si ses avis sont rendus publics)[310]. Il est opportun de noter que les Pays-Bas disposent d'une forme d'action de groupe non contentieuse, mais que celle-ci reste apparemment très peu utilisée, notamment au sein des agences régionales.[311]

b) Le droit de la non-discrimination : un visage fluctuant

Aux Pays-Bas, la perception du rôle du droit dépend des acteurs impliqués et des critères de discrimination. Le droit pénal est surtout mobilisé dans les cas où la dimension pédagogique et symbolique du droit pénal est indispensable en termes de répression des actes et des paroles injustifiables, notamment eu égard aux discriminations raciales. Souvent les affaires qui finissent devant le juge en droit civil ont souvent été traitées par le Collège auparavant. Il n'est alors pas rare qu'il s'agisse d'un dernier recours, requis dans l'éventualité où les recommandations du Collège ne seraient pas suivies et où l'on viserait bel et bien une sanction – même si le montant des réparations matérielles restent assez négligeables. De manière

---

[308] http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/NLD/CERD_C_NLD_CO_19-21_21519_E.pdf

[309] Cf. Somini Sengupta, « U.N. Urges the Netherlands to Stop Portrayals of 'Black Pete' Character », nytimes.com, 28 août 2015: http://www.nytimes.com/2015/08/29/world/europe/zwarte-piet-netherlands-united-nations.html?_r=0
Robert Mackey, « A New Holiday Tradition for the Dutch : Arguing about Blackface »: nytimes.com, 14 Novembre 2014

[310] Cf. les entretiens de Dick Houtzager, commissaire au College voor de Rechten van der Mens, Hanna Nierstrasz et Michel Aben, chargés d'accueil des victimes de discriminations à Artikel 1, ou encore Laura Zuydgeest, avocate, spécialiste droit du travail.

[311] « Les Pays-Bas ont introduit en 2005 un système original de médiation homologuée qui bénéficie par défaut à toutes les personnes potentiellement concernées (opt-out) et ce dans le domaine très large du droit civil, Voir étude d'impact du projet de loi sur l'action de groupe en France : https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000030962821&type=general&typeLoi=proj&legislature=14.

générale, on observe que les acteurs gouvernementaux et les différents ministères en charge de la lutte contre les discriminations privilégient une optique de prévention[312] et de lutte contre les stéréotypes à l'instar des grandes campagnes mentionnées.

Les bureaux locaux de lutte contre les discriminations ont, quant à eux, une position plus ambivalente. La législation leur sert de base de travail sans laquelle leur mission d'accompagnement et d'*empowerment* (accès au droit) serait compromise ou vaine. Pour certaines agences comme RADAR, l'usage du droit et le litige stratégique demeure leur mission principale[313] même si le travail stratégique avec différents acteurs pour confronter des problématiques plus systémiques prend de plus en plus d'ampleur. Le potentiel pédagogique du droit comme arme symbolique et réparatrice est présent mais les capacités, les ressources, l'expertise en matière juridique sont largement insuffisantes et inégales pour véritablement saisir cet outil. Surtout, les petits services municipaux qui fonctionnent souvent uniquement avec des personnes bénévoles se concentrent sur ce travail d'écoute et de reconnaissance des expériences des victimes et assurent, si besoin est, un service de transfert vers le Collège ou d'autres instances[314]. En somme, quand le droit est utilisé, c'est soit pour sanctionner, soit pour éduquer. La prévention se fait à l'aide d'autres outils.

c) Discriminations directes, indirectes, fondées sur un critère unique ou multiples, et le rapport à la preuve : les angles morts de la non-discrimination

Certains acteurs associatifs, comme Marcel Zwamborn, revendique un usage plus fréquent du droit antidiscriminatoire pour lutter contre les discriminations indirectes et systémiques. Ces acteurs souhaitent que le droit antidiscriminatoire soit donc utilisé, non-seulement dans les cas de discriminations directes, mais pour rendre visible des discriminations par exemple sur le marché du travail ou dans le domaine du logement.

---

[312] Cf. l'entretien de Natasja Moritz, conseillère principal lutte contre les discriminations, Ministère des Affaires sociales et de l'Emploi.

[313] Cf. l'entretien de Cyriel Triesscheijn, directeur de RADAR/Art. 1, centre d'expertise pour l'ensemble des agences locales.

[314] Cf. les entretiens d'Hanna Nierstras et Michel Aben, chargés de l'accueil des victimes de discrimination à *Artikel 1* Utrecht.

En réalité, ce genre de problématiques est traité par le Collège et, de manière générale, très souvent à travers la *soft law*. Parallèlement, on constate qu'il existe très peu de réflexions autour des discriminations multiples. Nos interlocuteurs ont très peu relevés ou développés cette question en dehors de la mention des femmes voilées ou des femmes immigrantes mais sans problématiser les difficultés de preuve, d'accès au droit ou de visibilité des victimes de ces discriminations.

Les bureaux régionaux prennent en compte les critères multiples que révèlent certaines situations dans leur travail d'accompagnement des victimes, mais ni les acteurs au sein des ministères, ni la police, ni le Collège ou les procureurs ne semblent vraiment prendre en considération les situations spécifiques que cela peut produire dans la construction de leurs stratégies d'action. Pour beaucoup, la notion de discrimination « intersectionnelle »[315] ou discrimination multiple comporte le risque de diluer les enjeux liés à la spécificité des discriminations fondées sur chaque critère.

Aussi, il convient de se demander si la répartition des critères et des différentes problématiques à travers une pluralité de ministères et de départements, de même qu'une infrastructure aussi décentralisée que l'est celle en vigueur aux Pays-Bas, ne s'avère pas un frein pour penser de façon coordonnée, à la fois, les discriminations multiples et les discriminations systémiques, sans réflexion transversale plus approfondie.

Enfin, s'agissant des moyens de la preuve de la discrimination, il existait auparavant une distinction statistique entre les populations allochtones/autochtones. « Depuis 1999, le Centraal Bureau voor de Statistiek (Bureau central des statistiques) définit l'allochtone comme toute personne habitant aux Pays-Bas dont au moins un des parents est né à l'étranger. »[316] Selon Natasja Moritz, cette distinction est encore

---

[315] Au sens de la théorie intersectionnelle de Kimberle Crenshaw qui émet l'hypothèse qu'une victime de discriminations fondées sur différents critères est en réalité victime de préjugés spécifiques et non d'un simple cumul des préjugés liés à chaque discrimination, d'où la difficulté de prouver la discrimination en l'absence d'un comparateur pertinent, Voir K. Crenshaw. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, *Stanford Law Review* n°43, p.1241-99 (1991)

[316] Pour l'évolution de cette définition et l'origine de la catégorie d'allochtone dans les pratiques administratives néerlandaise, voir : Jacobs, Dirk et Andrea Rea, « Construction et importation des classements ethniques », Revue européenne des migrations internationales [Online], vol. 21 - n°2 | 2005, dernière consultation 03.07.2016, http://remi.revues.org/2487.

présente dans certaines statistiques mais n'est plus utilisée dans les politiques publiques/documents officiels. Perdure un débat autour des catégories elles-mêmes comme en témoignent nos interlocuteurs. La critique principale porte sur le fait que les personnes de 2e et 3e générations d'origine étrangère sont toujours comptées comme allochtones. Une certaine méfiance au regard des catégories statistiques en général est également relevée dans les propos des interlocuteurs dans les agences locales de lutte contre les discriminations qui cherchent pourtant à prouver la discrimination (agence Art. 1 Utrecht).

IV. CROISEMENT DES RÉSULTATS EN SCIENCE POLITIQUE ET EN DROIT

Cette dernière partie prolonge le travail d'enquête et d'analyse jurisprudentielle par un dialogue interdisciplinaire. Pour ce faire, une série d'interrogations croisées émerge des résultats par discipline. Les conclusions finales, sous forme de confrontations interdisciplinaires, ont montré les convergences ou les divergences dans les résultats recueillis, grâce, notamment, à une grille de lecture commune aux disciplines.

En premier lieu, les questionnements issus de l'analyse des résultats des politistes sollicitent des réponses basées sur les analyses jurisprudentielles croisées et sur la perspective comparative avec les Pays-Bas. En deuxième lieu, à leur tour, forts de leurs résultats jurisprudentiels et par entretiens, les juristes suscitent un questionnement des politistes à la fois sur la France et sur les Pays-Bas. Se parachève ainsi un dialogue interdisciplinaire et comparé très fructueux et dynamique tout au long de ce projet de recherche, grâce, entre autres, à une grille d'entretien partagée, qui permet de faire émerger des résultats transversaux communs.

A. Interrogations croisées à l'initiative des politistes :

1. Sur le rôle de l'Europe :

Questionnement politiste :

A l'instar des responsables politiques et institutionnels, les praticiens du droit n'accordent-ils qu'une importance très limitée à la référence au droit communautaire et au rôle des institutions européennes en matière de lutte contre les discriminations ? Plus généralement, l'Europe est-elle appréhendée positivement ou négativement ? Y-a-t-il eu à ce sujet une évolution dans le temps ?

Croisement des résultats politistes avec l'éclairage transversal des jurisprudences et de la perspective comparative:

Compte tenu des résultats tirés de la jurisprudence en droit civil, administratif et en droit du travail, la réponse est nuancée. Les trois corpus jurisprudentiels peuvent parfois s'inspirer soit de la Convention européenne des droits de l'Homme (en droit civil, travail et administratif), soit des directives européennes relatives aux discriminations en droit administratif et droit du travail (par exemple 2006/54,2000/78,2000/43). Ce renvoi tend à conforter l'importance acquise de la référence au droit européen pour le contentieux plutôt en tant que vecteur de condamnation (V. contentieux CEDH en civil (mères porteuses, contentieux CJUE (Leone, Hay) ou pour justifier une évolution législative (lois 2001, 2008 relatives aux discriminations, loi 2012 relative au harcèlement sexuel) et jurisprudentielle (CE 30 octobre 2009 Mme Perreux.

Les normes de l'Union européenne sur les discriminations sont moins des normes mobilisées directement par les juges internes (peu de questions préjudicielles (orientation sexuelle, religion, sexe récemment) à la différence de l'Allemagne (ex : CJUE Maruko, Römer) ou citées directement dans les arrêts (CE Perreux) ou de la Cour de cassation. La jurisprudence de la CJUE et les normes européennes de l'UE dans l'emploi (sexe, âge, orientation sexuelle) semblent avoir eu un rôle plus cardinal que la jurisprudence de la CEDH ou la Convention européenne elle-même, plus timide en matière civile. Il en découle une appropriation un peu plus forte des notions de discrimination, notamment directes, par les juges du travail et les juges administratifs que les juges civilistes.

Il faut tout de même noter, à ce titre, que le juge administratif n'hésite pas à poser des questions préjudicielles à la CJUE (à l'instar des dispositions du code des pensions civiles et militaires) et celle-ci d'interpréter les textes en permettant aux juges nationaux de conserver une marge de manœuvre quant aux justifications

apportées par les pouvoirs publics. Il y a là un véritable dialogue entre les cours et un respect, par la CJUE, de la marge nationale d'appréciation.
Quant aux Pays-Bas, l'encadrement de l'interdiction des discriminations et la mobilisation sur cette question sont, pour certains critères, antérieurs aux directives de 2000. On assiste davantage aux actions du Collège des droits de l'Homme et des agences locales de lutte contre les discriminations (nommées agences art. 1) qu'une judiciarisation du droit de la non-discrimination sous l'impulsion de l'Europe.

2. Tension "hard" law/"soft" law :

Questionnement des politistes :
L'analyse de la jurisprudence témoigne-t-elle d'un recul du recours au droit de la non-discrimination, et d'un affaiblissement de sa dimension normative et contraignante, peu valorisée par les responsables politiques et institutionnels ? Si oui, comment cela peut-il être interprété au regard des motivations avancées par les juges et des sanctions prononcées ?

Croisement des résultats des politistes avec l'éclairage de la jurisprudence et de la perspective comparée :
Il est difficile de parler de recul du recours au droit de la non-discrimination ou d'affaiblissement de sa dimension contraignante. C'est sans doute la perspective du discours institutionnel et un attachement au principe d'égalité ou égalité de traitement que l'on retrouve effectivement dans les énonciations de certains arrêts plus réticents pour reconnaître la discrimination. Il y a cependant davantage de jurisprudences civiles, administratives et en droit du travail sous l'impulsion des normes européennes depuis les années 2000. En droit administratif, par exemple, le terme de discrimination est davantage utilisé comme le témoigne la recherche sur les bases de données. C'est plutôt la portée des arrêts qui est parfois limitée dans sa reconnaissance de la qualification des discriminations une fois l'action enclenchée (notamment en droit civil) et à la lumière des montants de réparation en droit du travail et en droit administratif.
L'acceptation de l'aménagement de la charge de la preuve imposé par le droit européen et la mobilisation de moyens de preuve supplémentaires en droit

administratif et en droit du travail ont accru la visibilité de certaines discriminations directes selon certains critères.

Le contentieux syndical est le plus abondant en droit du travail et en droit administratif – même s'il est vrai que d'autres critères, tels le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle et le sexe - commencent à être effectivement invoqués - et donc il permet de montrer qu'une mobilisation institutionnelle et historique du droit de la non-discrimination a déjà fait ses preuves et n'est pas incompatible avec le système juridique français. En droit du travail, lorsque la non-discrimination est liée à une violation du droit du travail traditionnel (maternité, salaire, temps de travail), son appropriation semble parfois plus facile. La proposition d'une action groupée en France illustre la volonté nette de favoriser la voie contentieuse sur le plan collectif en limitant, certes, les titulaires de l'action au secteur associatif (seulement au recrutement) et syndical.

Sur le plan comparé aux Pays-Bas, l'émergence d'une perspective des droits de l'Homme, au-delà de la non-discrimination, tend effectivement à favoriser des actions soit de prévention de la discrimination, moins menaçantes pour la cohésion sociale, soit de lutte contre les discriminations comme initiative, perçue comme plus positive en faveur des droits fondamentaux en tant que droits humains. En revanche, les associations de défense des droits qui mobilisent le contentieux sont historiquement plus nombreuses aux Pays-Bas.

3. Au-delà du traitement de la discrimination directe et à critère unique ?

Questionnement des politistes :

L'analyse de la jurisprudence fait-elle émerger une prise en compte des dimensions indirecte et systémique des discriminations ou au contraire une lecture centrée sur la responsabilité individuelle ? A l'aune du positionnement des responsables politiques et institutionnels, l'enjeu est de comprendre s'il s'agit de contribuer à déconstruire la dimension structurelle des inégalités ou de promouvoir une méritocratie républicaine fondée sur l'égalité des chances et la responsabilité des individus qu'ils soient potentiellement victimes ou auteur.e.s de discrimination.

Croisement des résultats politistes avec l'éclairage de la jurisprudence et de la perspective comparée :

La dimension indirecte ou systémique des discriminations dans le contentieux des discriminations demeure effectivement plus timide. Certes en droit du travail, certains arrêts, surtout depuis 2007[317], semblent montrer que les juges sont plus à l'aise avec le sondage de discriminations indirectes dans les pratiques collectives ou dans les règles conventionnelles, qui revient à une interprétation du sens d'une règle et de sa portée (effet discriminatoire du désavantage). Ce raisonnement préalable à la qualification juridique est plus familier que la démarche exploratoire des faits manifestant la discrimination directe. Celle-ci mobilise un raisonnement inductif, à partir du contexte de la différence de traitement et liée souvent à une décision et au recueil des preuves factuelles (souvent très subjectives liées à la personne, comme l'observe un magistrat) plutôt que l'analyse d'une règle discriminatoire.

En droit administratif et en droit civil, il existe encore une réticence à reconnaître ce type de discrimination, reflétée par un faible contentieux dans ce domaine. En revanche ce n'est pas une question de responsabilité individuelle qui ressort de l'analyse mais davantage un défi de la preuve des discriminations dans certains champs du droit et la faible visibilité du contentieux par sa dimension souvent individuelle. Sur ce point, le Défenseur des droits (et auparavant la Halde) ont accru cette visibilité par leurs observations et leurs délibérations dans le cadre de certains litiges[318].

En droit de la famille, en droit des personnes, l'attachement à une vision doctrinale plus figée de la personne, de sa protection et la vision institutionnelle de la famille laisse moins de place à l'évolution jurisprudentielle plus contextuelle et une déférence forte à la réforme par la loi. Le droit de la non-discrimination dans ces matières reste confronté à des principes ancrés en droit français tels que le principe de la liberté contractuelle ou encore le principe d'indisponibilité du corps et de l'état civil. Ainsi, malgré quelques avancés remarquables, le juge français reste frileux quant à une intégration pleine de la non-discrimination.

---

[317] Certains arrêts moins explicites dataient même des années 90

[318] Voir à ce titre, les affaires Mme Perreux, Claude A, par exemple

En contentieux administratif, l'analyse de la jurisprudence témoigne de certaines réticences à annuler des règlements discriminatoires, en raison de l'impact qu'une telle annulation pourrait avoir sur un nombre très important de situations individuelles. Il semblerait cependant que, dans certains cas, ces réticences commencent à être levées.[319]

La difficulté de prouver la discrimination raciale sans référentiel ethno-racial peut aussi expliquer l'absence de discrimination indirecte dans ce domaine. Certains critères comme le lieu de résidence ou certains critères qui viennent d'être adoptés comme la précarité sociale pourraient pallier partiellement ce manque, tout en créant d'autres stigmatisations liées à la définition du « pauvre ».
Dans le domaine contractuel de l'accès aux biens et services, l'approche individuelle est également privilégiée dans le contentieux mais l'action de groupe pourrait faire évoluer les orientations contentieuses des associations. La question des discriminations multiples, présente au niveau européen dans les directives, est peu abordée par les juges qui, dans leur majorité, trouvent le concept compliqué ou ne le connaissent pas. Seuls certains magistrats en droit du travail interrogés privilégient davantage la polarisation sur un critère afin de sécuriser, clarifier l'action et de simplifier la qualification juridique de discrimination pour la rendre opérationnelle.

Enfin, dans l'ensemble des champs du droit analysés, la problématique des discriminations multiples et même systémiques n'est abordée que par certains commentateurs en droit du travail.[320] Certains juges estiment que la notion de discrimination multiple est trop complexe. Ces deux concepts sont absents de la jurisprudence qui aborde parfois des situations intersectionnelles sans le dire. Le fait qu'ils ne sont pas intégrés explicitement dans la loi française, en dépit de la

[319] Par exemple CE Ass. 4 avril 2014, précité.

[320] En droit du travail, sur la discrimination systémique, Voir E. Dockès, G. Auzero, Droit du travail Précis Dalloz 2016, p.746 ; M. Mercat-Bruns, E. Boussard Verrecchia, Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? RDT 2015, p. 660 ; M. Mercat-Bruns, L'identification de la discrimination systémique**,** RDT 2015, p. 672 ; M. Mercat-Bruns, Discriminations multiples et identité au travail au croisement des questions d'égalité et de liberté**,** RDT 2015, p.28 ; L. Pecault Rivolier évoque la discrimination systémique dans son rapport Rapp. L. Pécaut-Rivolier, *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, 17 déc. 2013, p. 27

consécration des discriminations multiples dans les directives 2000 sur l'emploi, pourrait expliquer le silence du contentieux dans ce domaine.

B. Interrogations croisées à l'initiative des juristes :

1. Un fort attachement au principe d'égalité :

Questionnement des juristes :

Malgré l'évolution jurisprudentielle vers une prise en compte ou un renvoi au terme de discrimination, dans les trois champs jurisprudentiels en raison des injonctions européennes (civil, administratif et travail), la référence à l'égalité, invoquée souvent par les requérants et mobilisée par les juges est fréquente. Les entretiens des politistes ont-ils permis de confirmer auprès des responsables institutionnels cette perception d'une certaine ambivalence des juges sur l'articulation/distinction entre égalité et non-discrimination? Selon ces interlocuteurs, la réticence plus générale à la mise en œuvre de la non-discrimination procède-t-elle d'une réticence plus générale face au développement du contentieux de la non-discrimination ?

Croisement des résultats des juristes avec l'éclairage des politistes :

Les trente-sept entretiens effectués auprès de responsables du monde politique, institutionnel, associatif et syndical ont pour point commun d'associer la non-discrimination dans sa définition même au principe d'égalité. Notre enquête qualitative souligne ainsi le lien entre l'application du droit de la non-discrimination et la centralité que le principe d'égalité occupe dans l'imaginaire politique associé à « la République ». C'est ainsi que le droit de la non-discrimination est mis en relation, aussi bien par les acteurs institutionnels qu'associatifs et syndicaux, avec les fondements du lien politique, que cela soient les principes fondateurs de la Déclaration des droits de l'Homme, les valeurs constitutionnelles ou la devise républicaine.

On pourrait penser que le caractère incontournable de cette référence à l'égalité rendrait non négociable la lutte contre les discriminations en tant qu'objectif politique à appliquer en particulier par le droit. L'enjeu du droit de la non-discrimination serait alors de faire en sorte que la République « tienne ses promesses » par une

articulation entre norme et principe. Pour reprendre une expression d'un représentant associatif, le questionnement autour de l'application du principe de non-discrimination est éminemment politique dans la mesure où cela signifie qu': « il y a un enjeu d'égalité si on veut que vive la devise de la République ».

Pourtant, le lien entre égalité et non-discrimination, qui est posé au niveau même des définitions de la non-discrimination, n'a pas valeur d'obligation en ce qui concerne la mise en œuvre du droit de la non-discrimination. A l'exception d'associations telles que le MRAP ou SOS Racisme, considérant que le droit est une arme essentielle pour dénoncer les inégalités et y répondre, ce lien entre égalité et non-discrimination s'avère insuffisant pour reconnaitre le droit comme moyen légitime et nécessaire à la mise en œuvre du principe d'égalité. Plus encore, l'attachement exprimé à l'idéal d'égalité peut contribuer à délégitimer un droit de la non-discrimination, perçu comme affaiblissant à la fois la cohésion sociale et nationale (segmentation de la société par critères de discrimination), l'équilibre entre types d'acteurs (opposition entre salariés et employeurs dans les recours) et la foi dans l'axiologie républicaine. Dans cette dernière perspective, le développement du contentieux est vu comme un aveu de dysfonctionnement du politique, et comme une solution peu constructive car, à la fois, coûteuse et inefficace.

A fortiori dans une période dite de « crise » économique et politique, les acteurs institutionnels et politiques, mais aussi associatifs et syndicaux, défendent la nécessité de se tourner vers des solutions alternatives (autres que le droit), cela pour des raisons différentes. Les acteurs associatifs et syndicaux prennent acte de leur manque de moyens matériels et légaux pour accompagner les recours, et déplorent le fait que ces recours constituent des épreuves difficilement supportables pour les plaignants (durée et coût de la procédure, difficulté de rester dans l'emploi, stigmate de la victimisation). Ils présentent ainsi leur participation aux initiatives de responsabilités sociales (en particulier les chartes et labels), de formation et de prévention comme une résignation pragmatique, par souci d'avancer sur ce sujet essentiel qu'est l'application du principe d'égalité.

Les acteurs institutionnels et politiques défendent, eux, le développement de l'approche par la concertation, la *soft law* et l'éducation comme la priorité à donner au consensus. Les limites du droit de la non-discrimination ne sont alors pas seulement son manque d'effectivité, sa trop grande lourdeur et complexité mais son inadéquation en termes de message politique. Il est en effet considéré comme un

facteur de dissensus mettant l'accent sur les « mauvaises » pratiques au lieu de promouvoir les « bonnes ». C'est pour cette raison que ces acteurs ne défendent pas une amélioration du droit de la non-discrimination, mais lui préfèrent l'accompagnement public en vue de responsabiliser les entreprises et les personnes morales et physiques, via la RSE ou les campagnes de sensibilisation et de formation. Selon cette approche, la centralité de l'égalité républicaine serait maintenue non pas grâce au droit de la non-discrimination, jugé trop confrontationnel, mais par des pratiques (prévention, sensibilisation, formation) dont on estime qu'elles seraient plus consensuelles et efficaces. Dans cette perspective, les recours juridiques ne sont jugés légitimes que pour les cas considérés comme extrêmes et sans possibilité de médiation ou de maintien dans l'emploi. C'est ainsi par exemple que Raphaël Le Méhauté, commissaire général délégué à l'égalité des territoires, directeur de la ville et de la cohésion urbaine du CGET, précise que le bureau en charge de la lutte contre les discriminations va être renommé de manière plus positive comme le bureau en charge de la promotion de la citoyenneté. Il indique que l'objectif est de « *tire(r) vers le haut les habitants des quartiers. (…) En fait, on lutte contre les discriminations, mais on le fait à travers des modes d'actions et des politiques et pas seulement sur des thématiques.* » Il exprime et dénonce clairement le caractère contre-productif de l'approche par la non-discrimination en affirmant qu' : « *à force de toujours les mettre en avant, elles se banalisent et elles se maintiennent, elles perdurent.* »

On observe une tendance similaire aux Pays-Bas où le contentieux n'est pas la voie toujours privilégiée au profit parfois de stratégies de médiation et de coordination locale des agences de lutte contre les discriminations. En dehors des poursuites pénales ponctuelles engagées par le service du Procureur et l'action du Collège pour les droits de l'Homme, le droit de la non-discrimination devient un outil parmi d'autres, comme le confirment la plupart de nos interlocuteurs, même ceux des agences locales de lutte contre les discriminations. Le tournant vers le discours plus dilué des droits de l'Homme du Collège a permis à la fois de traiter des réclamations juridiques relatives aux discriminations et a permis au Collège de prendre parfois des positions politiques plus fortes que l'ancienne Commission sur l'Egalité de traitement

comme le confirme Cyriel Triesscheijn[321]. La déclinaison, « égalité, non-discrimination et droits de l'Homme » est complémentaire comme nous confirme Jenny Goldschmidt qui met l'accent sur les médiations du Collège notamment en matière de discrimination fondée sur l'âge et le handicap, critères les plus mobilisés, suivis par race/origine ethnique et sexe.

2. La prééminence de certains critères de discrimination :

Questionnements des juristes :

La prééminence du critère syndical, la discussion sur la précarité sociale et l'émergence d'un contentieux sur l'orientation sexuelle semblent ressortir des études jurisprudentielles. On constate aussi, même si les requérants n'ont pas gain de cause parce que le juge administratif admet les justifications de politique sociale compensatrice, une montée en puissance du contentieux fondé sur la discrimination sexuelle pour les droits à la retraite.

Les résultats des politistes peuvent-ils confirmer ou pas que ces orientations sont fortement influencées par la forte prégnance historique des revendications de nature professionnelle et des débats politiques actuels sur le genre ? La faible présence d'associations strictement de défense contentieuse des droits en France mobilisant le corpus juridique (à l'instar d'autres pays, tels que les Pays-Bas ou le Royaume-Uni) explique-t-elle cette mise en œuvre peu dynamique du droit de la non-discrimination en dehors du rôle clé du Défenseur des droits?

L'évolution tardive de la jurisprudence française sur la prise en compte des couples de même sexe ou sur l'alignement de l'état civil avec l'identité de genre ressenti par une personne peut-elle s'expliquer par une prégnance du modèle patriarcale et religieux dans la sphère politique ?

Croisement des résultats des juristes avec l'éclairage des politistes :

Les responsables syndicaux ont fait référence à cette plus grande facilité de porter des recours sur des critères tels que le sexe et l'appartenance syndicale, étant

[321] Pour Cyriel Triesscheijn de l'Agence Radar: « Le collège a son franc-parler (« The College is quite outspoken »)

donné qu'ils ont un ancrage juridique antérieur au droit de la non-discrimination et indépendant de lui.

De plus, concernant le critère du sexe, on observe de la part des acteurs politiques et institutionnels, un recours au principe d'égalité femmes-hommes non pas sur un registre du droit de la non-discrimination, mais comme l'expression d'une identité politique fondée sur le partage des valeurs qualifiées de républicaines. L'égalité femmes-hommes est ainsi présentée comme la condition de l'intégration dans la société d'accueil, avec une focalisation sur la politique d'intégration et non sur l'application du principe d'égalité pour toutes et tous. Ce sont en effet avant tout les populations associées à la religion musulmane – avec, au centre des préoccupations et représentations publiques, la figure de la femme voilée – qui sont suspectées de ne pas respecter l'égalité femmes-hommes et la laïcité, présentées comme valeurs de la République. Cet usage de l'égalité femmes-hommes s'inscrit ainsi non pas dans une reconnaissance du droit de la non-discrimination, mais dans la défense d'un « nous républicain » différencié des « eux » sommés de se défaire d'une misogynie « héritée ».[322] Pour la politiste Cécile Laborde, le fait d'attribuer le sexisme prioritairement aux minorités ethno-culturelles, particulièrement aux personnes considérées comme de confession musulmane, participe d'un « paternalisme coercitif »[323]. Considérées comme non-conformes aux valeurs de la République lorsque leurs choix de vie sont jugés en contradiction avec l'égalité femmes-hommes (et la laïcité), ces populations sont susceptibles de subir un paternalisme pouvant être qualifié de coercitif dans la mesure où cette non-conformité peut justifier des sanctions, voire leur exclusion de la communauté politique[324].

Les responsables d'associations promouvant la lutte contre le racisme déplorent eux une asymétrie entre, d'une part, la reconnaissance de la discrimination sur des critères syndicaux et sexués et, d'autre part, la résistance à reconnaître les discriminations fondées sur les critères de l'origine ethnoculturelle réelle ou

---

[322] Myriam Hachimi Alaoui, « L'intégration sous condition : valeurs non négociables et égalité des sexes », *Canadian Journal of Women and The Law/Revue femmes et droit*, 2012, vol. 24, n°1, 114-134.

[323] Cécile Laborde, « Républicanisme critique vs républicanisme conservateur : repenser les 'accomodements raisonnables' », *Critique internationale*, 2009/3, n°44, p. 19-33.

[324] Réjane Sénac, *L'égalité sous conditions. Genre, parité, diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015.

supposée. La difficulté réside en particulier, selon eux, dans l'administration de la preuve, les statistiques dites ethniques ou de la diversité n'étant pas autorisées. Les controverses quant à la pertinence de rendre légales ou non ces statistiques, ainsi que les difficultés à prouver les discriminations liées à un comportement raciste montrent la profondeur historique et la complexité politique de l'application du principe d'égalité pour celles et ceux qui sont racialisé.e.s.
Il convient en outre de noter que les responsables politiques et institutionnels sont davantage enclins à mettre l'accent sur les *domaines* d'application du droit de la non-discrimination (accès au logement, à l'emploi, aux services), plutôt que sur les critères.

En ce qui concerne l'accompagnement des contentieux, les responsables associatifs souhaiteraient jouer une part plus importante, mais pointent leur manque de moyens, accentué ces dernières années par la baisse des subventions publiques. Ils regrettent leur impuissance à accompagner les individus victimes de discrimination dans leur recours juridique et, ce faisant, à participer à la constitution ou au renforcement de la jurisprudence. La faiblesse des subventions les contraint à se déporter sur des domaines d'action, tels que la RSE et la formation, afin de couvrir leurs frais de fonctionnement. Tout en reconnaissant le rôle qu'ils ont à jouer dans la sensibilisation des acteurs du secteur privé et public, ils regrettent que cela soit aux dépens de leur intervention dans le registre du contentieux.

Aux Pays-Bas, certaines tendances se dessinent d'après les propos de nos interlocuteurs. Il existe une sorte de résistance à mettre en place une politique antidiscriminatoire qui met l'accent sur le critère de la race/origine ethnique. Pourtant on compte beaucoup de cas de discriminations antisémites et islamophobes à tel point que le ministère de l'Intérieur a initié une étude sur l'islamophobie qui provoque les attaques « les plus violentes ». Les affaires liées au port du voile sont également nombreuses, elles constituent souvent un signal d'alerte (« red flag ») (Natasja Moritz). Le ministère a précisément commencé à organiser des tables rondes régulières sur l'islamophobie et l'antisémitisme avec différentes associations.
Il est difficile de se prononcer sur l'appropriation du droit de la non-discrimination par les juges car, du fait de la langue, nous n'avons pas pu faire d'étude jurisprudentielle aux Pays-Bas. En revanche, au niveau des dispositifs locaux concrets observés au

sein de la police par exemple, les champs les plus dynamiques semblent être le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge et le handicap. Cet état de fait pourrait être notamment lié à la mobilisation historique des associations LGBT et féministes, qui ont porté très tôt, ensemble, le projet de la non-discrimination et de l'égalité de traitement, même avant les directives européennes.

3. La montée en technicité du contentieux des discriminations :

Questionnements des juristes :

Les résultats des études jurisprudentielles montrent que le droit de la non-discrimination implique une connaissance préalable précise des outils spécifiques de ce droit. Cela peut expliquer les résistances en droit civil (notions de discrimination et de harcèlement, diversité des critères, preuve) et l'émergence spécifique d'un contentieux en droit administratif et en droit du travail (notion de discrimination indirecte, panel de comparaison, aménagement de la preuve, demande de mesures d'instruction, réparation de préjudice spécifique). Compte tenu des résultats des politistes, cela signifie-t-il qu'il existe une réelle ignorance ou un manque d'information sur la portée possible du droit de la non-discrimination qui implique, en dehors du droit pénal, un aménagement de la charge de la preuve au profit de la victime de discrimination? Les interlocuteurs des politistes sont-ils conscients que le droit pénal répond à des règles de preuve plus rigides, en raison de la présomption d'innocence, sans aménagement de la preuve. Cela expliquerait-il la faible mise en œuvre du droit de la non-discrimination sur le plan répressif ?

Croisement des résultats des juristes avec l'éclairage des politistes:

Le constat est posé d'une grande montée en technicité du droit de la non-discrimination mais cette complexification n'est pas associée à une amélioration de sa mise en œuvre ; tout au contraire, elle impliquerait sa dilution. La multiplication des critères est en particulier citée comme ne permettant plus de cerner précisément ce qu'est la discrimination et quel type de public est concerné.

La pertinence du droit de la non-discrimination est aussi remise en cause en raison de la difficulté qu'il y aurait à le différencier d'autres cas, en particulier le traitement juridique du harcèlement. C'est ainsi qu'un responsable institutionnel considère que

non-discrimination et harcèlement sont pareillement vidés de leur contenu juridique et perdent leur effectivité en étant « *utilisés à toutes les sauces* ».[325]

La technicité de ce droit est aussi invoquée pour pointer le fait qu'elle est une compétence permettant aux techniciens du droit que sont les juges d'outrepasser leurs prérogatives en se substituant au politique. C'est ici le thème du gouvernement des juges qui ressurgit.

En ce qui concerne le positionnement par rapport au droit pénal, sa difficulté d'accès en termes de délai et de régime de la preuve est un diagnostic partagé par les différents acteurs interrogés. Il est cependant à noter qu'à l'exception des acteurs associatifs et syndicaux, elle n'est pas considérée comme pouvant et devant être dépassée, mais comme une raison incitant à trouver des alternatives non juridiques telles que la médiation.

Le recours au droit civil ou le contentieux administratif ne sont pas pris en compte comme des réponses pertinentes. S'agissant des associations et des syndicats, le pénal est en effet vu comme garant d'une plus grande reconnaissance du préjudice et d'une meilleure réparation. Les acteurs politiques et institutionnels privilégient, quant à eux, des réponses non juridiques, le recours au droit étant réservé aux cas les plus extrêmes.

Aux Pays-Bas, il existe une familiarité historique avec l'idée de non-discrimination et d'égalité. Le droit de la non-discrimination semble plus visible dans les agences de lutte contre les discriminations de qualité comme RADAR. En revanche, il n'est pas certain que toutes les agences locales, selon nos interlocuteurs, offrent forcément une clé de réussite en termes d'accès au droit : la médiation reste le terrain privilégié pour régler des conflits locaux en matière de discrimination mais le lien avec le Collège des droits de l'Homme pour traiter des dossiers locaux découverts en agences semble ténu (V. entretien avec responsables d'agences locales art. 1 Utrecht). En matière pénale, ce n'est pas forcément la technicité du droit que semblent mettre en avant nos interlocuteurs, notamment le bureau du Procureur spécialisé en discriminations mais plutôt une disparité locale entre le nombre des

[325] A mettre en perspective avec l'expression utilisée par les juges : « l'invocation de la discrimination et du harcèlement est vue comme la tarte à la crème » des salariés manquant d'arguments, Voir supra résultats des entretiens en droit du travail

plaintes enregistrées et les poursuites en juridiction (M. Zwamborn, Cyriel Triesscheijn).

4. Confrontation des positionnements normatifs aux résultats du volet juridique :

Le positionnement recueilli par les politistes :

Dans une perspective plus dynamique de réflexion sur l'avenir, les politistes retiennent des tendances fortes : la mise en exergue de la prévention, le glissement vers un registre qui se détourne du « droit dur » (contraignant), et une valorisation des comportements individuels plutôt qu'une approche systémique des discriminations.

Le positionnement recueilli par les juristes :

Les entretiens des juges et les études sur l'évolution de la jurisprudence la plus récente font parfois écho sur certains points à cette vision individuelle des discriminations mais les enquêtes reflètent aussi d'autres résistances à l'appropriation du droit de la non-discrimination par les juges qui sont tributaires des conclusions des avocats et de leur stratégie contentieuse plus limitée sur le plan collectif**.** Cependant les avocats spécialisés en droit du travail nuancent ce propos en rétorquant que lorsque la non-discrimination est plaidée, elle est rarement retenue en première instance. Il ressort également des entretiens plus approfondis avec les magistrats en droit du travail une disparité entre le discours de la Cour de cassation et celui de certains juges de cour d'appel. La Haute cour rappelle la spécificité de la non-discrimination comme droit fondamental, l'intérêt de notions telles que la discrimination indirecte et la différence de son régime au regard de celui de l'égalité de traitement. Les juges de cours d'appel ou de conseils de prud'hommes sont parfois soit moins familiers, soit moins à l'aise avec l'interdiction des discriminations lorsqu'elles ne sont pas liées à des critères plus traditionnels en droit social comme l'appartenance syndicale, le sexe, l'âge, l'état de santé ou la maternité. L'appréciation de la discrimination directe requiert, pour certains juges d'appel en chambre sociale, une prise en compte d'une subjectivité excessive liée à la sphère privée de la personne du travailleur.

5. L’état actuel du droit de la non-discrimination : suffisant ou à améliorer ?

Les responsables politiques, institutionnels, syndicaux et associatifs s’accordent pour affirmer que l’enjeu prioritaire n’est plus tant l’amélioration du corpus juridique que sa mise en œuvre. D’après eux, le « droit dur » donne des outils adéquats et suffisants, depuis l’aménagement de la preuve jusqu’aux types de sanctions prévues, le problème majeur étant alors de les rendre effectifs.

Si la question de l’adéquation des critères actuels a été en particulier remise dans l’actualité par l’ajout du critère de lieu de résidence en 2014 et plus récemment par celui de la précarité sociale, la réponse qui semble émerger est qu’en l’état actuel, les critères sont suffisants. Il est même souligné que l’ajout de nouveaux critères non seulement n’apporterait rien, mais risquerait de diluer la spécificité de la qualification juridique de la non-discrimination et de rendre son application impossible.

En ce qui concerne le traitement des discriminations multiples, bien qu’il soit souligné que juges et avocats s’en emparent trop peu, la majorité des acteurs précisent que les batailles à mener dans le domaine du droit pénal concernent avant tout l’accès au droit, la diminution des classements sans suite et des non-lieux. La prise en compte des critères multiples est perçue comme une avancée théorique et idéologique, mais qui n’aura que peu de conséquences effectives pour les victimes, en particulier en termes de niveau de réparation du préjudice subi.

En ce qui concerne l’aménagement de la charge de la preuve, il est regretté que cette avancée au civil ne puisse s’appliquer au pénal, ce qui dissuade les recours et/ou reporte les plaintes sur le civil.

Le positionnement des juges recueilli par les juristes :

Les juges reflètent une position ambivalente par rapport au droit de la non-discrimination. Ils statuent de plus en plus sur des cas et invoquent même la question préjudicielle devant la CJUE ou se plient le plus souvent aux positions de la CEDH. Mais ils attendent souvent que le législateur valident les efforts de mise en cohérence de ce droit (récemment le projet de loi relatif à l’action de groupe) et restent encore attachés à la distinction de la non-discrimination et du principe d’égalité propre au système juridique français. Ce sont les acteurs de la société et

les victimes elles-mêmes qui doivent également mobiliser et mettre en œuvre ce droit.

V. CONCLUSION GÉNÉRALE

Le droit de la non-discrimination dans sa mise en œuvre semble freiné par diverses difficultés et ambivalences. Des ambivalences qui tiennent au décalage entre, d'un côté, la présence non négligeable du contentieux dans certains domaines (droit du travail, droit administratif) et la volonté d'introduire une action de groupe et d'autres critères (précarité sociale) et, de l'autre, la résistance des responsables institutionnels et des politiques à l'inflation du contentieux, la mobilisation de certains critères uniquement et l'absence de visibilité de certaines discriminations dans la jurisprudence. Ressortent également des disparités internes à la jurisprudence relatives à la forte résistance à l'application du droit de la non-discrimination en matière civile par rapport au contentieux administratif et celui en droit du travail. En outre, il existe une disparité entre un contentieux individuel de plus en plus fourni et un contentieux collectif encore en gestation. Est relevée une décalage entre un discours valorisant la prévention des discriminations et un discours de diversification des sanctions qui perdure pour les discriminations les plus graves (racisme, antisémitisme). Enfin se banalise un discours de simplification du droit qui contraste avec une complexité grandissante de l'acte discriminatoire prohibé (qui peut être plus subtile, implicite, multiple, systémique, couplé au harcèlement et à l'atteinte aux libertés) et une multiplication des critères discriminatoires, sans réelle appropriation par les acteurs de leurs contours.

En somme, cette ambivalence et ses disparités dans la mise en œuvre du droit de la non-discrimination semblent signifier l'absence d'une réelle *politique antidiscriminatoire* qui prendrait le « droit au sérieux »,[326] en dehors des actions du Défenseur des droits qui ne peut être ni juge, ni partie et de l'évolution récente vers l'adoption d'une action de groupe en matière de discriminations.[327] Une *politique antidiscriminatoire* a déjà été envisagée par le rapport soumis à F. Rebsamen dans le domaine du travail (mai 2015)[328]. Elle pourrait être déclinée en plusieurs volets

[326] Selon l'expression consacrée de Ronald Dworkin

[327] Voir supra (partie en droit du travail)

[328] http://travail-emploi.gouv.fr/actualites/l-actualite-du-ministere/article/remise-du-rapport-lutte-contre-les-discriminations-en-entreprise-par-jean

coordonnés aussi au-delà de l'emploi. Le premier volet peu visible, en dehors de l'action du Défenseur, est une *politique anticipatrice* de mise en conformité proactive au droit de la non-discrimination par les acteurs qui doivent l'appliquer (autorités publiques, entreprises). Cette réactivité au droit se traduirait par des guides techniques de « compliance » (directives d'appropriation du droit[329]) au-delà des stratégies publiques et patronales relatives à la prévention des discriminations par la promotion de la diversité.[330] Selon les résultats des politistes et ceux en droit civil, le discours sur la « crainte du multiculturalisme/communautarisme » ou l'intrusion de « théories étrangères » au droit français (comme celle sur le *genre*) constituent des facteurs de frein à la sensibilisation aux risques de discrimination selon les secteurs (privés et public) et selon les critères.

Le deuxième volet qui apparaît peu, en dehors de l'action du Défenseur des droits, c'est la présence d'organes de la société civile qui réfléchissent et mettent en œuvre des stratégies contentieuses et de médiation dans des domaines précis de lutte contre les discriminations (selon les critères, selon la nature des discriminations, selon les domaines d'activité comme le droit de la famille et des personnes, l'emploi, le logement, la santé et les biens et services).[331] Or, comme le montre l'analyse des politistes, l'usage de la médiation est davantage pensé comme une alternative au contentieux que comme son complément. Par ailleurs, l'absence d'information et d'éducation au plan national, de suivi et de veille technique rigoureuse des

---

[329] L'idée de *compliance* est courante à l'étranger : il s'agit d'anticiper l'application des normes antidiscriminatoires pour éviter leur violation au lieu d'être dans une certaine passivité vis à vis de l'exigence des normes et ensuite d'être dans une stratégie défensive suite à des poursuites judiciaires.

[330] Le groupe de travail sur la lutte contre les discriminations installé au mois d'octobre 2014 par François Rebsamen, ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social et par François Kanner, ministre de la ville a rendu un rapport le 19 mai 2015. Le rapport rendu par Jean-Christophe Sciberras et Philippe Barbezieux comporte 18 propositions. Le gouvernement a choisi d'en retenir 13, s'articulant autour de 4 grands axes : la lutte contre les discriminations à l'embauche (plus de CV anonyme/développement du testing), la lutte contre les discriminations dans l'emploi (une action de groupe pour lutter contre les discriminations collectives et choix d'un référent Egalité des chances dans les entreprises de plus de 300 salariés, la possibilité d'intégrer dans le bilan social de l'entreprise des indicateurs permettant de comparer les évolutions de carrière sera donnée aux entreprises, en concertation avec les partenaires sociaux.), Les deux derniers axes de la politique de lutte contre les discriminations dans l'entreprise concernent la sensibilisation à ces questions (campagne de communication destinée au grand public et une étude sur le coût des discriminations, un guide d'information sur les droits des candidats à une offre d'emploi en matière de discriminations) et la valorisation des bonnes pratiques existantes (communication sur les entreprises titulaires du label Diversité et mise en valeur d'initiatives similaires par le gouvernement

[331] Des associations existent qui interviennent dans l'emploi ou au recrutement mais à ce stade, privilégient plutôt le droit pénal et certaines associations interrogées en droit du travail souhaitent s'engager dans la médiation plutôt que le contentieux.

discriminations selon leur nature entraîne un manque de visibilité de la complexité de la question des discriminations.

La plupart des acteurs de la société civile et des responsables politiques interviewés concentrent leurs discours sur quelques discriminations, notamment celles liées à l'origine et au sexe. Pour autant, la mise en œuvre du droit de la non-discrimination n'est pas prioritairement perçue en France comme relevant de l'application des droits fondamentaux de la personne. La question se pose de savoir si la lutte contre les discriminations n'est pas discréditée, en tout cas dévalorisée, par deux types d'interprétations alternatives. D'une part, la crainte qu'elle se réduise à une forme de combat des minoritaires risquant de diviser la société en autant de groupes aux intérêts divergents et d'accroître la défiance envers l'Etat. Cette interprétation appréhende la non-discrimination comme une potentielle mise en danger de la cohésion sociale. D'autre part, une interprétation est avancée qui considère que la lutte contre les discriminations ne devrait pas se substituer à la lutte sociale. L'adoption, sans grande difficulté, d'un nouveau critère de discrimination liée à la précarité sociale pourrait refléter en partie cette perspective.

En outre, pour mener une politique antidiscriminatoire, il faudrait une action cohérente, à plusieurs échelles, qui articule les outils propres au contentieux avec le précontentieux et les alternatives au contentieux. Le projet de loi sur l'action de groupe qui s'appliquera au droit civil, droit du travail et droit administratif[332] s'achemine vers une reconnaissance plus structurelle des causes des discriminations. Pour l'instant, les actions de prévention de la discrimination en entreprise et de promotion de la diversité peuvent devenir des actions de défense au tribunal en cas de violation de la loi. La mise en œuvre de la non-discrimination suppose l'accès en amont à l'information sur le droit de la non-discrimination et les situations discriminatoires les plus fréquentes pour faciliter les modes d'appropriation de ce droit par les victimes, les juges et les autorités publiques.

[332] http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/justice_21e_siecle.asp: discussion au cours des séances des mardi 27 , mercredi 28 et jeudi 29 septembre 2016 : Voir http://www.senat.fr/petite-loi-ameli/2015-2016/840.html

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Références bibliographiques en science politique :

Samy Cohen (dir.), *L'art d'interviewer les dirigeants*, Paris, PUF, 1999.

Drude Dahlerup, « Electoral Gender Quotas: Between Equality of Opportunity and Equality of Result », *Representation*, 43:2, 2007, p. 73-92.

Murray Edelman, *Political Language. Words that succeed and Policies that Fail*, New York, Academic Press, 1977.

Jean-Marc Ferry, *Valeurs et normes – La question de l'éthique*, Bruxelles, ed. de Bruxelles, 2002.

Nancy Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, Paris, La Découverte, 2005.

Myriam Hachimi Alaoui, « L'intégration sous condition : valeurs non négociables et égalité des sexes », *Canadian Journal of Women and The Law/Revue femmes et droit*, 2012, vol. 24, n°1, 114-134.

Annie Junter, Réjane Sénac-Slawinski, « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, n° 114, 2010, p. 167-195.

Geneviève Koubi, Gilles J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances : Analyse, évolutions, perspectives,* Paris, La Découverte, 2000.

Cécile Laborde, « Républicanisme critique vs républicanisme conservateur : repenser les 'accomodements raisonnables' », *Critique internationale*, 2009/3, n°44, p. 19-33.

Thierry Leterre, « Une identité nationale au pluriel ? », *Regards sur l'actualité*, n°358, 2010, p.

Janie Pélabay, "Le libéralisme politique à l'épreuve de la discrimination", *Raison présente*, n°152, 2004, p. 27-42.

Janie Pélabay, « Privatiser les valeurs publiques : La citoyenneté comme intime conviction ? », dans Anne Muxel (dir.), La v*ie privée des convictions : Politique, affectivité, intimité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2014, p. 39-60.

Thomas Piketty, « Les inégalités économiques sur longue période », dans Robert Castel *et al.*, *Les Mutations de la société française aujourd'hui. Les grandes questions économiques et sociales II*, Paris, La Découverte, 2007.

John Rawls, *Theory of Justice*, Harvard, Harvard University Press, 1971.

Vivien Schmidt & Claudio Radaelli, « Policy Change and Discourse in Europe: Conceptual and Methodological Issues », *West European Politics,* Volume 27, Number 2, March 2004, p. 183-210.

Patrick Simon, « Discriminations négatives – Pour une politique contre le délit de faciès », *Mouvements*, n° 44, « Émeutes et après ? », mars-avril 2006, p. 101-107.

Rapports institutionnels :

Jeannette Bougrab, « Vers des “affirmative actions” à la française ? », dans *Pour une société de nouvelle chance*. *Une approche républicaine de la discrimination positive*, rapport du Conseil d’analyse de la société, Paris, La Documentation française, 2006 ; Conseil d’Etat, *Sur le principe d’égalité*, Paris, La Documentation française, EDCE, 1997, n°48.

Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Le Principe d’égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997.

Simone Veil (présidé par), Rapport du comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, *Redécouvrir le préambule de la Constitution*, Rapport remis au président de la République en décembre 2008, Paris, La Documentation française, 2009.

Références bibliographiques en droit administratif :

G. Alberton, « L’art de concilier déférence communautaire et résistance nationale », *Actualité juridique, Droit administratif*, 2015, p. 1761.

J. Benetti, L. Cluzel-Métayer, Chronique de l’observatoire de jurisprudence constitutionnelle, *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°35, 2012, pp. 226-233.

J. Benetti, L. Cluzel-Métayer, Chronique de l’observatoire de jurisprudence constitutionnelle, *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n°39, p.302-305.

A. Bretonneau, J. Lessi, « Limites d’âge des contrôleurs aériens et droit de l’Union : autorisation de vol », *Actualité juridique, Droit administratif*, 2014, p. 1029.

O. Bui-Xuan, *Le droit public français, entre universalisme et différentialisme*, Economica, Corpus Essai, 2004.

G. Calvès, « Non-discrimination et égalité : de la fusion à la séparation ? », *in* F. Fines, C. Gauthier et M. Gautier, *La non-discrimination entre les européens*, Pedone, 2012, p. 9 et 10.

L. Cluzel-Métayer, « Les principes d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, Analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *Revue française de droit administratif*, n°2, 2010, p. 309.

L. Cluzel-Métayer, « Le contentieux des discriminations devant le Conseil d'Etat. A la lumière de l'arrêt Mme Perreux », *Revue des Affaires Européennes*, 2009-2010, n°2 p. 277.

R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, 2003, p. 18.

M. Houser, « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », *Revue française de droit administratif*, n°2, 2010, p. 323.

D. Lochak, « Réflexion sur la notion de discrimination », *Droit Social*, 1987, p. 778.

C. Mayeur-Carpentier, « La législation française sur les pensions de retraite est encore discriminatoire… à l'égard des hommes », *Actualité juridique, Fonction publique*, 2015, p. 148.

Jean-Marc Sauvé, « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », intervention lors du colloque « 10 ans de droit de la non-discrimination » organisé par le Défenseur des droits, Cour de cassation, octobre 2015.

B. Seiller, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *in Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 979.

Bernard Stirn, « Le juge administratif et les discriminations », intervention lors du colloque « 10 ans de droit de la non-discrimination » organisé par le Défenseur des droits, Cour de cassation, octobre 2015.

Alexis Zarca, « Conseil constitutionnel. L'imprégnation française de la discrimination positive : de l'obligation de favoriser l'accès des néo-calédoniens à la fonction publique locale », *Actualité juridique, Fonction publique*, mai 2015.

Références bibliographiques en droit civil (travaux de D. Borillo) :

BORRILLO, D., L'homophobie, Presses Universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », Paris, 2000.

- *Amoures égales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, (avec P. Lascoumes), La Découverte, coll. « Sur le vif », Paris, 2002.

- *Homosexuels quels droits ?* Présentation de Jack Lang, Dalloz, coll. « A savoir », Paris, 2007.

- *Homosexualité et discrimination en droit privé* (avec Th. Formond), La documentation française, coll. « Etudes et Recherches », Paris, 2007.

- *Le droit des sexualités,* Presses Universitaires de France*,* coll. « Les voies du droit »*,* Paris, 2009.

- *Bioéthique*, Dalloz, coll. « A savoir », Paris, 2011.

- *Homosexualités et Droit : de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Presses Universitaires de France, coll. "Les voies du droit", Paris, 1998. (2ème édition corrigée, mai 1999).

- *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité* (co-direction, E. Fassin et M. Iacub), PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », Paris, 1999.

- *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, coll. « Recherches », Paris, 2003.

- *Halde : Actions, limites et enjeux*, La Documentation Française, coll. « Etudes et Recherches », Paris, 2007.

- *Au-delà du mariage*. Numéro spécial de la Contemporary French Civilisation Journal. Vol 39 n°3 (co-dirigé avec Eric Fassin, décembre 2014.

Chapitres dans des ouvrages collectifs

BORRILLO, D.,« Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996 » (avec Th. Pitois) in : Borrillo (Ed.) *Homosexualités et Droit*, PUF, 1998.

- « Fantasmes des juristes vs *Ratio juris* : la *doxa* des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe » in : D. Borrillo, E. Fassin et M. Iacub (Dir.) *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », Paris, 1999.

- « Sexual Orientation and Human Rights in Europe » *Peace, Justice and Freedom. Human Rights Challenges for the New Millennium*. The University of Alberta Press, Canada, 2000, pp. 303-311.

- "The *Pacte Civil de Solidarité* in France : Midway Between Marriage and Cohabitation", in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A study of National, European and International Law*, R. Wintemute et M. Andenaes, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, pp. 475-493.

- « Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle » in : *La lutte contre les discriminations. Entre théorie et pratique, entre droit et politique*. Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux, Université de Paris X-Nanterre, 2002.

- « La politica anti-discriminatoria dell'Unione Europea » in: Stefano Fabeni et Maria Gigliola Toniollo (Ed.), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: l'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Roma, Ediesse, 2005.

- «Le long chemin vers la dépénalisation totale de l'homosexualité» et "Le statut des couples hétérosexuels : un privilège injustifiable dans une société démocratique » in: *Le sexe et ses juges* (ouvrage collectif du Syndicat de la Magistrature coordonné par E. Alt), Edition Syllepse, Paris, 2006, pp. 111-117 et 151-161.

- "Homosexual individuals, same-sex couples and homoparental families: an analysis of French legal reality", in: A. Weyembergh and S. Carstocea, *The gays' and lesbians' rights in an enlarged European Union*, Institut d'études européennes,

Editions de l'Université de Bruxelles, 2006, pp. 49-80.

- « Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité : un révélateur de notre capacité à assumer la modernité » in : *Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques*, PUF, Paris, 2006.

- « Apport philosophique et contribution pratique du droit européen en matière de lutte contre les discriminations » in : E. Fassin et J.-L. Halpérin *Discriminations : Pratiques, savoirs, politiques* (Dir.), La Documentation Française, coll. « Etudes et Recherches », Paris, 2009, pp. 33-48.

- « Hommes/Femmes : de quel sexe juridique êtes-vous ? », in : L. Guittienne et M. Prost, *Homme-femme : de quel sexe êtes-vous ?* Presses Universitaires de Nancy, 2009, pp. 161-170.

- « Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes ? in : A. Shuster (Ed.), *Equality and Justice. Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*, Forum, Editrice Universitaria Udinese, Udine, 2011, pp. 41-51.

http://www.equaljus.eu/sites/equaljus.eu/files/Equality%20and%20Justice%20-%20ISBN%20e-book.pdf

- "Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre" in N. Gallus (Dir.), *Droit des familles, genre et sexualités*, LGDJ, Anthémis, Bruxelles, 2012, pp. 7-24.

- « Egalité et lutte contre les discriminations », *Droit et grands enjeux du monde contemporain*, La Documentation française, Paris, 2012, pp. 145-156.

- « Lutter contre les discriminations et aussi contre les inégalités » *Mélanges en l'honneur de Jacques Chevallier*, Paris, Lextenso, coll. Experts, 2013, pp. 223-229.

Articles dans des revues avec comité de lecture

BORRILLO, D.,« Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union Européenne », *McGill Law Journal*, vol. 46, August 2001 pp. 877-922.

- « Le Pacte civil de solidarité : une reconnaissance timide des unions de même sexe », *AJP, Aktuelle Juristische Praxis* n° 3/2001, Dike Verlag AG St Gallen Schweiz, pp. 299-306.

- « Les instruments juridiques français et européens dans la mise en place du principe d'égalité et de non-discrimination », *Revue Française des Affaires Sociales*, N° 1, 56e année, janvier-mars 2002, pp. 113-129.

- « L'aventure ambiguë du pacs » (avec E. Fassin) *Regards sur l'actualité*, La documentation française, n° 286, décembre 2002.

- « Différence des sexes et adoption : la psychanalyse administrative contre les droits subjectifs de l'individu » (cosigné avec Th. Pitois-Etienne), *Revue de Droit de McGill*, vol 49, N° 4, octobre 2004, pp. 1035-1056.

- « Droit et Politique Européenne du Genre et de l'Orientation Sexuelle », *Gender Law and Policy Annual Review*, Vol. 2, 2004, Tokyo, pp. 7-16.

- « La lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit

européen et français », Revue *Droit et Cultures* n° 49, 2005/1, Paris, pp. 129-145.

- « El matrimonio entre personas del mismo sexo », Revista *Mundo Jurídico*, (6/9/2005) Brésil:

http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=341

- «Who is Breaking with Tradition? The Legal Recognition of Same-Sex Partnership in France and the Question of Modernity», *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 17, N°1, 2005, pp. 89-97.

– « Droit et Homosexualité: une réconciliation fragile », *Droit et Cultures* n°56, 2008/2 pp. 35-47. http://droitcultures.revues.org/150

- « La vérité biologique contre l'homoparentalité : le statut des beaux-parents ou le « PaCS de la filiation », *Droit et Société* n°72/2009, pp. 361-371.

- « Le rôle du juge européen dans la reconnaissance des droits des gays et des lesbiennes », *Bulletin d'histoire politique*, Homosexualités et politique en Europe, UQAM, vol. 18, numéro 2, Montréal, hiver 2010, pp. 101-112.

- « El pacto civil de solidaridad : contractualización del matrimonio o matrimonialización de la convivencia more uxorio ?, *Derecho de Familia, Revista pluridisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. "Las relaciones de hecho en la familia" (directora Cecila P. Grosman) N° 46, Julio/Agosto 2010, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 39-49.

- « La nationalisation du corps et de la vie dans le dispositif bioéthique français », *Raison Publique*, 2010. Revue en ligne :

http://www.raison-publique.fr/article304.html

- « La Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité : Un laboratoire juridique éphémère ? », *Revue Française d'Administration Publique*, 2011 (n°139) pp. 369-380, cosigné avec V.-A. Chappe.

- « Biologie et filiation : les habits neufs de l'ordre naturel »**,** *Contemporary French Civilization. Vol 39 n°3* Liverpool University Press, pp/ 303-319

- « L'intersexualité et l'état des personnes », *Forum* n°341, Gesselschaft, Luxembourg, juin 2014.

- « Mariage pour tous et filiation pour certains : les résistances à l'égalité des droits pour les couples de même sexe », *Revue Droits et Cultures* n° 69, 2015, pp. 179-220.

Rapports institutionnels

- « Etude comparative franco-canadienne sur les politiques publiques de lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », Rapport pour le gouvernement canadien, février 2004.

- « Combating sexual orientation discrimination in employment in France » Report of the European Group of Experts about the implementation up to April 2004 of Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. Universiteit Leiden (E. M. Meijers Institute of Legal Studies, November 2004), pp. 183-207.

- “Major legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same sex partners in France”, in Kees Waaldijk (ed.), *More or Less Together: levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners. A comparative study of nine European countries*, *INED, Documents de Travail* n° 125, 2005, pp. 93/107.

- « Régime Juridique des discriminations fondées sur l’orientation sexuelle », Rapport pour la HALDE, Paris, juillet 2006.

- « Mapping study on existing national legislative measures to combat discrimination in fields where Community legislation has not been introduced such as social protection, social services and advantages, education, and access to and supply of goods and services”. Rapport à la Commission de l’UE, *Human European Consultancy*, 2007.

– « L’apport juridique européen dans la lutte contre les discriminations », COMEDD (Comité pour la mesure et l’évaluation de la diversité et des discriminations), Séance n° 5 du 2 juin 2009 « Le cadre politico-juridique national et européen ». Président : François Héran.

- “Study on Equality Bodies set up under Directive 2000/43/EC, 2004/113/EC and 006/54/EC: France”. Rapport à la Commission de l’UE, *Human European Consultancy*, 2010.

- “Acces to justice in case of discrimination: the situation of France” in A. Terlouw, B. Liegl, K. Wladasch and N. Crowley *ACCESS TO JUSTICE – A SOCIOLOGICAL STUDY ON CASES OF DISCRIMINATION IN THE EU* – Fundamental Rights Agency EU december 2012.
http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2012-access-to-justice-social.pdf

- “BRIDGING THE DIVIDE? Integrating the Functions of National Equality Bodies and National Human Rights Institutions in the European Union”, Londres, octobre 2013

Références bibliographique pour l’étude sur les Pays-Bas :

Articles et rapports :

Goldschmidt, Jenny, « Protecting Equality as a Human Right in the Netherlands. From Specialised Equality Body to Human Rights Institute », *The Equal Rights Review*, 8(1), 2012, p. 32-49.

Iyiola, Solanke, *Making Anti-Racial Discrimination Law: A Comparative History of Social Action and Anti-Racial Discrimination Law*, London, Routledge, 2009.

Geddes, Andrew, « Britain, France, and EU Anti-Discrimination Policy: The Emergence of an EU Policy Paradigm », *West European Politics*, vol. 27, n° 2, 2006, p. 334-353.

Rapport du Conseil de l'Europe, *Examples of good practice in the field of protection and promotion of Human Rights*. In response to the invitation by the Commissioner for Human Rights. Example from the Netherlands - Municipal Anti-Discrimination Services
: http://www.coe.int/t/commissioner/Activities/GoodPractices/Netherlands_antidiscriminationservices.pdf, consulté en ligne le 27.06.2016.

Références en droit du travail :

L. Cluzel, M. Mercat-Bruns, Etude comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, étude proposée à la Halde La Documentation française, 2011

Politiques antidiscriminatoires, (dir J. Ringelheim, G. Herman), A. Rea, De Boeck 2015

L. Pécaut-Rivolier, Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif, 17 déc. 2013

A.McColgan, Discrimination, Equality and the Law Hart 2014

C. Radé, « Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise : Tous égaux, tous différents », *Liaisons sociales*, 2011.

E. Serverin, F. Guiomard « Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité. Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010) Mission Droit et Justice (2013),

B. Bossu, « Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel : La réalisation contentieuse d'un droit fondamental » Mission Droit et Justice Université de Lille 2, Droit et Santé (sept. 2014).

M. Mercat-Bruns, Discrimination at Work: Comparing European, French, and American Law. Oakland: University of California Press, 2016. doi: http://dx.doi.org/10.1525/luminos.11

M. Mercat-Bruns, Discriminations en droit du travail: dialogue avec la doctrine américaine, Dalloz, Collection « A droit ouvert » mars 2013

M. Mercat-Bruns, E. Boussard Verrecchia, Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? RDT 2015, p. 660

M. Mercat-Bruns, L'identification de la discrimination systémique**,** RDT 2015, p. 672

M. Mercat-Bruns, Discriminations multiples et identité au travail au croisement des questions d'égalité et de liberté**,** RDT 2015, p.28

M. Mercat-Bruns, Illegitimate differential treatment in France, Special Issue of the International Journal of Discrimination and the law (Sage Publication/accès par site Sage)

M. Mercat-Bruns, Discrimination multiple : le défi de la preuve, D 2014, p. 954

M. Mercat-Bruns, Commentaire de l'arrêt du 30 sept. 2013 n° 12-14752, 12-14964 : Le contrôle judiciaire effectif des discriminations indirectes, RDT janvier 2014, p.45

M. Mercat-Bruns, Harcèlement sexuel au travail en France: entre rupture et continuité, Quel genre de droit ? Lectures féministes du droit français, REGINE (Ed. CNRS 2014)

M. Mercat-Bruns, La personne au prisme des discriminations indirectes (Recueil Dalloz n°37, 31 oct. 2013), p. 2475

M. Mercat-Bruns, Le jeu des discriminations multiples, Revue de droit du travail 2013 p.254

M. Mercat-Bruns, Que doivent les autres types d'exigence d'égalité à l'égalité femme-homme ? L'exemple de l'âge in Egalité et droit social (J-F. Akandji-Kombé Bibliothèque de l'IRJS 2014, p. 195

ANNEXES

A. Annexe méthodologique

1. Grille d'entretien de science politique et utilisée aux Pays-Bas

Principe :

Cet entretien est « en entonnoir ».
Il débute par une question très large appelée consigne :
« En votre qualité de responsable politique/ institutionnel / associatif/ syndicaliste ou de juge/juriste, j'aimerais que l'on parle ensemble de ce que c'est pour vous que la non-discrimination ».

Puis, au cours de l'entretien, l'interviewé-e est orienté-e par des relances ayant pour but de lui faire développer des thèmes jugés essentiels.

Thèmes clés :

1. Mise au point sémantique :
1.1. Généalogie et genèse de ce terme :
- Quand ce terme est-il apparu en France/ Aux Pays-Bas ?

Quelles sont les filiations ? Influences internationale : américaine ou/et européenne ?
Globalisation, émergence des droits fondamentaux ?
- Quel a été son parcours, son évolution ?

1.2. Spécificité ou/continuité par rapport aux politiques d'égalité déjà mises en œuvre :
- Principe d'égalité devant le droit : En quoi le principe juridique de non-discrimination se distingue-t-il du principe d'égalité ?
- Position par rapport au principe d'égalité : en quoi les politiques visant la lutte contre les discriminations se différencient-elles des politiques de promotion de l'égalité ?
- Dépolitisation par le glissement de la déconstruction des inégalités structurelles et collectives au recours individuel en discrimination.
- Judiciarisation du droit, contrôle par la QPC en France ?

1.3. Position par rapport aux libertés :
- Tension entre les droits antidiscriminatoires, en particulier sexués, et l'expression des libertés, en particulier de religion (cf. débat sur le port du voile, dilemme d'Okin).

- Le droit et les politiques publiques de non-discrimination traduisent-ils une prolifération des revendications individuelles de libertés ? Si oui, quel(s) type(s) de liberté individuelle sont primordialement en jeu ? (cf. Critique sous-jacente d'un libéralisme des droits et d'une « démocratie procédurale », dont l'incarnation serait « l'Europe des droits », et qui s'opposerait à l'approche républicaine).

2. Actualité de cette notion :

2.1. Les acteurs de la lutte contre les discriminations :

- Type d'acteur : législateurs, magistrats, juristes, institutions comme le Défenseur des Droits, syndicats, associations, individus ?
- Articulation ou hiérarchie entre les acteurs en termes de visibilité, d'efficacité et d'implication dans le traitement des demandes/du contentieux.

2.2. Niveau d'intervention :

- National/Local
- Phénomène individuel ou de société :
  - Recours par rapport aux discriminations directes/indirectes/systémiques/structurelles.

Pour expliciter l'expression de discrimination systémique, nous pouvons nous inspirer de la définition québécoise de la discrimination systémique dans l'emploi : « une situation d'inégalité cumulative et dynamique, résultant de l'interaction sur le marché du travail, de pratiques, de décisions ou de comportements individuels ou institutionnels, ayant des effets préjudiciels, voulus ou non, sur les membres d'un groupe », 5V. M-T. Chicha-Pontbriand, *Discrimination systémique : fondement et méthodologie*, Commission des droits de la personne du Québec, éd. Yvon Blais, 1989, p. 85.

- Jurisprudence sociale : faut-il un comparateur ? La Cour de cassation énonce que la discrimination ne suppose pas forcément la comparaison. Que pensez-vous de cette évolution ?

2.3. Type de sanction et de responsabilité :

- Le droit de la non-discrimination relève d'une politique répressive (pénale) ou d'une politique de réparation (civil ou administratif) ?
- Type de responsabilité : Responsabilité des personnes privées (dynamiques interindividuelles) ? Responsabilités systémiques, des institutions (structures de la société) ?

2.4. Type d'avancée et de résistance :

- Quelles lois marquent selon vous des avancées et des résistances (lois de 2001, de 2008, 2012) ?
- Acteurs des évolutions et des résistances ?
- Cause des difficultés à mettre en œuvre de ce type de droits : résistances propres au système juridique/politique national ? Ou bien difficultés dues à la législation antidiscriminatoire en tant que telle ?

3. Modalités de mise en œuvre :

3.1. La question de la preuve : Compter et prouver pour agir ?

- La mesure : positionnement par rapport aux statistiques « ethniques ou raciales » appelées « statistiques de la diversité ». Jurisprudence sociale : que pensez-vous des preuves par panel de comparaisons, comme la méthode Clerc ?

Preuve variable selon la discrimination directe ou indirecte

- Aménagement de la preuve
- Positionnement par rapport aux mesures de discriminations positives, action positive (notion européenne), aux quotas, des accords ou chartes de diversité qui évoquent la non-discrimination.

3.2. Les critères de discrimination :

- La liste des 20 critères est-elle selon vous complète ou à compléter ? Trop étendue ? Pertinente ?
- Tous les critères de discrimination ont-ils la même portée juridique ?
- Que constitue, pour vous une exigence essentielle et déterminante qui justifie une différence de traitement, quel que soit le critère ? Les mêmes régimes ? (exceptions/handicap, âge)?
- Les critères liés à l'origine ethnoculturelle ont-ils une spécificité ? Que pensez-vous du nouveau critère de la résidence ? Les débats sur l'inclusion de la condition ou l'origine sociale ?
- Conception segmentée, additionnelle, intersectionnelle ou concurrentielle des critères de discrimination : connaissez-vous la discrimination multiple évoquée par les normes européennes ?
- Le cadre juridique est-il encore celui du motif principal de discrimination ?

3.3. L'efficacité des politiques de lutte contre les discriminations :

- Comment analysez-vous les effets de la lutte contre les discriminations ?
- Nombre et type de recours
- Réparations ou/et sanctions individuelles, ou modification organisationnelle, voire structurelle

Jurisprudence sociale : Comment prouver le préjudice et la réparation ? La preuve de la qualification de discrimination est-elle suffisante ?

3.3. Type de « référentiel » :

- La non-discrimination incarne-t-elle une conception de l'égalité ? La non-discrimination fait-elle émerger autre chose que l'égalité ?
- Quelle conception du droit incarne-t-elle ?
- Quelle conception du « vivre ensemble »/du lien socio-politique/de l'intégration ?
- Dimension normative : entre responsabilité individuelle et collective

2. Liste des personnes interviewées pour le volet de science politique

Acteurs institutionnels

- Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) : la présidente Christine Lazerges.

- Commissariat Général de l'Egalité des Territoires (CGET)
  - Bureau lutte contre les discriminations
  - Raphaël Le Méhauté, commissaire général délégué, directeur de la ville et de la cohésion urbaine du CGET.

- Défenseur des droits :
  - Jacques Toubon, Défenseur des droits.
  - Nathalie Bajos, directrice de la promotion de l'égalité et de l'accès des droits
  - Patrick Gohet, adjoint en charge de la lutte contre les discriminations et de la promotion de l'égalité.
  - Martin Clément, chargé des études.

- Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme et l'antisémitisme :
  - Le délégué Gilles Clavreul.

Ministères

- Ministère de l'Education nationale : deux membres du cabinet de la Ministère.

- Secrétariat d'Etat aux droits des femmes : la ministre Pascal Boistard

- Secrétariat d'Etat chargée des personnes handicapées et de la lutte contre l'exclusion auprès de la Ministre des Affaires sociales : un conseiller

- Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social : Conseiller auprès du Ministre

- Ministère de la Justice :
  - Conseiller juridictions administratives, libertés publiques et affaires institutionnelles au cabinet de la garde des Sceaux.
  - Nathalie Riomet, cheffe du Service de l'accès au droit et à la justice et de l'aide aux victimes au Ministère de la Justice.
  - Robert Gelli, directeur des affaires juridiques et des grâces au Ministère de la Justice.

- Ministère de l'Intérieur : sous-direction de l'accueil et de l'accompagnement des étrangers.

- Ministère de la Ville, de la Jeunesse et des Sports : Pôle social

- Conseiller en charge de la citoyenneté et de la lutte contre les discriminations
- Conseiller spécial auprès de la Secrétaire d'Etat en charge de la politique de la ville.

Associations

- Ligue des droits de l'Homme :
  - Michel Miné, membre du bureau national et co-responsable du groupe de travail sur les discriminations de la Ligue des droits de l'Homme. Professeur de droit au CNAM, ancien inspecteur du travail.

- ATD Quart Monde :
  - Geneviève de Coster, représentante d'ATD Quart Monde à la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme et Bert Luyts, délégué national.

- MRAP
  - Bernadette Hetier, co-présidente et Michèle Fougeron, membre du comité exécutif en charge de la lutte contre les discriminations.

- SOS Racisme
  - Dominique Sopo, président
  - Etienne Allais, directeur général

- Ligue de l'enseignement :
  - Nicolas Sadoul, secrétaire national délégué à la Laïcité, à la Formation, aux politiques territoriales, à l'éducation à l'environnement et au développement durable.

Syndicats et organisations professionnelles

- CFDT :
  - Jean-Louis Malys, SN CFDT en charge des discriminations
  - Omar Benfaïd et Barbara Serrano, secrétaires confédéraux

- CFTC :
  - Pascale Coton, secrétaire générale

- Confédération FO :
  - Véronique Lopez-Rivoire, responsable du service juridique

- CFE-CGC :
  - Carole Couvert, présidente

- CGT :
  - Ghislaine Hoareau, conseillère conférale, collectif confédéral « Droits, Libertés et Actions Juridiques »

- MEDEF :
  - Gaëlle Simon, direction des affaires juridiques
  - Céline Micoulin directrice Entreprises et Société

- Chantal Foulon, directrice adjointe « Relations du travail » à la direction des affaires sociales.

3. Grille d’entretien en droit administratif à l’attention des magistrats

1. Mise au point sémantique

Qu’est-ce pour vous que la non-discrimination ? Est-ce différent du principe d’égalité ? Si oui, pourquoi ? Si non, pourquoi ?

Comment les requérants utilisent ces deux principes ? Est-ce qu’ils commencent à mobiliser la loi de 2008 en lieu et place du principe d’égalité ? Pensez-vous que cette utilisation du principe de non-discrimination contribue au recul de celle du principe d’égalité ?

2. Quel est pour vous le rôle du Défenseur du droit ? Avez-vous déjà travaillé avec le Défenseur des droits ? Le cas échéant, ses observations vous ont-elles servi ? Ont-elles, in fine, été suivies par le juge administratif ?

3. Modalités de mise en œuvre :

3.1 La question de la preuve : est-ce que l’aménagement de la charge de la preuve consacré par la loi de 2008 et la Jurisprudence Mme Perreux de 2009, a concrètement facilité la reconnaissance de situation de discrimination ?

3.2 Pour vérifier s’il y a eu discrimination, la méthode dite du « un test de comparaison » vous semble-t-elle pertinente ? Vous a-t-elle déjà aidé à trancher ? Est-ce au magistrat ou au requérant de réaliser ce test ou du moins, d’en apporter les éléments de preuve ?

3.3 Au regard de la jurisprudence, le juge administratif semble hésiter à sanctionner les discriminations indirectes. Avez-vous été confronté à une discrimination de ce type ? Ces discriminations vous semblent-elles plus difficile à prouver que les discriminations directes ?

3.4 Les critères de discrimination : La liste des 20 critères fixés par la loi est-elle selon vous complète ? Connaissez-vous la discrimination multiple évoquée par les normes européennes ? Quand le requérant avance plusieurs critères de discrimination, le juge en privilégie-t-il un, pour ne retenir au final qu’un motif principal de discrimination ?

3.5 Structure du contentieux : Le droit des discriminations a été plutôt, au départ, mobilisé à l’appui de recours pour excès de pouvoir. Depuis l’arrêt Mme Perreux, il semble que les requérants optent également pour des recours en responsabilité. Avez-vous été confronté à l’une ou l’autre de ces hypothèses ? Est-il difficile d’évaluer le préjudice résultant d’une discrimination ? Comment est-il évalué ?

4. Grille d'entretien en droit du travail à l'attention des magistrats et d'autres acteurs en droit du travail

(Avocats spécialisés, Inspecteurs du travail, Syndicalistes qui sont juges des Prud'hommes, Magistrats Cour d'appel, Cour de Cassation)

1. Mise au point sémantique

Qu'est-ce pour vous que la non-discrimination ? Est-ce différent du principe d'égalité ? Si oui, pourquoi ? Si non, pourquoi ?

Comment les requérants utilisent ces deux principes ? Est-ce qu'ils commencent à mobiliser la loi de 2008 en lieu et place du principe d'égalité ? Pensez-vous que cette utilisation du principe de non-discrimination contribue au recul de celle du principe d'égalité ?

2. Quel est pour vous le rôle du Défenseur du droit ? Avez-vous déjà travaillé avec le Défenseur des droits ? Le cas échéant, ses observations vous ont-elles servi ?

3. Modalités de mise en œuvre :

3.1 La question de la preuve : est-ce que l'aménagement de la charge de la preuve consacré par la loi de 2008 a concrètement facilité la reconnaissance de situations de discrimination ?

3.2 Pour vérifier s'il y a eu discrimination, la méthode dite des panels de comparaison » vous semble-t-elle pertinente ? Pourquoi ? Est-elle applicable à tous les critères de discrimination ?

3.3 Comment expliquez-vous que la plupart du contentieux en droit du travail concerne la discrimination syndicale ?

3.4 Pensez-vous que les conventions collectives peuvent être source de discriminations? Avez-vous été confronté à ce genre de contentieux ?

3.5 Au regard de la jurisprudence, le juge judiciare applique les discriminations indirectes. Avez-vous été confronté à une discrimination de ce type ? Ces discriminations vous semblent-elles plus difficile à prouver que les discriminations directes ?

3.6 Les critères de discrimination : La liste des 20 critères fixés par la loi est-elle selon vous complète ? Connaissez-vous la discrimination multiple évoquée par les normes européennes ? Quand le requérant avance plusieurs critères de discrimination, le juge en privilégie-t-il un, pour ne retenir au final qu'un motif principal de discrimination ? Que pensez-vous de l'adoption éventuelle d'un critère de précarité sociale ?

3.7 Pensez-vous qu'il soit utile d'avoir la qualification de harcèlement discriminatoire ou le harcèlement moral peut se coupler tout simplement avec la discrimination ?

3.8 Structure du contentieux :

En quoi l'action collective peut-elle être utile au contentieux des discriminations ? En quoi cette action peut-elle couvrir des situations discriminatoires différentes ou favoriser l'accès au droit ?

Liste anonyme des personnes interviewées en droit du travail : (entretiens oraux ou écrits):

Ancienne Vice Présidente (salarié) Conseil des Prud'hommes Paris

Conseillère Prud'homale Paris

Inspecteur du travail 1

Inspecteur du travail 2

Ancien juge référendaire à la Cour de cassation, Chambre sociale

Magistrat, Cour de cassation, Chambre sociale

Magistrat Cour d'appel, Chambre sociale (Région du Centre)

Magistrat Cour d'appel, Chambre sociale (grande agglomération de la région Auvergne-Rhône Alpes)

Magistrat Cour d'appel, Chambre sociale (Sud)

Magistrat Cour d'appel, Chambre sociale (Paris)

Avocate spécialisée Droit du travail, Discriminations

Avocat en charge d'une association qui intervient dans les entreprises pour proposer des modes alternatifs de résolution des conflits liés aux discriminations

B. Ordres du jour des réunions de pilotage

1. Réunion de pilotage 8/04/2014 au CEVIPOF

Présentation des équipes
Projet d'élaboration de la grille de lecture commune
Répartition des champs de recherches envisagés pour chaque équipe selon les disciplines et discussion relative aux missions aux Pays-Bas

2. Réunion de pilotage 1/07/2014 au CEVIPOF

Points sur le travail des chacun et comparaison des résultats en cours
Questionnements méthodologiques. Projet d'analyse supplémentaire des arrêts Jurica en droit privé
Projet de première mission aux Pays-Bas

3. Réunion de copilotage du 30/10/2014 au CERSA

Point sur l'avancée de chacun et point sur la logistique
Fixation du calendrier de croisement progressif des résultats
Discussion sur l'adaptation du questionnaire pour les entretiens des magistrats

4. Réunion de copilotage 10/2/2015 au CEVIPOF:

Bilan des progrès de chacun et comparaison des résultats
Etude de la jurisprudence du travail et résultats de la première mission comparée aux Pays-Bas
Calendrier de la suite/retroplanning jusqu'en juin (rapport intermédiaire)
Entretiens croisés en France : premiers résultats

5. Réunion de copilotage 12/05/2015 au CERSA:

Croisement des notes intermédiaires
Elaboration d'un plan du rapport intermédiaire
Discussion sur les questionnements transversales interdisciplinaires
Projet de deuxième mission Pays-Bas

6. Entretiens menés en commun entre politistes et juristes pour consolider l'approche pluridisciplinaire (avant l'été et à l'automne 2016):

Nathalie Riomet, Nathalie Bajos, Robert Gelli, Gilles Clavreul,

7. Réunion de copilotage du 12/02/2016 au CERSA

8. Réunion finale de copilotage 2/05/2016 au CEVIPOF

Echanges croisés sur les résultats finaux

Retroplanning pour la remise des parties de chacun et l'élaboration des conclusions communes

9. Missions aux Pays-Bas

Première Mission du 21 au 25 novembre 2014
Deuxième Mission du 23 au 25 juin 2015
Troisième Mission du 14 et 15 octobre 2015

10. Liste des personnes interviewées pour les missions aux Pays-Bas

Associations/agences locales :

- Hanna Nierstrasz et Michel Aben, chargés de l'accueil des victimes de discrimination à *Artikel 1* Utrecht, agence locale
- Cyriel Triesscheijn, directeur de RADAR/Art. 1, centre d'expertise pour l'ensemble des agences locales, Rotterdam
- Marcel Zwamborn, juriste, activiste et consultant, Human Consultancy, ancien membre du National bureau against racial discrimination, membre suppléant de l'ancienne commission néerlandaise pour l'égalité de traitement (Equal Treatment Commission), le 25 juin 2015

Institutionnels :

- Carien Evenhuis, activiste féministe et membre du groupe de travail sur la législation antidiscriminatoire au Ministère des Affaires Sociales et de l'Emploi.
- Dick Houtzager, commissaire au Collège pour les droits de l'Homme.
- Suzanne Koelman, spécialiste juridique des questions d'égalité de traitement et de non-discrimination, Ministère de l'Intérieur et des Relations au sein du Royaume.
- Natasja Moritz, conseillère principal lutte contre les discriminations, Ministère des Affaires sociales et de l'Emploi.
- Jeroen de Wildt, ancien président du groupe de travail interministériel sur la législation antidiscriminatoire, Ministère des Affaires Sociales et de l'Emploi.

Experts juridiques :

- Ed Faas, chargé « Discriminations » de la police nationale
- Paul Velleman, Procureur et Directeur du centre national d'expertise pour la lutte contre les discriminations (LECD), Bureau du procureur, le 24 juin 2015 et Ko Huitema, assistant au LECD.
- Laura Zuydgeest, avocate, spécialiste droit du travail.

Académiques/Transversal :

- Jenny Goldschmidt, ancienne présidente de la Commission pour l'égalité de traitement, ancienne directrice de l'Institut pour les droits de l'Homme de l'Université d'Utrecht (SIM), Professeure de Droit émérite
- Rikki Hooltmaat, professeure de Droit à l'Université de Leiden, spécialiste du droit de la non-discrimination, membre du réseau d'experts juridiques de la Commission européenne pour la non-discrimination
- Peter Rodrigues, professeur de droit à l'Université de Leiden, auparavant chargée de recherches à la Maison Anne Frank, ancien commissaire de la Commission pour l'égalité de traitement

Un préalable à ce travail implique une prise en compte de l'histoire des réformes institutionnelles récentes au niveau national (Collège des droits de l'Homme) et au niveau local (réformes des agences locales).

Table des matières détaillée

Liste des contributeurs *2*

Remerciements *2*

Index des abréviations : *3*

I. INTRODUCTION *4*

II. UNE RECHERCHE INTERDISCIPLINAIRE ET COMPAREE SUR LA MISE EN OEUVRE DE LA NON-DISCRIMINATION : LA MÉTHODOLOGIE SUIVIE *8*

A. En France **8**

1. Méthodologie politiste 8
2. Méthodologie juridique 12
   a) Devant les juridictions administratives : 12
      (1) Constitution du corpus jurisprudentiel 12
      (2) Entretiens 13
      (3) Confrontations 13
   b) Devant les juridictions civiles : 13
   c) Devant les juridictions du travail 14
      (1) Analyse jurisprudentielle : 14
      (2) Entretiens : 15
      (3) Croisement des résultats des analyses jurisprudentielles, analyses institutionnelles et des analyses comparées : 16

B. Aux Pays-Bas **16**

1. Déroulement de l'enquête : 16
2. Méthodologie pour l'étude comparée 17

III. LES RESULTATS DE LA RECHERCHE PAR CHAMP *18*

A. Résultats en science politique **18**

1. Contextes : généalogie et ancrage dans l'actualité 18
   a) Généalogie de l'institutionnalisation du principe de non-discrimination 19
   b) La République française en contexte de crise-s (2014-2015) 20
2. Les concepts en question(s) 22
   a) La relation aux idéaux politiques de base 22
      (1) Triptyque républicain : liberté, égalité, fraternité 22
      (2) Justice, solidarité, vivre-ensemble 24
   b) Les déclinaisons de l'égalité 24
      (1) L'égalité de droit au « pays des droits de l'Homme » 25
      (2) L'égalité de traitement ou l'effectuation d'un principe 26
      (3) L'égalité des chances : les ambiguïtés d'une méritocratie républicaine centrée sur la responsabilité individuelle 26
   c) Problèmes de qualification juridique 27
3. Les acteurs de la non-discrimination 28
   a) Questions d'échelle : de l'international au local 29
   b) Des rôles à répartir et à coordonner : 29

c) Les pratiques 31
4. Controverses : quel sens pour la non-discrimination ? 34
a) La question des critères : 35
b) Amélioration des outils de la non-discrimination : 36
c) Soft law / hard law : complémentarité ou substitution ? 39
d) Le rôle du droit : sanction, réparation, prévention 40

B. Résultats en droit administratif 43
1. Retour sur le principe d'égalité 43
a) La conception universaliste retenue par le Conseil d'Etat 43
b) L'évolution de l'emploi du terme « discrimination » par le juge administratif, révélateur d'une progression de l'utilisation du droit des discriminations 44
c) L'évolution du discours du juge administratif sur le droit des discriminations 45
d) La QPC au soutien du droit de la non-discrimination ? 45
2. Questionnement sur les critères de discrimination 46
a) La discrimination syndicale, premier contentieux des discriminations devant le juge administratif 46
b) L'invisibilité de certains critères et de la discrimination multiple 47
c) L'apparition des cas de harcèlement moral 48
d) Le critère de « précarité sociale » 48
e) Le critère de l'âge 49
3. Sur la nature de la discrimination 50
a) La sanction de la discrimination directe 50
b) La sanction de la discrimination indirecte 51
c) La question de la discrimination positive ou l'embryon d'un droit à la différence devant le Conseil constitutionnel 53
4. Sur la nature du contentieux 54
a) Le développement du contentieux indemnitaire 54
b) Remarques à propos du recours pour excès de pouvoir 55
5. Les questions de preuve 57
a) L'aménagement de la charge de la preuve 57
b) Les « tests de comparaison » 59

C. Résultats en droit civil 60
1. Quelques remarques méthodologiques concernant la présentation des résultats en droit civil. 63
2. Résistances du droit civil français au principe européen de non-discrimination 64
a) Le droit des personnes 66
(1) Une protection limitée 67
(2) La question de l'identité sexuelle en matière d'intersexualité 69
b) Droit des contrats 71
(1) La prise en compte des textes européens 71
(2) Les obstacles au principe de non-discrimination propres à la matière 73
c) Droit de la famille 76
(1) L'impossibilité judiciaire de constater le concubinage homosexuel 76
(2) L'impossibilité judiciaire de reconnaître le mariage sans genre 80
(3) Le mariage pour tous, la filiation pour certains 81
(4) La gestation pour autrui à l'étranger et ses effets en France 82

D. Résultats en droit du travail 84
1. Résistances à la notion même de discrimination : 86

a) Conjugaison ou confusion entre le contentieux de la discrimination et de l'égalité de traitement ou de l'égalité salariale ? ... 86
b) Une référence parfois imprécise à la discrimination sans renvoi explicite à un critère : ... 89
2. Les critères de la discrimination ... 89
a) Visibilité de certains critères de discrimination : ... 89
(1) Prééminence de la discrimination syndicale : ... 90
(2) Critères liés à des conditions d'ouverture de droits (âge avancé, inaptitude/état de santé, maternité/grossesse, sexe) et la question de la symétrie des critères : ... 94
(a) Maternité : ... 95
(b) Age et retraite : ... 96
(c) Etat de santé et protection de la maladie ... 102
(d) La difficulté du caractère symétrique du critère : ... 104
b) Emergence d'autres critères liés à des libertés revendiquées (religion, genre, situation de famille, orientation sexuelle, apparence physique, identité sexuelle)l ... 105
c) Invisibilité ou faible visibilité des autres critères (race, origine, moeurs et même sexe) ... 113
d) Couplage ou combinaison de critères discriminatoires (reconnaissance éventuelle des discriminations multiples ... 118
3. Diversification des notions de discrimination ... 124
a) Discrimination directe ... 125
b) Discrimination directe sans comparateur : ... 126
c) Discrimination indirecte : ... 127
d) Discrimination et harcèlement : ... 130
e) Discrimination par association : ... 132
f) Discrimination systémique ... 133
4. Contentieux de la discrimination : ... 136
a) Résistance de certaines cours d'appel à l'aménagement de la charge de la preuve : ... 137
b) Nouveaux moyens de preuve : ... 139
(1) S'agissant du pouvoir d'instruction du juge, la ré-ouverture des débats et l'Article 145 CPC : 139
(2) S'agissant du pouvoir du bureau de conciliation : ... 141
(3) S'agissant du pouvoir de l'inspecteur du travail, ... 141
(4) S'agissant de l'usage des panels de comparaison: ... 141
c) Preuve de la réparation et diversification des préjudices ... 143
d) Attentes face à l'action de groupe : ... 144

E. Résultats de la recherche interdisciplinaire sur les Pays-Bas ... 147

1. L'égalité au prisme de la non-discrimination ... 147
2. Un discours ambivalent sur la non-discrimination : ... 150
3. Les acteurs et le paysage institutionnels ... 151
a) Un réseau associatif important ... 151
b) Une autorité incontournable : le College voor de Rechten van de Mens (Collège pour les Droits de l'Homme) ... 153
c) En droit pénal : le rôle du Procureur et de la police ... 154
d) Action ministérielle ... 154
4. Défis actuels de la non-discrimination aux Pays-Bas ... 156
a) Restriction de la hard law, extension de la soft law : ... 156
b) Le droit de la non-discrimination : un visage fluctuant ... 159
c) Discriminations directes, indirectes, fondées sur un critère unique ou multiples, et le rapport à la preuve : les angles morts de la non-discrimination ... 160

IV. CROISEMENT DES RÉSULTATS EN SCIENCE POLITIQUE ET EN DROIT 162

A. Interrogations croisées à l'initiative des politistes :.....162

1. Sur le rôle de l'Europe : 162
2. Tension "hard" law/"soft" law :..... 164
3. Au-delà du traitement de la discrimination directe et à critère unique ?..... 165

B. Interrogations croisées à l'initiative des juristes : 168

1. Un fort attachement au principe d'égalité : 168
2. La prééminence de certains critères de discrimination :..... 171
3. La montée en technicité du contentieux des discriminations :..... 174
4. Confrontation des positionnements normatifs aux résultats du volet juridique : 176
5. L'état actuel du droit de la non-discrimination : suffisant ou à améliorer ? 177

V. CONCLUSION GÉNÉRALE.....179

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE 182

ANNEXES 191

A. Annexe méthodologique 191

1. Grille d'entretien de science politique et utilisée aux Pays-Bas 191
2. Liste des personnes interviewées pour le volet de science politique 194
3. Grille d'entretien en droit administratif à l'attention des magistrats 197
4. Grille d'entretien en droit du travail à l'attention des magistrats et d'autres acteurs en droit du travail..... 198

B. Ordres du jour des réunions de pilotage.....200

1. Réunion de pilotage 8/04/2014 au CEVIPOF 200
2. Réunion de pilotage 1/07/2014 au CEVIPOF 200
3. Réunion de copilotage du 30/10/2014 au CERSA..... 200
4. Réunion de copilotage 10/2/2015 au CEVIPOF: 200
5. Réunion de copilotage 12/05/2015 au CERSA:..... 200
6. Entretiens menés en commun entre politistes et juristes pour consolider l'approche pluridisciplinaire (avant l'été et à l'automne 2016): 200
7. Réunion de copilotage du 12/02/2016 au CERSA..... 200
8. Réunion finale de copilotage 2/05/2016 au CEVIPOF 200
9. Missions aux Pays-Bas 201
10. Liste des personnes interviewées pour les missions aux Pays-Bas 201

Table des matières détaillée.....203