



La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité : les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations

Tatiana Gründler, Jean-Marc Thouvenin

► To cite this version:

Tatiana Gründler, Jean-Marc Thouvenin. La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité : les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations. [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit et Justice. 2016, pp.470. halshs-03420594

HAL Id: halshs-03420594

<https://shs.hal.science/halshs-03420594>

Submitted on 9 Nov 2021

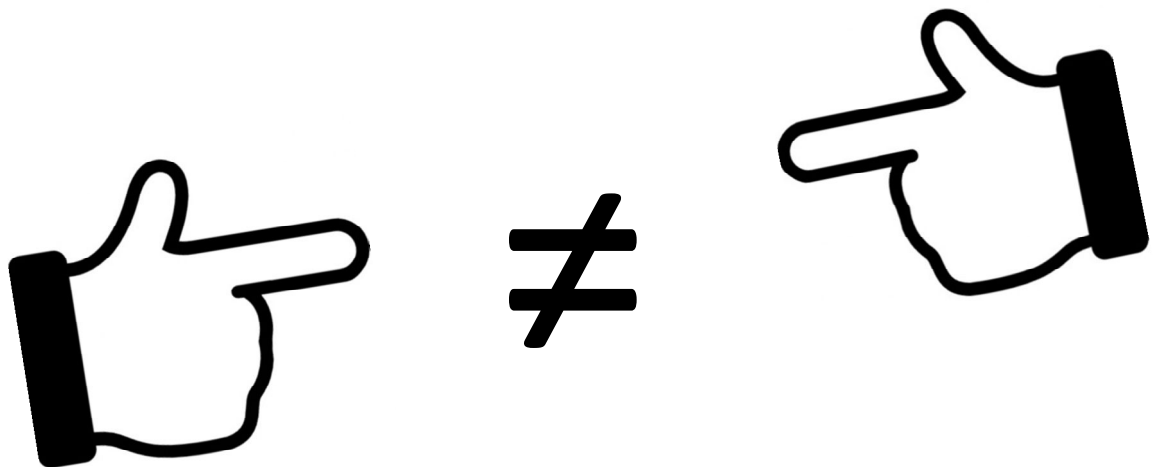
HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS A L'ÉPREUVE DE SON EFFECTIVITÉ

**Les obstacles à la reconnaissance juridique des
discriminations**



Sous la direction de
Tatiana GRÜNDLER, Maître de conférences, UPOND CTAD-CREDOF
Jean-Marc THOUVENIN, Professeur, UPOND CEDIN

Avec la participation de
Thomas DUMORTIER, Docteur, Post-doctorant sur le projet

Recherche réalisée avec le soutien de la mission de recherche Droit et Justice
Juin 2016

CHERCHEURS IMPLIQUES DANS LE PROJET

Le projet ayant rassemblé tous les laboratoires de recherche de l'UFR de droit et sciences politiques de l'**Université de Paris Ouest Nanterre La Défense**, les membres du projet sont, sauf indication contraire, membres de cette université.

EQUIPE RESPONSABLE

GRÜNDLER Tatiana, Maître de conférences, Centre de théorie et analyse du droit, équipe de recherche et d'études sur les droits fondamentaux.

THOUVENIN Jean-Marc, Professeur, Centre de Droit International de Nanterre

Post-doctorant sur le projet : DUMORTIER Thomas, Docteur, Centre de théorie et analyse du droit, équipe de recherche et d'études sur les droits fondamentaux

Responsables administratives : BENAYOUN Carine, Attachée d'administration, Fédération interdisciplinaire de Nanterre en Droit et MILLAN Stéphanie, Ingénieur d'études, Université Paris 8 Vincennes-Saint-Denis, associée au Centre de Droit International de Nanterre.

LISTE DES CHERCHEURS

Amrani Mekki Soraya Professeur, Centre de Droit pénal de criminologie

Azi Abdelghani, Doctorant, Centre de Recherches sur le Droit Public

Bellivier Florence, Professeur, Centre de Droit pénal de criminologie

Boujeka Augustin Maître de conférences, Centre d'études juridiques européennes et comparées

Boussard Sabine, Professeur, Centre de Recherches sur le Droit Public

Carles Isabelle, Chercheuse associée à la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en Droit

Champeil-Desplats Véronique, Professeur, Centre de théorie et analyse du droit, équipe de recherche et d'études sur les droits fondamentaux

Conigliaro Civello Silvio, Docteur, Centre de Droit pénal de criminologie

Danis-Fatôme Anne, Maître de conférences HDR, Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique

Desprez François, Maître de conférences, Centre de Droit pénal de criminologie

Domenach Jacqueline Professeur, Centre de Recherches sur le Droit Public

Dumortier Thomas, Docteur, Centre de théorie et analyse du droit, équipe de recherche et d'études sur les droits fondamentaux

Fercot Céline, Maître de conférences, Centre de théorie et analyse du droit, équipe de recherche et d'études sur les droits fondamentaux

Foegle Jean-Philippe, Doctorant, Centre de théorie et analyse du droit, équipe de recherche et d'études sur les droits fondamentaux

Fondimare Elsa, ATER, Centre de théorie et analyse du droit, équipe de recherche et d'études sur les droits fondamentaux

Grosbon Sophie, Maître de conférences, Centre de Droit International de Nanterre

Gründler Tatiana, Maître de conférences, Centre de théorie et analyse du droit, équipe de recherche et d'études sur les droits fondamentaux

Guimard Frédéric, Maître de conférences, Institut de Recherche Juridique sur l'Entreprise et les Relations Professionnelles

Hervás-Hermida Clara, ATER, Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique

Hoffschir Nicolas, Docteur, Centre de Droit pénal de criminologie

Kombila Hilème, Docteure en droit, Université Paris Créteil

Lamour Marianne, ATER, Centre de Droit International de Nanterre

Leblond Lauren, Maître de conférences, Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique

Lucas Rachel, Doctorante, Centre de Droit International de Nanterre
 Medard Robin, Doctorant, Centre de théorie et analyse du droit, équipe de recherche et d'études sur les droits fondamentaux
 Menduiña Gordón Eva, Maître de conférences, Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique
 Omarjee Ismaël, Maître de conférences, Centre d'études juridiques européennes et comparées
 Orif Vincent, Maître de conférences, Université de Caen, Institut Demolombe
 Pichard Marc, Professeur, Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique
 Rapi Patricia, Maître de conférences, Centre de théorie et analyse du droit, équipe Théoris
 Roccati Marjolaine, Maître de conférences, Centre d'études juridiques européennes et comparées
 Rodopoulos Yannis, Docteur, Centre de Droit pénal de criminologie
 Slama Serge, Maître de conférences HDR, Centre de théorie et analyse du droit, équipe de recherche et d'études sur les droits fondamentaux
 Thibierge Louis, Maître de conférences, Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique
 Thouvenin Jean-Marc, Professeur, Centre de Droit International de Nanterre
 Touillier Marc, Maître de conférences, Centre de Droit pénal de criminologie
 Tsalpatourou Asimina, ATER à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, doctorante au Centre de Recherche en Droit Constitutionnel de Paris I Panthéon-Sorbonne.
 Wolmark Cyril, Professeur, Institut de Recherche Juridique sur l'Entreprise et les Relations Professionnelles

Remerciements

Pour leurs recherches complémentaires réalisées pour l'élaboration du rapport à :
 Augustin Boujeka pour son travail sur les discriminations fondées sur le handicap et intersectionnelles
 Silvio Conigliaro Civello pour son travail sur le droit pénal
 Frédéric Guiomard pour son travail sur les associations
 Hilème Kombila pour son travail sur la hiérarchie verticale
 Lauren Leblond pour son travail sur les refus de soins des bénéficiaires de la CMU
 Mélanie Marchand pour son travail sur le Défenseur des droits
 Ismaël Omarjee, Marjolaine Roccati et Hilème Kombila pour leur travail sur le droit de l'Union européenne
 Marc Touillier pour son travail sur le testing en Italie.
 Asimina Tsalpatourou, pour son travail sur les discriminations dans le logement social.

A Véronique Champeil-Desplats et Marc Pichard pour leur participation active et décisive dans les derniers moments d'écriture et de relecture du rapport,

Et à Marie-Xavière Catto pour son soutien et son aide essentielle dans l'édification et la relecture du rapport.

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n°214.06.03.26). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

Sommaire

Rapport

Introduction générale	1
I - Organisation et séquençage des travaux	1
II – Hypothèses initiales	4
III – Plan du rapport final	7
I. Les insuffisances du dispositif juridique	11
A. Les manques pour penser les discriminations	11
1. Les angles-morts du droit des discriminations	12
2. Une hiérarchie impensée des motifs de discrimination	32
B. Des manques pour établir les discriminations	44
1. La promotion des actions collectives en question	45
2. Une adaptation incomplète du régime probatoire	49
II. Les obstacles à la mise en œuvre juridictionnelle	71
A. Des obstacles exogènes	72
1. Un premier verrou : des principes juridiques opposés	72
2. Un second verrou : l' <i>habitus</i> du juge	79
B. Des obstacles endogènes	90
1. La difficile identification juridictionnelle des discriminations	91
2. L'inadéquation de la réponse aux discriminations établies	107
Bibliographie	122
Table des matières détaillée comprenant la liste des annexes	134
Résumé	
La note de synthèse	

Annexes

Les écueils du contentieux anti-discriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne	3
Robin Médard	3
De quelques obstacles conceptuels à la reconnaissance juridique des discriminations	
Véronique Champeil-Desplats	44
La contribution des conventions du Conseil de l'Europe à la lutte contre les discriminations	61
Marianne Lamour & Rachel Lucas	61
Quelle effectivité de la lutte contre les discriminations ? Les enseignements du système de la Charte sociale européenne	114
Tatiana Gründler	114
La lutte contre les discriminations dans le discours législatif.	136

Céline Fercot & Marc Pichard	136
L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne	
Robin Médard	177
L'absence d'harmonie du dispositif de lutte contre les discriminations en droit pénal du travail	203
François Desprez	203
Les sanctions des discriminations	216
Louis Thibierge	216
Les modes d'appréciation de la causalité en matière de discrimination directe en milieu de travail : un « frein argumentatif » à la lutte contre les discriminations ?	
Jean-Philippe Foegle	227
Les stratégies relatives à l'établissement de la discrimination	242
Nicolas Hoffschir & Vincent Orif	242
Réflexions sur l'opportunité d'étendre l'aménagement du fardeau probatoire en matière pénale	263
Marc Touillier	263
L'action du ministère public dans la lutte contre les discriminations. Étude comparée France-Espagne	282
Clara Hervás Hermida	282
Les obstacles à la lutte contre les discriminations devant le juge constitutionnel	314
Patricia Rrapi	314
Le Conseil d'État et le contrôle des discriminations.	327
Jacqueline Domenach	327
L'appréhension juridictionnelle des discriminations dans la fonction publique	349
Thomas Dumortier	349
Le Défenseur des droits et les acteurs juridictionnels de la lutte contre les discriminations : quelle complémentarité possible ?	362
Isabelle Carles	362
La lutte contre la discrimination en droit des assurances	387
Anne Danis-Fatôme	387
La discrimination dans le logement privé	408
Eva Menduiña Gordón	408
La lutte contre les discriminations dans le secteur bancaire et financier	427
Abdelghani Azi	427
Table des matières détaillée des annexes	463

Liste des sigles et abréviations utilisés

AERAS : Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé
Aff. : affaire
AGG : loi allemande de transposition des directives européennes relatives à l'égal accès aux services et prestations
AIEFFA : Association Internationale des Etablissements Francophones de Formation à l'Assurance
AJDA : Actualité juridique. Droit administratif
al. : alinéa
ANIL : Agence nationale pour l'information sur le logement
Art. : article
Ass. : Assemblée
AVTF : Association européenne des Violences Faites aux femmes au Travail

BCT : bureau central de tarification
BOMJ : Bulletin Officiel du Ministère de la Justice
Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

CA : Cour d'appel
CAA : Cour administrative d'appel
Cass. civ. : Cour de cassation, chambre civile
Cass. crim. : Cour de cassation, chambre criminelle
CC ou Cons. constit. : Conseil constitutionnel
Ccl. : conclusions
CDD : contrat à durée déterminée
CDI : contrat à durée indéterminée
CE : Conseil d'État
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
CEDS : Comité européen des droits sociaux
CEI : Comité d'experts indépendants
Ch. : chambre
Chr. ou Chron. : chronique (Recueil Dalloz)
CJCE ou CJUE : Cour de justice de la communauté européenne ou de l'union européenne
CNAB : Confédération Nationale des Administrateurs des Biens et Agents immobiliers
CNCDDH : Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNIL : Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
Cons. : considérant
CPEEAS : Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels
CPLVF : Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique
CPNM : Convention-cadre pour la protection des minorités nationales
CSE : Charte sociale européenne
CSE(R) : Charte sociale européenne révisée

D. : Recueil Dalloz
Dactyl. : dactylographiée
DDD : Défenseur des droits
DDHC : Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
Dir. : sous la direction de
DH : Dalloz Hebdomadaire
Dr. fam. : Droit de la famille

EDCE : Etudes et documents du Conseil d'État
ENA : Ecole nationale d'administration

FCS : Fonds de cohésion sociale
FDIC : *Federal Deposit Insurance Corporation*
FIND : Fédération interdisciplinaire de Nanterre en Droit

FNAIM : Fédération Nationale de l'Immobilier

FRA : Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne

HALDE : Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité

HMDA : *Home Mortgage Disclosure Act*

GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative

GED-GELD : Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations

GP : La Gazette du Palais

GUL : garantie universelle locative

GRL : garantie des risques locatifs

Ibid. : *Ibidem*

IFOP : Institut français d'opinion publique

IGAS : Inspection générale des affaires sociales

INC : Institut national de la consommation

INED : Institut national d'études démographiques

INSEE : Institut national de la statistique et des études économiques

JCP : La semaine juridique, édition générale

JCP A : La semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales

JDI : Journal de droit international

JIB : Journal international de bioéthique

JO ou JORF : Journal officiel de la République française (ou de l'État français)

JOCE ou JOUE : Journal officiel de la Communauté européenne ou de l'Union européenne

JOAN : Journal officiel des débats, Assemblée nationale (les dates qui suivent sont les dates des séances)

JO Sénat : Journal officiel des débats, Sénat (les dates qui suivent sont les dates des séances)

jur. : jurisprudence (Recueil Dalloz)

La doc. fr. : La documentation française

LEH : Les études hospitalières

Loi ALUR : loi Accès au Logement et à un Urbanisme Rénové

LPA : Les petites affiches

Mélanges X. Nom. : Mélanges en hommage à ou en l'honneur de

not. : notamment

OCC : *Office of the Comptroller of the Currency*

ONU : Organisation des Nations Unies

Op. cit. : *opere citato*

OSCE : Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe

OSHA : *Occupational Safety and Health Administration*

OTS : *Office of Thrift Supervision*

PAYD : *Paye As You Drive*

PGD : principe général du droit

Préc. : précité

PU : Presses universitaires de

PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses universitaires de France

QPC : question prioritaire de constitutionnalité

RDP : Revue de droit public et de science politique de la France et de l'étranger

RDSS : Revue de droit sanitaire et social (ou Revue trimestrielle de droit sanitaire et social)

RDT : Revue de droit du travail

Rec. : Recueil

RevDH : Revue des droits de l'Homme

RFAS : Revue française des affaires sociales

RFDA : Revue française de droit administratif
RFDC : Revue française de droit constitutionnel
RGDM : Revue générale de droit médical
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RLDC : Revue Lamy droit civil
RRJ : Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
RSC : Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
RTD. civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTDE : Revue trimestrielle de droit européen
RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme
RTNU : Recueil des traités des Nations Unies

S. : Recueil Sirey

s. : suivants

somm. : sommaires commentés (Recueil Dalloz)

SOX : *Sarbanes Oxley*

spéc. : spécialement

STAA : *Surface Transportation Administration Act*

STCE : série des traités du Conseil de l'Europe

t. : tome

TA : tribunal administratif

TeO : Enquête Trajectoire et Origines

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TGI : tribunal de grande instance

TI : tribunal d'instance

TICs : nouvelles technologies de l'information

UE : Union européenne

URL : *Uniform Resource Locator*

Vol. : volume

ZUS : zone urbaine sensible

LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS A L'EPREUVE DE SON EFFECTIVITE

Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations

RAPPORT FINAL (UPOND)

Introduction générale

La lutte contre les discriminations souffre d'un défaut d'effectivité. Ce constat ouvre d'emblée un vaste champ de recherches. Pour l'aborder dans tout sa complexité, l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense (UPOND) a constitué une équipe de 38 chercheurs¹, juristes de droit privé et de droit public, issus de la fédération des centres de recherche de l'UPOND, la FIND (Fédération interdisciplinaire de Nanterre en Droit), et du Centre de droit international (CEDIN), qui ont travaillé ensemble durant deux ans.

I - Organisation et séquençage des travaux

L'équipe a travaillé dans le cadre de quatre axes thématiques : 1) analyse des règles de fond (coordinateur J.-M. Thouvenin) ; 2) analyse des règles de procédure (coordinateurs S. Amrani-Mekki et F. Guiomard) ; 3) mise en œuvre extra-juridictionnelle de la lutte contre les discriminations (I. Carles) ; 4) mise en œuvre juridictionnelle de la lutte contre les discriminations (A. Danis-Fatôme). À l'issue de leurs travaux, les différents chercheurs répartis dans les axes ont produit des contributions que l'on trouvera en annexe du présent rapport final. Ce dernier, s'il s'en alimente, n'en reprend toutefois pas toutes les conclusions. En effet, si nous avons travaillé à partir de nombreuses hypothèses de départ, et bien que les travaux réalisés à partir de ces hypothèses aient tous été fructueux, le présent rapport fait le choix de se concentrer sur les résultats les plus saillants. Les travaux ont débuté par un **séminaire inaugural** qui s'est

¹ V. *infra*, la liste des chercheurs.

tenu le 2 octobre 2014. Ce séminaire a permis de déterminer les questions structurant cette recherche avec différents acteurs de terrain : juges, membres de comités onusiens, avocats, syndicalistes, associations, etc. Ce fut l'occasion tout d'abord de travailler en ateliers et ensuite de traiter en séance plénière les questions communes décisives sur l'appréhension de la notion d'effectivité, mais également les contours de l'expression « lutte contre les discriminations ». Le choix a été fait, à ce stade, de s'en tenir à une simple réflexion sur les différentes approches, sans encore aboutir à une définition stipulative de l'« effectivité », de façon à laisser la liberté jugée nécessaire, du moins dans un premier temps, aux chercheurs. Ceux-ci ont alors pu débiter leur travail sur leurs sujets respectifs, réunis en quatre groupes, les coordinateurs de chacun d'eux (les chercheurs à l'origine de la réponse à l'appel à projet) participant aux réunions de pilotage à intervalles réguliers en présence de Jean-Marc Thouvenin, Tatiana Gründler (co-responsables du projet) et Thomas Dumortier (post-doctorant sur le projet). Quelques sous-groupes se sont également constitués spontanément. Ainsi, dans l'axe consacré aux textes, un pôle droit international a coexisté avec un pôle relatif au droit interne. De même au sein du 4^e groupe un sous-pôle droit privé s'est formé aux côtés du pôle droit public.

Parallèlement, des chroniques d'actualité ont été publiées dans les Lettres d'actualité à partir du 8 juin 2015.

Un **nouveau séminaire de deux jours** réservé aux chercheurs a été organisé en juin 2015. Destiné à faire un état des lieux à mi-parcours des diverses recherches entreprises et à dresser des conclusions intermédiaires, il a permis de constater que le spectre extrêmement large embrassé par la recherche initialement envisagée exigeait un recentrage des travaux. D'un point de vue organisationnel, le séminaire fut l'occasion de prendre conscience de la nécessité de travailler au-delà des groupes et de nouer des liens entre chercheurs en fonction des champs investis.

Le **rapport intermédiaire** produit en juillet 2015 a pu rendre compte de l'état de la recherche, moins d'un an après son commencement. Parallèlement, il a permis de décider collectivement de recentrer les travaux autour des obstacles à la lutte contre les discriminations. C'est dans cette perspective qu'une **journée d'études** a été organisée, puis s'est tenue le 7 décembre 2015, sur « les freins à l'effectivité de la lutte contre les discriminations ». Nous nous sommes concentrés sur les freins conceptuels, normatifs, procéduraux et juridictionnels, conformément à la méthodologie initiée au cours de cette recherche.

Treize communications ont été prononcées ce jour et ont fait l'objet d'une publication dans la *Revue des droits de l'homme* (<http://revdh.revues.org/> : n°9). Surtout, la préparation comme la tenue de cette journée d'études nourrie des nombreux échanges auxquels elle a donné lieu grâce à la présence de certains des acteurs ayant participé au séminaire inaugural, ont permis à l'équipe de l'UPOND de penser et de vérifier la pertinence de l'orientation décidée autour des obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations. Le plan finalement retenu pour le présent rapport final en est le résultat.

En ce début d'année 2016, les chercheurs ont alors travaillé de façon plus individuelle sur leurs thématiques propres au regard de la problématique générale dessinée. En vue de permettre la conception puis la rédaction du rapport final et d'assurer la coordination des travaux, deux modalités organisationnelles ont coexisté. D'une part, la poursuite des **réunions du groupe de pilotage** garantissant un lien avec l'ensemble des chercheurs par l'intermédiaire des coordinateurs. D'autre part, la mise en place d'**entretiens** permettant aux responsables du projet et au post-doctorant d'échanger avec chacun des chercheurs associés. L'objet de ces entretiens fut à la fois de confronter le plan du rapport final aux connaissances et analyses développées par les chercheurs grâce à leur terrain d'étude et de penser ensemble l'orientation de leur propre analyse.

Durant la recherche, un certain nombre d'entretiens avec des acteurs de la lutte contre les discriminations a été mené afin de donner une meilleure visibilité aux dispositifs et acteurs existants et de tenter de mieux cerner l'efficacité de leur collaboration, à partir de leur pratique et de leur point de vue¹. Parmi ces derniers, l'on trouve quatre juristes travaillant au sein du Défenseur des droits, deux magistrats responsables d'un pôle anti-discrimination, un préfet pour l'égalité des chances, une personne du secteur associatif. Les entretiens semi-directifs reposaient sur une série de questions portant sur le parcours professionnel de l'acteur, sa pratique, ses stratégies d'action, les collaborations interne et externe éventuellement développées et son opinion sur l'effectivité de la lutte contre les discriminations².

¹ Voir la fiche récapitulative des personnes interrogées, *infra*.

² Pour un développement plus approfondi sur la méthodologie suivie pour les entretiens, v. Isabelle Carles, « Le Défenseur des droits et les acteurs juridictionnels de la lutte contre les discriminations : quelle complémentarité possible ? », *infra*. V. également en annexe la grille d'entretien qui a été adaptée en fonction de l'interlocuteur interrogé, p. 456.

Avant de présenter le plan du présent rapport, il n'est pas inutile de rappeler que bien qu'ils aient été réalisés dans le cadre de quatre grandes thématiques, nos travaux se sont articulés à partir de cinq hypothèses.

II – Hypothèses initiales

La première hypothèse avancée a été que le foisonnement des normes relatives à la lutte contre les discriminations, tant substantielles qu'institutionnelles, bien qu'étant apparemment porteur de diversification et de raffinement de la réaction juridique face aux discriminations, serait également un facteur de dispersion, de manque de lisibilité, et finalement d'affaiblissement du message comme de l'action publique menée en la matière. Cette piste a été fructueuse et des contributions tout à fait substantielles ont été apportées sur ce thème. Nous reviendrons sur cet aspect, pour l'essentiel, dans le cadre synthétique du rapport final. Quelques précisions seront tout de même apportées ci-dessous afin de dessiner le cadre législatif de la lutte contre les discriminations.

Comme le montrent **Marc Pichard** et **Céline Fercot**, la dispersion est à vrai dire une évidence pour qui ausculte le *corpus* juridique français. Pour simplement l'illustrer, on relèvera que l'expression « la lutte contre les discriminations » apparaît dans l'intitulé non pas d'un mais de quatre grands textes législatifs. Elle figure également dans le corps de certains textes législatifs. La « lutte contre les discriminations » se présente alors comme un objectif de politique publique, et se retrouve aux côtés d'autres objectifs tels que « la promotion des diversités », « l'égalité entre les femmes et les hommes », « la scolarisation des élèves en situation de handicap ainsi que des formations à la prévention et à la résolution non violente des conflits », « la promotion de l'égalité », ou plus spécifiquement « l'égalité professionnelle ». Il n'est sans doute pas illégitime de voir la lutte contre les discriminations figurer parmi d'autres priorités d'égale importance. Toutefois, l'accumulation, dans un même texte, de nombreux grands objectifs de politique publique laisse parfois l'impression d'incantations aussi ambitieuses que vaines en termes d'effectivité : n'en est-il pas ainsi de la nouvelle version de la clause générale de compétences des communes, départements et régions, qui « *règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence* » et « *concourent avec l'État à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et*

*scientifique, à la lutte contre les discriminations, à la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes ainsi qu'à la protection de l'environnement, à la lutte contre l'effet de serre par la maîtrise et l'utilisation rationnelle de l'énergie, et à l'amélioration du cadre de vie »¹ ? Au-delà de cette interrogation, **Serge Slama**, dans sa contribution jointe, démontre également l'existence d'une profusion contre-productive de textes anti-discriminatoires, fruit d'une stratification de textes sans grande lisibilité et d'une inutile complexité, appelant à une remise à plat du droit de la non-discrimination en droit français.*

La dispersion et le défaut de lisibilité sont encore plus nets lorsque le regard se porte sur les normes internationales et européennes, dont l'influence sur le droit interne est connue (travaux de **Sophie Grosbon**, **Tatiana Gründler**, **Rachel Lucas**, **Marianne Lamour**, **Ismael Omarjee**, et **Marjolaine Roccati**). Sur le plan international, le thème de la lutte contre les discriminations est en effet très présent dans de nombreuses et importantes conventions, dont les deux Pactes onusiens sur les droits de l'homme de 1966, la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979), et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (2008). Ces textes, complétés ou précisés par d'autres dont certains relèvent de la « *soft law* », non seulement définissent la discrimination dont ils visent l'élimination, mais encore fixent, au moins dans les grandes lignes, les politiques que les États parties devraient mettre en œuvre pour parvenir aux fins qu'ils fixent. En soi, l'accumulation de textes internationaux n'est pas dommageable. Ce qui peut l'être en revanche est la philosophie sous-jacente à ces textes, du moins tels qu'ils sont compris et interprétés par les comités internationaux en charge de leur suivi. Celle-ci découle d'une vision de ce que devrait être le positionnement de l'État vis-à-vis du corps social, et donc de ce que devraient être les politiques publiques, qui sont en décalage avec la tradition héritée de la Révolution française². Un contraste apparaît en effet entre, d'un côté, l'affirmation classique du principe d'égalité ou de non-discrimination « formelle », qui exige de la loi qu'elle soit neutre et ne distingue pas entre les individus -ce qui correspond à l'approche française traditionnelle- et, de l'autre, la

¹ Article L.1111-2 du Code général des collectivités territoriales.

² V. Véronique Champeil-Desplats, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, Dossier thématique : *Les freins à la lutte contre les discriminations*, issu de la journée d'études du 7 décembre 2015 organisée dans le cadre du projet La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité, financée par le GIP Justice, <https://revdh.revues.org/2049>.

revendication relative à l'égalité ou la non-discrimination « réelle » qui veut au contraire que la loi garantisse les droits de chaque personne en prenant en compte ce qui la distingue des autres. On retrouve ici la différence entre l'égalité *des* droits et l'égalité *en* droits bien mise en lumière par l'évolution des conventions adoptées dans le cadre du Conseil de l'Europe. Cette distinction se traduit, *grosso modo*, par l'existence d'un « pendant » la guerre froide, marqué par la prédominance de la philosophie de l'égalité formelle, et un « après » la guerre froide, c'est-à-dire la période actuelle, au cours de laquelle se répand une philosophie de l'égalité « réelle ». Cette dernière est désormais dominante sur la scène internationale, reprise par tous les Comités en charge du suivi des conventions, y compris le Comité européen des droits sociaux. On voit alors que l'égalité formelle, fondée sur la prise en compte de l'individu abstrait, à laquelle est attachée la République française, s'avère insuffisante aux yeux des Comités qui s'intéressent au contraire à des individus situés avec des besoins propres et, au-delà, à la promotion de la diversité. À un certain point, la neutralité de principe de l'approche française entre en contradiction avec le droit international qui promeut, non seulement l'égalité substantielle, mais encore une égalité « transformatrice » qui exige de l'État qu'il engage des politiques sociales ciblées et qu'il travaille à changer les mentalités. La France évolue lentement sur ce terrain et, dans l'intervalle, des distorsions se font jour, rendant parfois la lutte contre les discriminations juridiquement incertaine.

Au niveau européen l'approche est davantage pragmatique et technique ; elle est bien moins orientée vers la formulation de ce que devraient être les politiques sociales et sociétales des États membres. Au travers de ses directives comme de sa jurisprudence, l'Union européenne a en effet développé une approche techniquement complexe, mais juridiquement opérationnelle, en introduisant notamment les concepts de discrimination indirecte, de discrimination par association, par interposition, le harcèlement discriminatoire, tout en explicitant les motifs admissibles de dérogation à l'exigence de non-discrimination.

La deuxième hypothèse initialement posée était que bien que (trop) foisonnant, le *corpus* juridique français pourrait paradoxalement demeurer incomplet, tant s'agissant des critères de la discrimination qu'il convient de combattre (précarité sociale), que des types de discrimination (multiples, systémiques, intersectionnelles, matérielles, par association), ou encore de l'idée, admise au niveau européen et international, qu'il est indispensable de traiter différemment les personnes se trouvant dans des situations différentes. Cette piste nous est

apparue fructueuse et la synthèse de nos réflexions à cet égard est présentée dans le rapport final (I/A).

La troisième hypothèse, formulée à l'origine de cette recherche, était que les blocages du droit français de lutte contre les discriminations pouvaient être liés à des spécificités procédurales tant civiles qu'administratives. On se proposait d'étudier les normes relatives aux parties au procès, aux voies de recours, au régime de preuve. Là encore, nos travaux sur ce thème, abordés à travers de nombreuses études, ont confirmé certaines de nos hypothèses, à savoir comme le développe ce rapport final, que les nombreuses initiatives traduisent une véritable préoccupation des pouvoirs publics pour la lutte contre les discriminations en n'atteignant cependant pas toujours leur objectif du fait de certaines imperfections ou insuffisances des outils imaginés par le législateur (I/B).

La quatrième hypothèse de travail partait du constat que la mise en oeuvre de la lutte contre les discriminations repose sur une multiplicité d'acteurs pas toujours suffisamment coordonnés, facteur nuisible à l'optimisation de l'effectivité des politiques publiques. Des études ont été réalisées à partir de cette hypothèse, notamment à propos de la complémentarité entre le Défenseur des droits et les acteurs judiciaires de la lutte contre les discriminations. La substance de cette étude comme ses conclusions ne sont pas reprises dans la présente synthèse mais on en prendra connaissance à la lecture de la contribution de Mme **Isabelle Carles** en annexe.

La cinquième hypothèse était que les manières de penser et les méthodes utilisées par les juges administratifs et judiciaires dans le cadre de la lutte contre les discriminations, pour constater un acte discriminatoire ou pour admettre une justification, pouvaient varier et être finalement facteur d'ineffectivité. Cette recherche a été extrêmement fructueuse. Elle alimente la seconde partie du présent rapport quant aux nombreux obstacles à l'effectivité de la lutte contre les discriminations devant le juge.

III – Plan du rapport final

Notre rapport final ne saurait être une synthèse de l'ensemble des travaux réalisés, encore qu'il s'appuie naturellement très largement sur eux. Mais plutôt que de rendre compte de l'ensemble de ces travaux, en maintenant la structure de départ de notre recherche, ce qui aurait donné un résultat somme toute descriptif et porteur de trop de conclusions pour que le lecteur puisse

conserver de sa lecture quelques idées claires, nous avons choisi de concentrer ce rapport sur une approche spécifique du problème de « La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité ».

Nous nous sommes ainsi restreints d'abord aux seuls mécanismes expressément dédiés à la lutte contre les discriminations, sans nous attacher aux mécanismes et normes qui, sans le dire, participe de cette lutte. À vrai dire, prendre en considération tout ce qui, dans le droit français, participe du droit des discriminations, nous conduirait bien trop loin. Le choix a donc été fait de se borner à ce qui, dans notre droit, est, et se dit être, lutte contre les discriminations. Dans ce cadre, nous avons ensuite restreint notre rapport final aux mécanismes de reconnaissance juridique des discriminations, sans nous attacher aux remèdes, comme les CV anonymes ou les discriminations positives, qui peuvent y être apportés.

Partant, ce rapport final traite des obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations. En pointant ces obstacles, nous mettons en lumière certains des principaux freins à l'effectivité de la lutte contre les discriminations. En effet, même si le mot « effectivité » ne figure pas dans le titre du rapport final, nous y abordons bel et bien la question de l'effectivité de la lutte contre les discriminations.

L'effectivité, faut-il le rappeler, se conçoit, pour un juriste, de différentes manières, mais elle est d'abord et avant tout l'expression d'une mesure. Elle dit en effet l'écart entre l'énoncé juridique et les comportements sur lesquels l'énoncé a vocation à peser. Autant dire qu'une norme, un mécanisme, une « lutte », n'est pas totalement effective ou ineffective : elle est, en principe, effective *dans une certaine mesure* qui peut être faible ou forte. Il faut aussi souligner que la mesure de l'effectivité du droit est une tâche particulièrement ardue. Aussi savant qu'il puisse être, et il l'est parfois assez peu, le législateur n'énonce pas toujours la règle juridique avec clarté, laissant alors une marge d'incertitude, et donc d'interprétation, qui rend évidemment compliquée la mesure de son « effectivité » puisqu'on ne sait pas d'emblée ce que l'énoncé prescrit. En outre, le droit étant foisonnant et stratifié, il n'est pas rare qu'un énoncé entre en tension avec un autre, ou encore que des principes s'entrechoquent, rendant la mesure de leur effectivité encore plus délicate.

Pour autant, c'est bien autour de l'idée d'effectivité, entendue ici concrètement comme étant la mesure de l'écart entre l'idéal de non-discrimination et l'arsenal juridique permettant de lutter contre les discriminations, que le plan du rapport final a été bâti.

La première partie s'attache à la mesure de l'écart entre l'horizon des possibles en matière de lutte juridique contre les discriminations et les ressources juridiques disponibles. Elle porte sur « Les insuffisances du dispositif juridique » (I), et développe d'abord la réflexion autour « Des manques pour penser les discriminations » (A), ensuite en soulignant « Des manques pour établir les discriminations » (B).

La seconde partie mesure pour sa part les écarts entre les énoncés normatifs et les comportements des juges dont on attend qu'ils appliquent ces énoncés. Elle évoque ainsi « Les obstacles à la mise en œuvre juridictionnelle » (II). Elle pointe d'abord « Des obstacles exogènes » (A), c'est-à-dire ce qui, dans le droit français qui ne traite pas de la non-discrimination, fait obstacle ou résiste à la lutte contre les discriminations, ensuite « Des obstacles endogènes » (B), expliquant en quoi le droit de la non-discrimination est, en lui-même, difficilement mis en œuvre par les juges.

I. Les insuffisances du dispositif juridique

En partie sous l'influence de l'Union européenne, la France s'est dotée d'un arsenal normatif anti-discriminatoire étendu. Le Code pénal compte à l'heure actuelle vingt motifs prohibés et tous les champs d'activité sont concernés. Ce droit des discriminations s'est construit par strates successives, répondant aux priorités fluctuantes de l'agenda politique et, corrélativement, recouvre une profusion de textes, débordant largement le seul cadre de la transposition des directives européennes. Par-delà l'incohérence de ce dispositif, caractérisé notamment par des protections à géométrie variable selon les motifs considérés, sa capacité à lutter effectivement contre les discriminations soulève des interrogations. D'abord, le droit français, à l'instar du droit de l'Union européenne a opté pour une approche catégorielle des discriminations en déterminant *a priori* des catégories de personnes, des caractéristiques individuelles, à protéger. Ce type d'approche hérité d'une intégration progressive des motifs prohibés fait l'impasse sur des situations discriminatoires plus complexes. Plus généralement, l'élaboration de ce droit par strates successives soulève des questions sur la cohérence et les priorités qui ont présidé aux choix du législateur (A). Par ailleurs, la garantie effective des dispositions anti-discriminatoires a présidé à l'élaboration de mécanismes procéduraux inédits, mais toutefois incomplets (B).

A. Les manques pour penser les discriminations

Par définition, une approche catégorielle des discriminations identifie des caractéristiques *a priori* et exclut la prise en compte d'autres motifs susceptibles de fonder une discrimination. Plus largement, le droit français n'a pas repris des concepts forgés dans le giron du droit nord-américain des discriminations utiles à l'appréhension de phénomènes discriminatoires complexes. L'ensemble de ces omissions volontaires ou involontaires constitue en quelque sorte les « angles-morts » du droit des discriminations (1). L'intégration progressive des motifs prohibés, au sein de textes différents, a engendré des incohérences, des contradictions, lesquelles laissent entrevoir une hiérarchie des motifs qui n'est pourtant pas pleinement assumée comme telle (2).

1. Les angles-morts du droit des discriminations

« Si l'on peut se féliciter de l'intérêt porté par le législateur à la lutte contre les discriminations, on peut toutefois regretter que ce droit de la discrimination se soit constitué de façon empirique, par strates successives, sans aucune vision d'ensemble »¹. Il résulte de cette manière de traiter de la question juridique des discriminations, au gré de l'air du temps et des autres sujets de l'agenda politique, un certain nombre de manques pour offrir une réponse juridique effective aux discriminations. Ceux-ci sont palpables tant sur un plan pratique que sur un plan conceptuel. En effet que ce soit au sujet des motifs illégitimes (a) ou des notions destinées à exprimer les différentes formes que peuvent revêtir les discriminations (b), des outils font défaut dans le dispositif français.

a. Des motifs manquants

Comme l'a très tôt mis en évidence Danièle Lochak, trois éléments constituent « *la structure invariante de la notion de discrimination : le premier élément, ce sont les personnes ou les groupes qui font l'objet d'une différence de traitement ou encore le critère de la distinction opérée ; le second, c'est le domaine dans lequel cette différence de traitement intervient ; le troisième, c'est la justification de cette différence, son adéquation ou sa non-adéquation au but poursuivi* »². C'est effectivement sur ce triptyque que s'est élaboré le modèle juridique de lutte contre les discriminations au plan interne. À cet égard, la construction du Code pénal est révélatrice. Son article 225-1 énonce les critères susceptibles de rendre illégitime donc illicite une distinction, alors que l'article 225-2 identifie les domaines dans lesquels une telle distinction est effectivement illégale dès lors, précise l'article 225-3, qu'aucune justification prédéfinie ne permet de lui donner un *satisfecit*³. La discrimination⁴ résulte donc de la rencontre, du croisement, entre des critères ou motifs illégitimes, d'un côté, et des domaines,

¹ Sénat, *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, Rapport d'information n°94 (2014-2015), de Mme E. Benbassa et M. J.-R. Lecerf, fait au nom de la commission des lois, p. 16.

² D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987, n°11, p. 779.

³ Pour une analyse de ces dispositions pénales, v. R. Médard, « L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne », *in* ce rapport. L'auteur y montre que deux niveaux de discrimination sont visés par le Code pénal, d'une part, les discriminations licites et, d'autre part, les discriminations illicites, ces dernières ressortant de l'article 225-2 en ce qu'il définit les champs dans lesquels la prise en compte des critères définis à l'article précédent pour fonder une distinction rend celle-ci discriminatoire et illicite.

⁴ Ou « *discrimination illicite* » selon R. Médard, *ibid.*

des champs d'application de l'autre¹. Le maillage ainsi dessiné risque de laisser en dehors du filet juridique des situations pourtant problématiques du point de vue de l'objectif d'égalité. De tels manques, inhérents à l'approche retenue par le législateur français, peuvent dès lors provenir tant de l'incomplétude des motifs que de celle des domaines. Mais il semble qu'avec la variété des codes et des lois qui abordent (de façon principale ou simplement accessoire) la question des discriminations et qui en étend objectivement le champ, c'est bien l'incomplétude des motifs qui s'avère problématique du point de vue de l'effectivité.

Pourtant, certains ont bien conscience du caractère infini et donc inaccessible de la tâche d'énumération. Ainsi la Commission ontarienne des droits de la personne en 2001 a pu rappeler une jurisprudence canadienne affirmant : « *Nous ne réglerons jamais complètement le problème de la discrimination [...] si nous continuons d'insister sur des catégories abstraites et des généralisations plutôt que sur des effets précis. En considérant les motifs de la distinction plutôt que son impact [...], notre analyse risque d'être éloignée et déconnectée des véritables expériences que vivent les gens ordinaires [...]* »².

Des angles morts sont donc inhérents à ce modèle de définition des discriminations qu'emprunte le législateur français parce qu'en faisant le choix d'une liste fermée de motifs – à la différence de nombre d'instruments juridiques de protection contre les discriminations qui optent, eux, pour une liste ouverte permettant aux interprètes authentiques d'adapter cette liste aux réalités sociales, autrement dit de la faire vivre³ –, il donne une portée considérable à chaque élément de la liste.

S'ensuit une forme de course contre la montre du législateur qui, mu par une véritable volonté de lutter contre les discriminations, doit chercher à répondre, mais *a posteriori*, après sa mise en évidence par des victimes, des associations ou des institutions (au premier rang desquelles le Défenseur des droits), à un sujet nouveau de discrimination en ajoutant à la liste fermée un autre critère. L'effort pour toujours mieux désigner, pour qualifier plus précisément les faits

¹ Les notions de critères et de motifs sont équivalentes.

² Egan c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 513, p. 551-552 cité par la Commission ontarienne des droits de la personne (2001), « Approche intersectionnelle de la discrimination pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples », Document de travail, p. 2 (<http://www.ohrc.on.ca>). Voir sur ce point H. Kombila, « La multiplicité des critères illicites de discrimination », *Colloque ARDIS*, Octobre 2015.

³ V. pour le droit interne C. Fercot et M. Pichard *in* ce rapport. V. aussi des textes de droit international qui affirment le caractère ouvert de la liste de critères prohibés de distinction avec l'emploi de l'expression « toute autre situation » (article 2 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels) à la suite des critères explicites, ou de l'adverbe « notamment » au préalable ou encore, de façon quelque peu surabondante, des deux (article 2 du Pacte international des droits civils et politiques de 1966, article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article E de la Charte sociale européenne de 1996 (V. T. Gründler, « Quelle effectivité de la lutte contre les discriminations ? Les enseignements du système de la Charte sociale européenne », *in* ce rapport).

afin de resserrer les mailles du filet juridique, a pour effet, de façon *a priori* paradoxale, de créer des vides qui, en même temps qu'ils sont plus ténus deviennent plus insurmontables. Face à la compétence législative, l'interprétation des acteurs juridiques, au premier chef les juges, ne permet pas de les combler. En conséquence les motifs manquent tout à la fois du fait d'un trop peu (i) et d'un trop plein (ii) de qualification.

i. Des absences : des innomés

Le dispositif juridique interne de lutte contre les discriminations s'est construit par strates législatives successives. Entre la loi Pleven de 1972¹, première loi à se référer à la notion de discrimination, et aujourd'hui, on est passé des seuls et classiques motifs de l'origine, de l'appartenance ethnique, de la nation, de la race et de la religion à 25 critères² saisis par le droit³. Par une telle profusion, le droit français se distingue du droit de l'Union qui, tout en retenant le même cadre anti-discriminatoire (constitué des motifs et des domaines), établit une liste de motifs bien moins prolixe avec seulement huit critères explicitement visés par le droit dérivé⁴. Cet enrichissement du droit se fait au coup par coup, au gré de l'agenda législatif et d'une prise en compte de plus en plus fréquente de cette question par le législateur.

L'examen des différentes strates révèle que la liste des motifs discriminatoires s'enrichit de façon désordonnée, en fonction, d'un côté, des changements de perception du fait discriminatoire qui dépendent eux-mêmes de l'acceptation sociale des différences et, d'un autre

¹ Loi n°72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.

² Dans les quatre textes constituant le cadre général du droit de la non-discrimination, à savoir, les articles 6 et 6bis de la loi du 13 juillet 1983 portant statut de la fonction publique, l'article L.1132-1 du Code du travail ; l'article 225-1 du Code pénal et l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 précitée. Du moins ce chiffre devrait être modifié à l'issue de l'adoption du projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle qui, dans son article 44, modifie la loi de 2008 et les motifs qu'elle vise.

³ Loi n°75-625 du 11 juillet 1975 intégrant les motifs du sexe et de la situation de famille, loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 intégrant le motif des mœurs, loi n°89-18 du 13 janvier 1989 intégrant celui du handicap (limité au départ au refus de vente ou de prestation de service puis étendu par la loi n°90-602 du 12 juillet 1990), loi n°2002-303 du 4 mars 2002 intégrant les caractéristiques génétiques, loi n°2006-340 du 23 mars 2006 intégrant l'état de grossesse, loi n°2014-173 du 23 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine intégrant dans la liste le lieu de résidence, loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement intégrant la perte d'autonomie (à l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 mais pas dans le Code pénal).

⁴ En plus de la discrimination fondée sur la nationalité, le droit de l'Union interdit plusieurs autres types de discriminations mais seulement dans des contextes spécifiques et limités par le droit dérivé. En matière sociale, les huit critères illicites les plus importants correspondent à la discrimination fondée sur le sexe, interdite en vertu de l'article 157§1 et 2, du TFUE et de diverses directives, la discrimination fondée sur l'origine raciale ou ethnique, la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle. On relèvera toutefois que la Charte des droits fondamentaux énonce une liste ouverte, mentionnant « *notamment* » 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.

coté de l'agenda législatif. Cette liste n'est donc pas établie à la suite d'une réflexion d'ensemble menée par les pouvoirs publics¹ sur les discriminations. Les résultats ne sont alors pas toujours très heureux en termes de cohérence juridique. Ils relèvent plutôt d'une forme d'accoutumance du législateur à la problématique des discriminations. Les parlementaires saisissent les occasions qui leur sont données pour penser un problème en termes de discriminations et y intégrer, s'ils le jugent nécessaire, un nouveau motif. Cet enrichissement progressif résulte d'une sophistication de la perception des phénomènes discriminatoires, liée à des transformations sociétales. L'évolution scientifique explique par exemple l'intégration du motif des caractéristiques génétiques lors de l'adoption de la loi dite Kouchner sur les droits des malades en 2002, tandis que celle de l'orientation sexuelle, l'année précédente, résulte d'une reconnaissance d'une libération des mœurs et des formes de conjugalité déjà réceptionnées par le droit avec l'instauration du PACS en 1999. Plus récemment, en 2012, la prise en compte progressive des personnes transsexuelles a conduit à ajouter le critère de l'identité sexuelle qui ne se confond pas, aux yeux du législateur, avec le motif classique du sexe.

L'ajout de ce motif par la loi de 2012² relative au harcèlement sexuel nous semble un cas d'école, en ce qu'il permet de mettre en exergue certaines caractéristiques, difficultés et imperfections de ce mode d'appréhension juridique des discriminations. Tout commence par la prise de conscience de quelques parlementaires de l'existence de discriminations spécifiques relayées par des victimes, plus souvent, par des associations³. Bien que, dans la présente hypothèse, des juges aient pu se saisir d'un autre critère, celui de l'orientation sexuelle, apprécié souplement, pour y inclure ce motif de traitement différent⁴, des parlementaires suivis par le Gouvernement choisissent la voie de l'explicitation textuelle⁵. Au-delà des louables intentions, apparaissent alors les difficultés de nommer les situations. En admettant, pour certains avec

¹ Cette tendance générale n'est pas exclusive comme l'atteste la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 qui est à l'origine de l'intégration de plusieurs motifs (âge, patronyme, apparence physique et orientation sexuelle) et qui portait de façon générale sur la lutte contre les discriminations.

² Loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel (article 4).

³ « *Il nous a été indiqué que près de la moitié des personnes transgenres ou transsexuelles sont victimes de harcèlement sexuel durant leur transition* » (E. Benbassa, Commission des lois du Sénat, le 11 juillet 2012).

⁴ Cour d'appel de Douai, 3 décembre 2009 : à la suite d'une agression commise sur une personne transsexuelle, la cour a prononcé une condamnation pour des violences commises en raison de « *l'orientation sexuelle* » de la victime.

⁵ Plusieurs amendements en ce sens avaient été déposés (amendements 14 rect bis, 40 rect et 48 rect bis), repris par le sous-amendement n°67 à l'amendement n°14 du Gouvernement. Non sans débat cependant comme le montrent les propos de J.-P. Sueur : « *En tout état de cause, je dirai en séance que la notion de "transgenre" est bien incluse dans la notion d'orientation sexuelle mentionnée dans le texte* » (Commission des lois, 11 juillet 2012).

difficulté¹, l'évidence selon laquelle l'identité sexuelle ne se confond pas avec l'orientation sexuelle, il restait à déterminer si le nouveau critère incluait l'identité de genre. Un amendement visant à ajouter cet autre critère fut rejeté, cependant que la Garde des Sceaux s'engageait à préciser par voie de circulaire l'inclusion des personnes transgenres dans la protection offerte par le critère de l'identité sexuelle².

Malgré cette tentative constante de pallier les manques, ceux-ci perdurent, le tonneau des Danaïdes se dessinant en arrière-plan de la tâche du législateur.

Le constat vaut, en premier lieu, au niveau européen. Le droit de l'Union européenne n'appréhende pas, par exemple, le critère de la santé. Cette absence textuelle qui, de prime abord, peut surprendre s'explique sans doute par le fait que de nombreuses directives traitent de la santé au travail³. Dans ce cadre, la question des discriminations n'est pas totalement ignorée. À titre d'exemple, la directive concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des femmes en situation de maternité interdit le licenciement des femmes enceintes fondé sur leur état, ce qui équivaut d'une certaine manière à une interdiction fondée sur la santé des travailleuses. En revanche, la Cour de justice a refusé de combler ce manque. Elle rappelle dans l'arrêt *Chacon Navas* de 2006 qu'avec la notion de handicap utilisée à l'article 1^{er} de la directive 2000/78, « le législateur a délibérément choisi un terme qui diffère de celui de maladie » excluant « une assimilation pure et simple des deux notions »⁴. La Cour a insisté, à cette occasion, sur l'impossibilité d'étendre le champ d'application de la directive par analogie. Elle souligne ainsi le caractère exhaustif de la liste figurant en son article premier⁵.

¹ La sénatrice M. Meunier, auteure de l'un des amendements en faveur du motif d'identité sexuelle, ne semble pas totalement distinguer identité et sexualité : « il est nécessaire (...) de compléter la loi sur les discriminations et de modifier l'article 225-1 du Code pénal en ajoutant aux discriminations la notion d'identité sexuelle. En effet, notre société est fortement normée en matière de sexualité. Le modèle dominant reste celui du couple hétérosexuel. Toute personne qui, de manière évidente, s'en éloigne s'expose à la critique, aux railleries... Les personnes transsexuelles ou transgenres nous ont fait part de la fréquence importante des harcèlements » (Sénat, séance du 11 juillet 2012).

² La Ministre de la justice a effectivement adressé aux parquets une circulaire précisant que les « personnes transsexuelles et transgenres sont bien concernées par l'identité sexuelle », mais sans atteindre l'objectif initial de clarification au regard du titre du texte ministériel consacré, d'après son titre, aux « Discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre ».

³ Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail ; Directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.

⁴ CJCE, 11 juillet 2006, *Sonia Chacon Navas*, C-13/05, point 44.

⁵ *Ibid.*, point 56.

Le constat du manque vaut également, en second lieu, au niveau national. L'une des causes de critique pérenne de l'Hexagone par les Comités onusiens en matière de discrimination est l'absence de reconnaissance juridique des minorités. À l'occasion des rapports remis au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale de l'ONU, la France expose régulièrement sa conception de la lutte contre les discriminations visant les minorités en ces termes : « *La doctrine traditionnelle de la France sur les minorités découle de principes ancrés dans son histoire et fixés par la Constitution. Elle repose sur deux notions fondamentales : l'égalité en droit des citoyens, qui implique la non-discrimination ; l'unité et l'indivisibilité de la Nation, qui portent à la fois sur le territoire et la population. Ces principes ont été réaffirmés dans la Constitution de 1958. Dans la conception française, l'affirmation de l'identité est le résultat d'un choix personnel, non de critères définissant a priori tel ou tel groupe et dont découlerait un régime juridique distinct. Une telle approche protège tout à la fois le droit de chaque individu de se reconnaître une tradition culturelle, historique, religieuse ou philosophique, et celui de la refuser* ». L'approche universaliste et individualiste ainsi consacrée freine évidemment la reconnaissance de droits spécifiques pour tel ou tel groupe, la mise en œuvre d'actions positives pour telle ou telle minorité. Mais, ce faisant, elle entrave la reconnaissance des discriminations de certaines catégories de la population, insusceptibles d'être qualifiées de « *race* » ou d'« *ethnie* ».

Au-delà de l'absence de cette notion de minorité en droit français, qui peut constituer aussi un obstacle probatoire¹, on peut remarquer que dans l'identification des motifs de discrimination prohibés, le législateur français fait parfois preuve de moins d'imagination ou d'audace que d'autres. Ainsi le motif des « *responsabilités familiales* » que mentionne au niveau du Conseil de l'Europe la Charte sociale européenne révisée est inconnu du droit français et ne paraît pas couvert, du moins dans son interprétation actuelle, par celui de « *situation familiale* »². Un autre motif plus courant en droit international, européen, mais aussi dans certains droits nationaux³, celui de la précarité sociale, reste étranger à ce jour au droit français. Ce n'est pas le défaut de travaux montrant la réalité de cette cause de distinction entre les personnes qui explique ce vide. En effet, en réaction au constat selon lequel « *la précarité conduit à la discrimination, tout*

¹ V. *infra* I.B.b

² T. Gründler, « Quelle effectivité de la lutte contre les discriminations ? Les enseignements du système de la Charte sociale européenne », *in* ce rapport.

³ V. droit belge, bolivien, canadien, équatorien ou sud-africain. (*Étude de législation comparée du Sénat*, n°252, février 2015, « Les sanctions applicables à la discrimination à raison de la pauvreté »).

comme la discrimination conduit à la précarité »¹, plusieurs initiatives ont convergé pour promouvoir l'insertion du motif de précarité sociale dans la liste des critères illicites. La Commission nationale consultative des droits de l'homme a ainsi rendu en 2013 un avis concluant à la nécessité d'intégrer ce motif² pour répondre, par exemple, à des refus de location immobilière opposés à des personnes pourtant solvables, mais appartenant à une catégorie socialement défavorisée ou encore à des refus d'inscription à la cantine d'enfants de personnes sans emploi. Au même moment, l'association ATD Quart Monde rendait public un livre blanc faisant des préconisations semblables³. Cette volonté commune s'appuie sur la prise de conscience que la précarité est problématique du point de vue des discriminations, au-delà de la seule situation de dénuement matériel, en raison des stéréotypes qu'elle véhicule : « Ces préjugés entraînent vers la discrimination lorsqu'ils sont générateurs de présomption d'incapacités ou de comportements non conformes aux normes et jugés susceptibles de troubler l'ordre social et/ou moral »⁴. En outre, des études soulignent que la crainte de stigmatisation entraîne un renoncement à leurs droits par les personnes en situation de précarité⁵. S'inspirant du droit international et européen qui connaît⁶ ce motif sous des dénominations variées de « fortune » ou d'« origine sociale », l'association recommandait donc l'« ajout de la précarité sociale comme motif de discrimination prohibée dans le code pénal, dans le code du travail, et dans la loi de 2008 »⁷. En 2015, cette proposition est enfin relayée au Sénat par le dépôt d'une proposition de loi. Visant initialement la précarité sociale, elle a ensuite porté sur la « particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur »⁸. Cette longue expression, peu parlante et moins maniable, montre une fois encore la difficulté de nommer et de bien nommer. Comme l'explique Ioannis Rodopoulos, il existe

¹ I. Rodopoulos, « L'absence de précarité sociale parmi les motifs de discrimination reconnus par le droit français : un frein normatif à l'effectivité de la lutte contre les discriminations ? », in Journée d'études *Les freins à la lutte contre les discriminations* organisée dans le cadre de la recherche collective financée par le GIP Justice, *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, 7 décembre 2015, Université Paris Ouest Nanterre, *La Revue des droits de l'homme*, 2016, n°9. V. en ce sens, les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'Homme adoptés en septembre 2012 par le Conseil des droits de l'Homme de l'ONU et confirmés par l'Assemblée Générale des Nations Unies en décembre qui présentent la discrimination à la fois comme une cause et une conséquence de la pauvreté.

² CNCDH, Avis sur les discriminations fondées sur la précarité sociale, assemblée plénière, le 26 septembre 2013.

³ *Discrimination et pauvreté. Livre blanc : analyse, testings et recommandations*, Octobre 2013. Une étude menée par ATD Quart Monde France, Institut de recherche et de formation aux relations humaines et ISM Corum.

⁴ *Ibid.*, p. 14.

⁵ *Ibid.*, p. 17.

⁶ Sur les textes internationaux, v. I. Rodopoulos, « L'absence de précarité sociale parmi les motifs de discrimination reconnus par le droit français : un frein normatif à l'effectivité de la lutte contre les discriminations ? », *op. cit.* Ce motif est pris en compte de la Déclaration universelle des droits de l'homme à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en passant par les Pactes internationaux de 1966.

⁷ *Discrimination et pauvreté. Livre blanc : analyse, testings et recommandations*, Octobre 2013. Une étude menée par ATD Quart Monde France, *op. cit.*, p. 55.

⁸ Proposition de loi n°378 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale, 31 mars 2015

« divers signifiants juridiques quasi-synonymes qu'on voit apparaître en alternance dans des textes nationaux, européens et internationaux : fortune, origine sociale, situation économique et sociale, condition sociale, vulnérabilité »¹ qui ne sont toutefois pas équivalents. Ainsi, le motif de fortune englobe, certes, le cas d'une personne démunie, socialement précaire, mais pourrait aussi concerner quelqu'un d'aisé. Si, malgré la réalité aujourd'hui bien connue de la stigmatisation de personnes pauvres², le motif de la précarité sociale - quel que soit le terme employé - n'est pas inscrit dans le *corpus* juridique, c'est sans doute, comme le suggère l'auteur, parce que de telles différences de traitement « fondées sur la situation économique font partie inhérente du système socio-politique libéral (du moins dans sa conception actuelle) »³. L'appréhension juridique des discriminations est donc alignée sur l'évolution de la société, sur le plan des mœurs notamment, mais aussi tributaire d'une certaine idéologie politique. Et force est de constater que la proposition reste à ce jour dans les limbes parlementaires. Pour autant, le législateur n'est pas resté totalement sourd à cette réalité sociale⁴. Il a fait, en 2009, au moment de l'adoption de la loi *Hôpital, patients, santé et territoire*, de l'affiliation à la CMU un critère illicite de discrimination figurant désormais dans le Code de la santé publique⁵. Prenant acte des refus de soins opposés aux publics précaires⁶, il a réagi, même si

¹ I. Rodopoulos, *op. cit.*

² V. l'expulsion du musée d'Orsay d'une famille accompagnée par un bénévole d'ATD Quart Monde, au prétexte de son odeur en janvier 2013.

³ I. Rodopoulos, *op. cit.*

⁴ Quelques prises en compte des discriminations d'origine sociale sont détectées par Céline Fercot et Marc Pichard : le Code de l'action sociale et des familles prévoit dans son article R. 314-182 que « le président du conseil départemental arrête les tarifs [applicables aux personnes hébergées dans les EHPAD] ainsi modulés après s'être assuré (...) que les bénéficiaires de l'aide sociale à l'hébergement ne font pas l'objet d'une quelconque discrimination ». Quant au Code de l'éducation, il dispose, depuis 2013 (article L.123-2, loi n°2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche) que le service public de l'enseignement supérieur contribue : « à la construction d'une société inclusive. À cette fin, il veille à favoriser l'inclusion des individus, sans distinction d'origine, de milieu social et de condition de santé ».

⁵ Est ajouté à l'article L.1110-3 du Code de la santé publique qui proscriit toute discrimination dans l'accès aux soins fondée sur les motifs classiques, celle trouvant sa source dans le fait que la personne bénéficie de la Couverture maladie universelle.

⁶ HALDE, Délibération n°2006-232 du 6 novembre 2006 : « Il y a des portes que claquent aux nez des pauvres, celles d'une minorité de professionnels oublieux du serment qu'ils ont fait de soigner sans distinction d'origine ni de fortune » (A. Archimbaud, « L'accès aux soins des plus démunis : 40 propositions pour un choc de solidarité », *Rapport au Premier ministre*, La documentation française, 2013, p. 7). V. aussi le *testing* réalisé par l'IRDES qui révélait en 2009 que sur 900 praticiens parisiens contactés pour une prise de rendez-vous par téléphone, plus de 30% des spécialistes refusaient des patients CMU pendant que près de 20% de leurs confrères généralistes fermaient leurs portes à ces patients pauvres (Pour des résultats plus précis, voir IRDES, *Le renoncement aux soins pour raisons financières : une approche économétrique*, 2009, http://www.alternatives-economiques.fr/fic_bdd/article_pdf_fichier/1250169548_IRDES_refus_de_soins.pdf, p. 29) V. *infra* IB2b sur l'intérêt probatoire des *testings*.

cela peut être estimé imparfait et peu cohérent - parce que sans aménagement de la charge de la preuve au profit de la victime¹, ni répression pénale².

D'autres motifs que ceux que le droit français connaît pourraient donc être inscrits. Mais l'ambition d'inscrire dans les textes juridiques l'ensemble des motifs de discriminations que les connaissances du terrain révèlent avec une finesse accrue, à supposer qu'elle soit réalisable, conduit à une multiplication de *corpus* qui n'est pas sans inconvénients.

ii. Une surabondance : des trop nommés

Plusieurs études font état de la profusion de motifs qui crée des incohérences, d'une part, et qui empêche de tirer profit des ressources textuelles dans une démarche constructive, d'autre part.

Quelques textes sont centraux en droit interne de la lutte contre les discriminations. Si les auteurs s'accordent sur le fait que l'article 225-1 du Code pénal et l'article L.1132-1 du Code du travail « *constituent le socle de l'intervention législative* », notamment par « *la grande généralité de leur champ d'application* »³, Robin Médard ajoute un troisième texte, la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations⁴, voire un quatrième, celui de 1983 relatif aux droits et obligations des fonctionnaires⁵. Parmi ces textes, la disposition du Code pénal se distingue encore en raison du poids symbolique du droit pénal mais également parce qu'il constitue « *un texte de référence – y compris au sens strict, c'est-à-dire un texte auquel les autres textes se réfèrent* »⁶. Au-delà de ces quelques textes emblématiques, on ne compte plus les *corpus* législatifs - pour s'en tenir à eux - traitant du phénomène discriminatoire, sous divers vocables : « *discrimination* », « *distinction* », « *différence* », etc.⁷.

¹ V. *Infra* I B.

² Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires. L'article L.1110-3 du Code de la santé publique envisage deux sortes de discriminations : les discriminations saisies par le droit pénal par renvoi à l'article 225-1 du Code pénal et la discrimination fondée sur le bénéfice d'une certaine protection sociale.

³ C. Fercot, M. Pichard, « La lutte contre les discriminations dans le discours législatif. Étude légistique », *in* ce rapport.

⁴ Loi n°2008-496 du 27 mai 2008.

⁵ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, articles 6 et 6 *bis*.

⁶ *Ibid.*

⁷ Pour une recherche sémantique systématique au sein de 63 codes et 8 grandes lois, dont une loi organique, v. C. Fercot, M. Pichard, *op. cit.*

Malgré des hiérarchies, références et renvois, la variété est de mise dans cette multitude. Ainsi, pour reprendre les conclusions de Robin Médard, dans les quatre textes isolés, les différences frappent, tant en ce qui concerne la définition des discriminations¹, que l'établissement des motifs porté à 25, mais jamais tous réunis dans un même texte.

Les raisons de l'incohérence qui en résulte sont elles-mêmes plurielles. Parfois, l'incohérence n'est qu'apparente, à tout le moins n'est-elle pas exempte d'une certaine rationalité, teintée de pragmatisme. Céline Fercot et Marc Pichard montrent en effet dans leur étude légistique que « *la stratégie législative à l'œuvre se caractériserait avant toute chose par son pragmatisme* »². Exclure des motifs issus de la liste de droit commun ou en énoncer de nouveaux, plus spécifiques, peut s'expliquer par le fait que le législateur ait cherché à identifier et saisir des risques discriminatoires particuliers, en rapport direct avec l'objet d'un texte qui n'avait pas pour finalité de lutter contre les discriminations. C'est par exemple le cas de l'article L.2213-9 du Code général des collectivités territoriales qui interdit, en matière d'inhumation, d'opérer une distinction selon « *les circonstances de la mort* », motif de discrimination que l'on ne trouve nulle part ailleurs. L'originalité peut également provenir du constat de certaines pratiques sociales discriminatoires auxquelles le législateur tente de répondre en envoyant un message ciblé aux acteurs, tout particulièrement aux auteurs potentiels de discriminations. On peut alors citer la loi de 2009 qui ajoute aux motifs de discrimination traditionnels déjà visés par le Code de la santé publique celui du bénéfice de la CMU, envoyant un signal fort aux médecins sur le caractère illégal d'une pratique de refus de soins manifestement non exceptionnelle.

Bien que sensées, la prolifération de motifs et la juxtaposition de listes de motifs non superposables génèrent une multiplicité de discours limitant la lisibilité du – des, devrait-on dire – dispositif(s) anti-discriminatoire(s). D'ailleurs, dans la plupart des cas, l'absence de correspondance des listes de motifs établies par le législateur provient de la manière de légiférer dans ce champ, par strates. Même les textes dédiés à la question n'ont pas été l'occasion d'une harmonisation, ce que l'on peut regretter, avec Robin Médard. Ce dernier voit ainsi dans la loi de transposition des directives en matière de discrimination une « *occasion manquée* » de

¹ Les variations, comme le montre l'auteur, portent tout à la fois sur les éléments matériel, personnel et temporel (R. Médard, « L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne », *in* ce rapport).

² C. Fercot, M. Pichard, *op. cit.*

procéder à l'harmonisation des dispositions¹. L'incohérence est sans doute due le plus souvent à une inadvertance. Ainsi, on ne peut qu'être surpris de l'absence du motif de grossesse², pourtant bien connu du code du travail, dans la loi de 1983 qui en constitue l'un des pendants pour les fonctionnaires. Rien en effet ne justifie que les salariées du privé soient mieux protégées que les fonctionnaires. Même lorsque le législateur se cale sur la liste des motifs figurant dans le Code pénal, ce qui constitue à première vue une technique pertinente afin d'éviter les dissemblances, l'incohérence n'est pas toujours évitée. Elle peut résulter du fait que le législateur ne suit pas scrupuleusement les évolutions du code emblématique, ce que Céline Fercot et Marc Pichard expriment par l'image de « *la mise en jachère* » de la liste. L'exemple du Code de déontologie des personnes privées nous semble à ce titre topique. Adopté au début de l'été 2012, il fait le choix de la reprise de l'ensemble des motifs de l'article 225-1 du Code pénal. Il n'intègre donc logiquement pas le motif de l'identité sexuelle introduit, comme nous l'avons vu, par la loi du 6 août 2012. Malgré cette modification législative ultérieure, aucune actualisation de la liste n'est intervenue, créant une incohérence entre les textes qui poursuivaient à l'origine un objectif d'harmonisation. Il en va exactement de même pour le critère du lieu de résidence datant de la loi du 21 février 2014. Or comme le soulignent M. Pichard et C. Fercot, « *un choix délibéré de ne pas mentionner ces critères dans le Code, notamment parce que ceux-ci ne correspondraient pas à des risques particuliers de discrimination semble, en l'occurrence, extrêmement peu probable* »³. En conséquence, procéder au renvoi au Code pénal apparaît comme la voie la plus sûre lorsque le législateur traite des discriminations, ce qu'il a récemment commencé à faire⁴. Permettant de dépasser le risque de mise en jachère des listes, cette méthode n'est toutefois pas adaptée aux cas identifiés de discriminations extrêmement originaux et spécifiques. Selon Robin Médard, il convient d'aller plus loin et d'organiser davantage le dispositif juridique de lutte contre les discriminations. L'auteur suggère, en sus de l'uniformisation des critères, leur ordonnancement autour de cinq *items* : « *l'appartenance collective, vraie ou supposée (origine, ethnie, nation, race), l'engagement personnel (convictions, mœurs, religions, opinions politiques ou philosophiques, activités syndicales ou mutualistes), l'état civil (patronyme, âge, lieu de*

¹ Ce constat est en passe de devenir anachronique avec la probable adoption du projet de loi précité qui vise à rassembler les motifs illicites de droit commun. V. pour plus de détail *infra*, I.A. 2. sur la hiérarchie.

² Sur l'importance de ce motif de discrimination, voir I. Carles, « Le Défenseur des droits et les acteurs juridictionnels de la lutte contre les discriminations : quelle complémentarité possible ? », *in* ce rapport.

³ C. Fercot, M. Pichard, « La lutte contre les discriminations dans le discours législatif. Étude légistique », *op. cit.*

⁴ « *Le législateur a commencé à y mettre bon ordre, en privilégiant le renvoi vers l'article 225-1 du Code pénal* », Sénat, E. Benbassa, J.-R. Lecerf, Rapport d'information n°94, *op. cit.*, p. 66.

résidence, situation de famille), le sexe (sexe, orientation ou identité sexuelle, grossesse, maternité) et, enfin, la situation physique ou psychique (handicap, perte d'autonomie, état de santé, caractéristiques génétiques et apparence physique) »¹.

Source d'incohérences, la surabondance est également la cause de vides. Un nouveau motif a récemment fait son apparition en droit positif, celui de la perte d'autonomie, qui risque toutefois d'être des plus éphémères². Le projet de loi sur le vieillissement qui a conduit à cette reconnaissance évoquait à l'origine les discriminations fondées sur l'âge³. Puis, à la faveur de deux amendements identiques déposés à l'Assemblée nationale⁴, l'idée de faire figurer la perte d'autonomie au nombre des motifs discriminatoires définis par l'article 1^{er} de la loi de 2008 a émergée afin de permettre au Défenseur des droits d'être saisi par des personnes victimes de discrimination dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées et dépendantes et de se rendre sur place pour vérification ou enquête. Mais le Sénat a estimé pour sa part « *ce nouveau critère [était] redondant avec ceux liés à l'âge et au handicap* » et a donc souhaité le supprimer. L'absence de nécessité, à ses yeux, d'un tel ajout, trouve sa source dans la présence antérieure de critères (seuls ou assemblés) permettant de subsumer les expériences discriminatoires vécues par les personnes en situation de dépendance : « *le présent article n'apporte pas d'ajout au droit existant dans la mesure où l'âge et le handicap constituent déjà des motifs susceptibles de fonder une discrimination. Or la perte d'autonomie est, de facto, un handicap, le plus souvent lié à l'âge* »⁵. Mais les députés l'ont rétabli et le Sénat s'y est résolu, écartant dès lors toute perspective d'interprétation croisée des motifs⁶. En l'occurrence, la manière de procéder du législateur illustre magnifiquement les risques d'incohérence puisque seul l'article 1^{er} de la loi de 2008 est modifié⁷, mais non l'article 225-1 du Code pénal. De sorte que cette discrimination pourtant affirmée dans la loi devrait échapper au juge pénal, sauf à ce qu'il s'engage sur la voie de l'intersectionnalité, ce qui apparaît d'autant plus improbable que l'*habitus* des juges⁸ se cumule ici avec le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Pour autant cette question d'une possible concurrence entre l'ajout d'un motif et le fait de

¹ R. Médard, « L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne », *in* ce rapport.

² Le projet de loi sur la modernisation de la justice au XXI^e siècle prévoit en effet sa suppression.

³ Exposé des motifs, p. 8, §16, §172, §246.

⁴ Amendement n°608 rectifié et - amendement n°618 rectifié, Assemblée nationale, 10 septembre 2014.

⁵ Rapport n°101 (2015-2016) de MM. G Labazée et G. Roche, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 21 octobre 2015, p. 45.

⁶ V. I A 1 b sur les discriminations intersectionnelles méconnues en droit français.

⁷ Article 19 de la loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

⁸ V. *infra* II.B.1.a

penser les discriminations en termes d'intersection n'est pas propre à ce motif de perte d'autonomie. On peut à certains égards, considérer que la grossesse aurait pu être appréhendée, par l'interprétation du juge, sous l'angle des deux motifs du sexe et de la santé.

On pourrait croire l'enjeu nul. Quelle que soit la méthode - celle privilégiant la précision du texte ou celle faisant le pari de l'audace du juge -, l'important est de parvenir au but que constitue la sanction des discriminations. Mais par le choix du texte, comme nous avons tenté de le montrer, le dispositif juridique français est en retrait sur l'intersectionnalité alors que des foyers de discrimination sont nécessairement omis. L'absence des « *responsabilités familiales* » précédemment mentionnée au sein des motifs discriminatoires en droit interne aurait pu être palliée par une interprétation croisée de la situation de famille et du sexe, deux motifs connus du droit français, si on pense au sens que le Comité européen des droits sociaux lui donne, dans une perspective genrée de la répartition des tâches domestiques, correspondant encore largement à la réalité¹.

Il peut être tentant de voir dans ce manque de confiance envers le juge et dans cette préférence systématique accordée au texte, à l'origine d'un cadre législatif replet, la marque de l'attachement à l'universalité par rapport à une approche casuistique.

Les manques provoqués par cette profusion ne concernent pas uniquement les motifs. Des notions, des concepts, n'ont pas (encore) trouvé leur place en droit interne, empêchant de saisir juridiquement certaines réalités discriminatoires et créant alors des angles morts.

b. Des notions manquantes

Le droit français des discriminations a été largement façonné par le droit de l'Union européenne. La loi de référence en la matière, celle du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, a introduit dans notre droit des notions jusque-là inconnues du droit français, principalement la discrimination indirecte.

Cependant, d'autres notions développées au sein de l'Union européenne, mais encore dans d'autres sphères juridiques, au Canada notamment, permettent d'identifier des phénomènes discriminatoires plus complexes, et surtout d'étendre le champ d'application des normes anti-

¹ T. Gründler, « Quelle effectivité de la lutte contre les discriminations ? Les enseignements du système de la Charte sociale européenne », *in* ce rapport

discriminatoires. Si certaines de ces notions élargissent le concept de discrimination (i), d'autres concernent davantage le mode d'appréhension des motifs existants (ii).

i. Des manques dans l'appréhension du phénomène discriminatoire

Nous l'avons vu, la discrimination fait l'objet en droit français d'une approche catégorielle : les normes caractérisent des critères, des motifs¹, illégitimes en principe pour fonder une décision. Cette approche segmentée peine à identifier des situations discriminatoires plus complexes, dans lesquelles les personnes discriminées le sont en raison d'une conjonction de caractéristiques, au demeurant pas nécessairement prévues par la loi. L'approche intersectionnelle permet justement de remédier à cela. Par ailleurs, la discrimination par association permet d'étendre le champ de la protection aux proches de la personne concernée par le critère prohibé.

Comme le rappelle Hilème Kombila², au Canada, la recherche d'effectivité dans la lutte contre les discriminations a conduit à l'adoption d'une approche contextuelle de ces dernières. Il s'agit de tenir compte de la réalité vécue par les victimes potentielles et du contexte social, historique et politique de l'acte discriminatoire. Ce cadre méthodologique contextualisé permet d'analyser la discrimination lorsque les plaintes sont fondées sur des motifs multiples, notamment en cas de discrimination multiple par intersection³. Comme le remarque Marie-Thérèse Lanquetin, afin de mieux saisir juridiquement ces discriminations spécifiques, la doctrine américaine a dégagé une typologie basée sur une « *lecture sociologique des différentes situations* »⁴. Les travaux académiques mettent ainsi en évidence différents types de discriminations multiples, c'est-à-dire de discriminations fondées sur plus d'un seul motif : les cas de « *discrimination additive* » dans lesquels un motif s'ajoute à un autre ; les cas de « *discrimination parallèle* » (par exemple une femme handicapée qui serait discriminée en raison de son genre sur le terrain de l'emploi et en raison de son handicap dans l'accès à certains services) ; les cas de « *discrimination combinée* » dans lesquels les différents motifs se cumulent dans une même

¹ Dans le rapport, critère et motif seront employés de manière synonymique.

² V. H. Kombila, « Les entraves à l'approche intersectionnelle canadienne de la discrimination » *in* ce rapport.

³ Commission ontarienne des droits de la personne, 9 octobre 2001, « Approche intersectionnelle de la discrimination, pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples », *document de travail* disponible en ligne : <http://www.ohrc.on.ca>.

⁴ M.-T. Lanquetin, « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, 2009/1, n° 21, p. 102.

situation ce qui en intensifie l'expérience et, enfin, les cas de « *discrimination intersectionnelle* » dans lesquels les différents motifs de discrimination interagissent les uns avec les autres¹. Le terme « *intersectionnel* » a émergé aux États-Unis, dans les années 1980, notamment au sein du *Black feminism*. L'idée est de dénoncer l'absence de prise en compte de la singularité des discriminations que subissent les femmes noires. Leur situation, à l'intersection de plusieurs axes de domination, est éludée par les mouvements et les politiques publiques, féministes ou antiracistes. En fait, l'approche intersectionnelle critique la traduction juridique d'une vision unidimensionnelle des rapports sociaux².

Le droit de l'Union européenne n'ignore pas le concept de « multi-discriminations ». La directive de 2006, relative à l'égalité entre hommes et femmes dans domaine de l'emploi, énonce ainsi que « *dans la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, la Communauté cherche, conformément à l'article 3, paragraphe 2, du traité CE, à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes, en particulier du fait que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples* »³. Cependant, pour le moment, les motifs de discrimination ne sont pas pensés comme pouvant se manifester de manière combinée ou interactive. De plus, dans les cas ne relevant pas du domaine du travail et de l'emploi, seuls les motifs de sexe et de race sont prohibés, et ils le sont séparément. Toutefois, malgré cette compartimentation normative, le sujet de la discrimination multiple ou intersectionnelle a fait l'objet d'un rapport publié par la Commission européenne en 2007⁴ et il figure aussi dans les conclusions du Sommet européen sur l'Égalité, tenu à Paris les 29 et 30 septembre 2008. En 2011, l'Agence européenne des droits fondamentaux (FRA) publiait des conclusions sur la discrimination multiple. Devant les juridictions européennes, les requérants commencent timidement à mobiliser cette approche. Ainsi, en 2012, la Cour de justice de l'Union a été saisie,

¹ Il a pu être relevé, par exemple, que dans plusieurs pays européens, des femmes roms avaient été stérilisées de manière coercitive. Cette pratique n'a pas affecté les femmes en général, ni les hommes roms. Il y a donc là plusieurs motifs de discrimination qui agissent simultanément et de manière combinée, ce qui est caractéristique de la discrimination par intersection (v. Compte rendu du séminaire organisé par l'ERIO – European Roma Information Office – les 19 et 20 juin 2008 à Bruxelles).

² Pour la version française : K.W. Crenshaw, O. Bonis, « Cartographies des marges : intersectionnalité, politique de l'identité et violences contre les femmes de couleur », *Cahiers du Genre*, 2005/2 n°39, pp. 51-82.

³ Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'embauche et de travail, JO du 27 juillet 2006.

⁴ *Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois*, Commission européenne, sept. 2007.

pour la première fois, de deux affaires de discriminations multiples que le juge n'a cependant pas appréhendées comme telles¹.

Les textes de droit français n'évoquent absolument pas les discriminations multiples, et encore moins les discriminations intersectionnelles. Quant aux juridictions nationales, elles peinent à adopter une approche contextualisée de la discrimination, affranchie du carcan des motifs énumérés par le dispositif légal. Celui-ci entrave la prise en compte des motifs imbriqués car il établit une séparation, voire une hiérarchisation entre les types de discrimination et entre les motifs prohibés². En France, la discrimination se comprend, on le sait, par une énumération de motifs prohibés, conceptualisés comme étant séparés les uns des autres. À l'inverse, au Canada, le concept d'intersectionnalité et le raisonnement contextualisé qui l'accompagne se répandent depuis le milieu des années 1990. Entre ces deux expériences, il existe une tension fondamentale qui correspond à deux conceptions du droit anti-discriminatoire. D'un côté, la conception actuelle du droit anti-discriminatoire français contraint les plaignants à fixer leurs expériences dans des catégories isolées et prédéterminées : la discrimination est représentée comme émanant d'une caractéristique intrinsèque de l'individu (comme sa race, son sexe, son orientation sexuelle), et non pas comme le produit des rapports sociaux³. D'un autre côté, la perspective intersectionnelle exige une prise en considération des interactions entre ces catégories qu'elle considère comme mutuellement constitutives. L'enjeu est donc, pour les partisans de cette seconde approche, de donner une voix/voie juridique à la reconnaissance de la complexité des rapports sociaux. Le problème ne tient pas tant aux motifs de discrimination, mais bien à une conception naturaliste et objective qui occulte les processus sociaux producteurs de ces catégories.

Ainsi le droit français n'est pas en mesure d'appréhender, du fait de son approche catégorielle fermée, une situation caractérisée par une discrimination fondée sur la conjonction de deux motifs prohibés : par exemple le genre et la religion. Certains membres de la doctrine évoquent

¹ Dans la première affaire, la Cour ne traite pas d'une éventuelle discrimination intersectionnelle dont serait victime le requérant en tant que travailleur âgé, gravement handicapé. Cet élément n'était pas soulevé dans les questions préjudicielles. Les motifs de discrimination (âge et handicap) sont examinés successivement. CJUE, *Odar*, 6 décembre 2012, aff. C-152/11, *Nepr*. Dans l'autre affaire, la Cour était interrogée sur le mécanisme de l'aménagement de la charge de la preuve à propos d'une femme qui s'estimait victime d'une discrimination fondée sur le sexe, l'âge et l'origine ethnique à l'occasion d'une procédure de recrutement. CJUE, *Meister*, 19 avril 2012, aff. C-415/10, *Nepr*.

² V. *infra* I.A.2.

³ Une avancée sur ce point concerne la prise en compte de motifs « sociaux économiques » tels que le lieu de résidence et/ou la précarité sociale. Voir en ce sens la contribution de I. Rodopoulos « L'absence de la précarité sociale parmi les motifs de discrimination », La Revue des droits de l'homme [En ligne], 9 | 2016.

ainsi la discrimination intersectionnelle issue de la loi de 2004 qui prohibe les signes ostensibles d'appartenance religieuse dans la mesure où cette interdiction affecte principalement les jeunes filles musulmanes¹.

Face à ces situations, la discrimination par association peut contribuer à améliorer l'efficacité de la lutte contre les discriminations en élargissant le champ des personnes protégées par le dispositif juridique qui lui est consacré.

Connue du droit canadien depuis les années 1990², la discrimination par association a été introduite en droit de l'Union européenne par la Cour de justice dans l'arrêt *Coleman* du 17 juillet 2008³. Dans cette affaire, la Cour a tiré argument du fait que la directive 2000/78 interdit les discriminations *fondées* sur le handicap et non pas les seules discriminations visant les personnes handicapées. Se référant également à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, elle en a tiré comme conséquence que doivent être protégées non seulement les personnes handicapées mais aussi les personnes ayant la charge de ces personnes. Cette interprétation répond à une approche concrète du principe d'égalité qui est privilégiée par le droit de l'Union et contribue à une plus grande effectivité de l'interdiction des discriminations. Il n'en demeure pas moins que des questions subsistent : quelle est la délimitation des personnes protégées ? S'agit-il de la famille de la personne handicapée ou plus généralement de son entourage ? La jurisprudence canadienne va encore plus loin en faisant bénéficier de cette protection la personne qui a manifesté son opposition à la discrimination dont a fait l'objet l'un de ses collègues⁴.

Par ailleurs, au-delà de l'affaire *Coleman*, l'interdiction de la discrimination par association ne devrait pas, d'un point de vue logique, être cantonnée au handicap mais s'appliquer à tous les motifs visés par la directive 2000/78. Un tel mouvement en faveur de la reconnaissance de la discrimination par association devrait conduire à une modification de l'article L.1132-1 du Code du travail dont la rédaction actuelle ne permet pas d'interdire les discriminations par association. Le texte français interdit les discriminations à l'encontre d'une personne « *en raison* » de son âge, son handicap, etc. et non pas les discriminations « *fondées* » sur l'âge, le

¹ V. not. S. Hennette-Vauchez, « Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires du voile », AJDA 2012, p. 163. Selon l'auteure, la discrimination issue plus généralement de l'interdiction de porter des signes d'appartenance religieuse serait à la fois intersectionnelle et indirecte.

² V. R. Médard, « Les écueils du contentieux antidiscriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne », *in ce rapport*.

³ CJUE, 17 juillet 2008, *Coleman*, Aff. C-303/06.

⁴ *Barclay v. Royal Canadian Legion, Branch 12* (1997), 31 CHRR D/486 (Ont. Bd. Of Inq.).

handicap etc. Le Code pénal retient la même formulation. Seuls les termes de la loi de 2008 offrent une ressource susceptible d'ouvrir à une telle intégration¹.

ii. Des manques dans l'appréhension des motifs existants

Parmi les notions manquantes du droit des discriminations, certaines concernent le mode d'appréhension des motifs existants. Le dispositif législatif précise pour certains d'entre eux qu'ils peuvent fonder une discrimination alors même qu'ils ne correspondraient pas à la situation réelle de la personne discriminée. Pour la plupart des autres motifs, la loi ne précise pas qu'ils peuvent être « *réels ou supposés* ».

L'article 225-1 du Code pénal prohibe les discriminations visant les personnes en raison notamment « *de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». En d'autres termes, la discrimination est caractérisée dès lors que le critère prohibé a été supposé par l'auteur de l'acte ; peu importe que la victime relève en réalité de cette catégorie. Cette précision est également apportée, quasiment pour les mêmes motifs (à l'exclusion de la religion et de la nation), dans la loi de 2008². Par conséquent les deux textes qui délimitent le cadre général du droit des discriminations réservent un traitement spécifique aux motifs ethniques et raciaux.

La loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure³ a toutefois créé la circonstance aggravante de commission d'un crime ou d'un délit à raison de l'orientation sexuelle de la victime, présente à l'article 132-77 du code pénal. La loi a pris le soin de préciser que la circonstance aggravante est constituée « *lorsque l'infraction est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, utilisation d'images ou d'objets ou d'actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime, à raison de son orientation sexuelle vraie ou supposée* ». Comme le rappelle la circulaire adressée par la Ministre de la Justice aux Procureurs en juillet

¹ V. R. Médard pour la distinction dans l'appréciation du lien de causalité impliquée par le choix de l'expression. Lorsque le législateur emploie le terme « *à raison de* » comme dans le Code pénal il exige un lien de causalité directe. Dans la loi de 2008, qui retient logiquement la même approche que le droit de l'Union, le législateur utilise l'expression « *sur le fondement de* » et admet un lien de causalité plus lâche, exigeant simplement que le motif ait concouru à l'acte discriminatoire, v. « L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne, *in* ce rapport.

² Avec le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, l'énoncé des motifs discriminatoires est calqué sur celui du Code pénal. Aussi cette divergence est-elle amenée à disparaître.

³ Loi n°2003-239.

2013, « *l'homophobie est l'hostilité manifestée non seulement à l'égard des homosexuels, mais plus largement envers les individus exprimant une différence par rapport à la norme sexuelle* »¹. Une infraction homophobe pourra être constituée alors que la personne n'est pas homosexuelle, si la personne a fait l'objet d'une agression, par exemple, parce que son agresseur pensait qu'elle était homosexuelle. L'injure homophobe, par exemple, qui accompagne l'acte délictueux ou criminel pourra permettre de caractériser la circonstance aggravante.

Deux hypothèses peuvent être avancées pour expliquer la prise en compte du caractère « réel ou supposé » de certains motifs de discrimination : l'une relative à la nature des motifs, l'autre relative à une simple incohérence de la part du législateur.

Soit l'on estime que la référence ou non à l'appartenance « *réelle ou supposée* » à telle ou telle catégorie renvoie à une dichotomie entre, d'une part, des motifs sociaux, des catégories sociales (race, ethnie), auxquels un individu risque d'être identifié à tort ou à raison, en raison de tel ou tel aspect visible (par exemple la couleur de la peau) et, d'autre part, des caractéristiques individuelles, objectives, propres à l'individu (sexe, handicap, etc.). Mais cette approche n'est pas satisfaisante puisqu'elle distingue deux types de motifs dont la nature n'est pas fondamentalement différente mais dont les modes d'expression divergent. En effet, de même que l'on peut reformuler l'appartenance à une ethnie à partir de la prise en compte d'une caractéristique telle que la couleur de peau, la morphologie d'un individu, on pourrait à l'inverse traduire les autres critères en catégories sociales (les personnes âgées, les homosexuels, les handicapés, etc.).

Soit l'on écarte l'hypothèse ontologique (liée à la nature des motifs), auquel cas il pourrait être tentant de n'y voir qu'une forme d'incohérence, d'impensé de la part du législateur. Il est d'ailleurs difficilement compréhensible que l'orientation sexuelle puisse constituer un motif réel ou supposé lorsqu'il est question de circonstances aggravantes, et, en l'absence de précisions à ce sujet, un motif seulement réel lorsqu'il est question de discriminations dans l'accès à l'emploi.

¹ Ministre de la Justice, Circulaire du 23 juillet 2013 portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, *op. cit.*

Cette confusion engendrée par des motifs de nature différente pourrait ne représenter qu'une incohérence d'ordre conceptuel, sans grande portée pratique, sauf que la précision apportée par la nature réelle ou supposée du motif discriminatoire n'est pas sans incidence sur la portée de la lutte contre les discriminations :

La référence à la supposition de l'auteur d'une discrimination permet d'enrichir, de préciser l'approche juridique du phénomène discriminatoire et surtout d'accroître l'effectivité de la lutte contre les discriminations, en agissant à l'égard des représentations collectives. En effet, elle permet théoriquement à un individu victime de discrimination en raison de son assignation à telle ou telle catégorie (anarchiste, vieux, homosexuel, etc.) par l'auteur de l'acte litigieux, de surmonter son éventuelle difficulté à s'identifier à ces catégories et à se reconnaître victime d'une discrimination. La référence au « supposé », et donc aux présupposés, permet en outre de lutter contre les stéréotypes qui assignent un individu à une catégorie sociale déterminée en fonction de telle ou telle caractéristique apparente.

L'intérêt d'étendre le champ des motifs donnant lieu à une protection en faveur des personnes qui ont fait l'objet d'une assimilation erronée à tel ou tel motif prohibé est bien illustré par une affaire soumise à la Cour suprême du Canada. Cette dernière a été confrontée à la situation de deux personnes, respectivement non embauchée et licenciée pour des motifs médicaux, alors même que les problèmes dont elles souffraient n'influençaient en aucune façon leur aptitude à remplir leurs fonctions. Ces mesures pouvaient-elles être qualifiées de discriminations fondées sur un "handicap" ? Le juge répond par l'affirmative et refuse de limiter la notion de handicap aux seules incapacités fonctionnelles existantes en estimant que « *un handicap peut être soit réel soit perçu* »¹. Il suffit alors que l'auteur de l'acte discriminatoire soit subjectivement convaincu de la prétendue existence de ces limitations fonctionnelles pour que la discrimination soit caractérisée. Le handicap est donc défini non seulement comme une affection objective, mais aussi comme la perception subjective d'une prétendue affection.

Cet exemple de disparité des modes d'appréhension des motifs de discrimination laisse entrevoir une hétérogénéité de traitement des situations discriminatoires selon le motif concerné, elle-même porteuse d'une approche hiérarchisée de celles-ci.

¹ *Québec v/ Montréal et Québec v/ Boisbriand*, [2000], 1 RCS 665, spécialement point 48.

2. Une hiérarchie impensée des motifs de discrimination

« *Les différentes formes de discriminations ne se classent pas par ordre d'importance et sont toutes également intolérables* ». C'est cette position de principe qu'a défendue le Conseil des ministres de l'Union européenne en 2000¹. Pourtant, comme l'affirme Daniel Borillo, « *force est de reconnaître que (...) les différentes catégories ne se trouvent pas protégées de la même façon* »². Selon l'auteur, en effet, au sein de l'organisation régionale, au sommet, figurent d'abord les discriminations fondées sur le sexe et, ensuite, celles ayant trait à la nationalité. Une hiérarchie se dessinerait donc, comme en droit interne au demeurant, entre les différents motifs visés dans les principaux textes législatifs anti-discriminatoires³. Cette hiérarchie nous semble effectivement ressortir plus spécifiquement de l'énoncé de l'interdit de discriminer (a) et des conséquences attachées à celui-ci (b).

a. Les interdits au sein des textes

À s'en tenir aux textes de référence du droit interne de la lutte contre les discriminations, les 25 motifs⁴ pris en compte par le législateur sont l'origine, le sexe, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, le patronyme (parfois désigné sous l'expression nom de famille), le lieu de résidence, le handicap, l'état de santé, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle, l'âge, les opinions politiques, les activités syndicales, l'ethnie, la nation, la race, la religion (parfois désignée sous les expressions opinions religieuses ou convictions religieuses), la perte d'autonomie, les convictions, la maternité, les activités mutualistes et les opinions philosophiques. Si tous ont le même statut du point de vue de la qualification de discrimination, dont ils constituent un élément nécessaire sans être suffisant, au même titre que la distinction opérée entre deux personnes - par ailleurs comparables - dans un domaine considéré, une hiérarchie semble se détacher de l'étude attentive des textes qui les consacrent. Deux indicateurs principaux de l'importance relative conférée, de façon semble-t-il inconsciente par le législateur, aux divers motifs nous

¹ Décision 2000/750/CE du Conseil du 27 novembre 2000 établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006), *JOCE L 303* du 02/12/2000, p. 23, cons. 5.

² D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, 2003, p. 150.

³ Nous partons des 25 motifs répertoriés dans les 4 grands textes de lutte contre les discriminations : Article 225-1 du Code pénal, loi de 1983, Code du travail et loi de 2008.

⁴ 25 motifs qui deviendront 23 si l'amendement au projet de loi sur la modernisation de la justice du XXI^e siècle est adopté puisqu'il supprimerait de la loi de 2008 les deux motifs qui se trouvaient exclusivement dans ce texte : la conviction et la perte d'autonomie, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta-pdf/3726-p.pdf>

apparaissent : d'une part, l'étendue des champs couverts par les différents motifs (i) ; d'autre part, la valeur des textes les prohibant (ii).

i. Des interdits aux champs variables

Le champ matériel occupé par chacun des motifs peut être lui-même apprécié à partir de deux données : en premier lieu, sa présence ou son absence des quatre textes identifiés comme référentiels et, en second lieu, le ou les domaines concernés par la prohibition des distinctions fondées sur les motifs consacrés.

Du point de vue de la fréquence de leurs occurrences textuelles, trois catégories de motifs peuvent être identifiées : les motifs unanimement consacrés, c'est-à-dire mentionnés dans les quatre *corpus* législatifs retenus, ceux majoritairement consacrés, à savoir dans trois des quatre *corpus* et ceux minoritairement retenus¹. Les motifs se répartissent de façon équilibrée entre ces trois catégories. On compte en effet au jour de la rédaction du présent rapport² huit motifs récurrents : le sexe, le handicap, l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle, l'âge, l'ethnie, la race et la religion³. Dans la deuxième catégorie, figurent neuf motifs : l'origine, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, le patronyme, le lieu de résidence, l'état de santé, les opinions politiques et les activités syndicales⁴. Enfin, plus rarement libellés, on trouve les huit critères restants, à savoir les caractéristiques génétiques, les mœurs, la nation (deux fois), la perte d'autonomie, les convictions, la maternité, les activités mutualistes et les opinions philosophiques (une fois)⁵.

¹ V. Tableaux 3 et 4 (R. Médard, « L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne, *in* ce rapport).

² Dans le projet de loi pour la modernisation de la justice du XXI^e siècle, une modification substantielle de la loi de 2008 est prévue à la faveur d'un amendement parlementaire, concernant la liste des motifs. On y trouverait désormais l'origine, le sexe, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, le patronyme, le lieu de résidence, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation ou l'identité sexuelle, l'âge, les opinions politiques, de les activités syndicales, l'appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée (nous soulignons). En conséquence de quoi les motifs se répartiraient différemment au sein de notre typologie.

³ Avec cette modification législative, les motifs récurrents seraient au nombre de 15 : aux 8 antérieurs s'ajouteraient l'origine, la situation de famille, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, les opinions politiques et les activités syndicales

⁴ Avec cette modification législative, pour les motifs reconnus majoritairement (c'est-à-dire dans 3 textes dont le Code pénal), on passerait de 9 à 5 du fait des vases communicants. Il ne resterait que les caractéristiques génétiques, nation, mœurs, grossesse, lieu de résidence.

⁵ Avec cette modification législative, il n'y aurait plus que deux motifs rares : les opinions philosophiques, la maternité (pas évoquée dans l'énoncé de l'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi de 2008 mais au 4^e alinéa du texte).

Les raisons de ces différences de traitement entre les motifs n'ont rien d'évidentes. Éric Fassin évoquait la variabilité historique de l'illégitimité expliquant que « *le partage entre une distinction légitime et une discrimination illégitime ne cesse d'évoluer* », avant d'ajouter que « *le critère perd sa légitimité lorsqu'il nous apparaît comme facteur de naturalisation d'une catégorie sociale – autrement dit, quand la catégorie cesse de nous sembler naturelle* »¹. Aussi, parmi les critères appréhendés de façon unanime, paraît-il logique de trouver ceux correspondant à un état inhérent à la personne, – on pense en particulier à celui de l'origine ou de la race –. À l'inverse ceux qui résulteraient de l'exercice d'une liberté seraient moins systématiquement protégés. Ainsi les opinions philosophiques ou politiques sont quelquefois seulement envisagées. Mais on rencontre quelques difficultés pour départir les critères sur ce fondement de l'inhérence et du choix. Il suffit de penser au sexe souvent pensé comme une caractéristique inhérente de la personne qui n'échappe toutefois pas toujours au choix de l'individu si l'on pense aux personnes transsexuelles ou aux personnes intersexuées. En outre, on peut s'interroger sur la pertinence de ce critère de distinction (choix/non choix). Un critère explicatif de la place différente accordée aux divers motifs de discrimination appréhendés juridiquement ne sautant pas aux yeux, il convient de poursuivre la quête d'une hiérarchisation.

Il est à cet égard utile de s'intéresser aux domaines dans lesquels les distinctions fondées sur les motifs sus évoqués sont interdites. Les travaux de Robin Médard dévoilent que très peu d'entre eux, trois simplement (la grossesse, la race et l'ethnie), figurent dans tous les domaines couverts². Ces domaines sont, en schématisant, l'emploi (par le Code pénal et par le Code du travail sans que les champs se juxtaposent complètement : embauche, sanction, licenciement, conditions de travail, promotion, rémunération, etc.), la fourniture de biens et services (avec une distinction entre accès et refus), le refus du bénéfice d'un droit par une personne dépositaire de l'autorité publique, l'entrave à une activité économique, la protection sociale, la santé, les avantages sociaux, l'éducation.

Si l'on croise à présent les deux données de classification des motifs – celui strictement quantitatif du nombre d'occurrences et celui plus qualitatif des domaines visés – les deux motifs bénéficiant d'une protection anti-discriminatoire complète entretiennent une étroite proximité :

¹ E. Fassin, « Penser la discrimination positive », in D. Borillo, *op. cit.*, p. 56.

² Même si pour la grossesse la fonction publique y échappe.

la race et l'ethnie¹. Viennent ensuite le sexe, le handicap, l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle, l'âge et la religion. Leur primauté tient au fait qu'ils sont inscrits dans tous les textes et pris en compte dans de nombreux domaines (emploi, service, droits accordés par une personne dépositaire de l'autorité publique, activité économique)². Le groupe suivant comprend des motifs communs aux quatre textes et envisagés dans un nombre conséquent de champs : l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle, l'âge et la religion. Le reste est constitué de motifs plus originaux et/ou spécifiques à des domaines particuliers, voire à aucun, comme la perte d'autonomie.

À défaut d'une hiérarchie pensée, il existe *de facto* une protection contre les discriminations graduée en fonction des motifs. Le sentiment d'insatisfaction à cet égard résulte moins de la hiérarchisation que de son caractère apparemment impensé³. Le législateur semble en avoir pris conscience. À l'occasion de l'examen du projet de loi sur la modernisation de la justice du XXI^e siècle, la commission des lois de l'Assemblée nationale a proposé le 17 mai dernier un amendement visant à « *complét[er] la liste des motifs de discrimination établie à l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008, afin de l'harmoniser avec celle précisée dans le code pénal. Il nous a en effet semblé utile, à l'issue de nos auditions, de prévoir l'élargissement de cette liste dans le cadre du présent projet de loi, sans attendre l'examen du projet de loi Égalité et citoyenneté* »⁴. Outre la correspondance des listes des 20 mêmes motifs dans le Code pénal et la loi de 2008, cet amendement étend considérablement les domaines protégés.

Alors que jusqu'à aujourd'hui seules la grossesse, l'ethnie et la race étaient protégées dans tous les domaines, l'adoption de cette modification législative confère à l'ensemble des motifs le même champ d'application, ce qui serait source d'uniformisation. Toute forme de hiérarchisation ne disparaîtrait pas pour autant.

¹ Rappelons que la grossesse qui couvre de nombreux domaines souffre dans cette entreprise de hiérarchisation de son absence dans la Loi Le Pors de 1983.

² Ne sont pas prises en compte les distinctions sur cette base dans les champs de la protection sociale, la santé, les avantages sociaux, l'éducation et l'accès à la fourniture de service (seul le refus est réprimé pénalement), ce qui laisse songeur : par exemple, « *pourquoi en matière de protection sociale il n'est prohibé que les discriminations directes ou indirectes fondées sur l'origine ethnique ou raciale mais pas celles fondées sur le sexe, l'âge, le handicap, l'orientation ou l'identité sexuelle ?* » (S. Slama, « La disparité des motifs et régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité », in *Revue des droits de l'Homme*, 2016, n°9). On notera que le sexe a quant à lui une place privilégiée dans ce deuxième groupe, dans la mesure où il est également pris en compte dans le champ de l'accès à la fourniture de biens et services.

³ Rationnellement, il peut paraître surprenant que l'âge, qui est un motif inhérent à la personne, se situe à un niveau relativement bas dans cette typologie.

⁴ Rapporteur de la commission des lois, 17 mai 2016.

ii. Des interdits de valeur variable

Cette hiérarchisation ressort aussi de la qualité des textes qui établissent ces interdits. Leur valeur juridique ou symbolique est ici à prendre en compte. Eu égard à leur mention au sein du texte constitutionnel, l'origine, la race ou la religion apparaissent comme des motifs privilégiés. Certes, le terme de discrimination n'est pas employé, mais la Constitution énonce l'égalité devant la loi des citoyens sans distinction aucune fondée sur ces trois motifs. Par-delà le champ lexical investi, c'est bien de discrimination dont il s'agit¹. À la lecture du texte fondateur, la question de la supériorité du critère du sexe peut se poser également. Depuis 1999, il contient en effet une nouvelle référence à l'égalité devant la loi, quel que soit le sexe de la personne². La suprématie conférée à ce texte dans l'ordre juridique interne donne donc une portée considérable à l'interdiction des discriminations pratiquées en raison de l'un de ces quatre motifs³. On pourrait dès lors conclure à une supériorité normative ou verticale de quelques rares critères. Rares car le droit des discriminations étant directement influencé, nourri, par le droit de l'Union européenne, c'est par la voie législative que la plupart des critères ont été intégrés. La présence de certains d'entre eux dans le texte constitutionnel rédigé en 1958, avant même de penser la question en termes de discrimination, n'en est que plus notoire.

En raison de la force symbolique du droit pénal, l'entrée de certaines discriminations dans cette branche du droit nous semble devoir être également comprise comme le signe d'une hiérarchie, sinon formelle, du moins matérielle. Ainsi, il est intéressant de relever que, dans une décision-cadre, le Conseil européen a notamment obligé les États membres à apporter une réponse pénale aux comportements que sont l'incitation à la violence ou à la haine visant un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe, défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique⁴. La voie pénale reste probablement perçue comme le meilleur garant de l'effectivité⁵, notamment en raison de son caractère

¹ V. C. Fercot, M. Pichard sur les termes retenus dans leur étude légistique, *op. cit.*

² L'article 3, introduit par la révision constitutionnelle de 1999 disposait : « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ». Depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, c'est l'article 1^{er} qui reprend la formule, ajoutant que la loi favorise l'« égal accès des femmes et des hommes [...] aux responsabilités professionnelles et sociales » (loi constitutionnelle n°99-569 du 8 juillet 1999, relative à l'égalité entre les hommes et les femmes et loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République).

³ Pour une analyse de la distinction entre discriminations « fondées sur » ou « en raison de », v. R. Médard, *op. cit.*

⁴ Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal.

⁵ C. Fercot, M. Pichard, « La lutte contre les discriminations dans le discours législatif. Étude légistique », *in* ce rapport.

sanctionnateur. Mais on peut aller plus loin et considérer avec Ioannis Rodopoulos que l'incrimination d'une distinction fondée sur un critère déterminé symbolise une désapprobation de la société face à un acte socialement et moralement intolérable¹. Marie-Laure Izorche ne dit pas autre chose quand elle se demande « *pourquoi et comment le législateur a lui-même opéré une distinction entre les critères qui méritaient d'être cités dans l'article 225-1, et ceux qu'il n'a pas retenus : on pourrait avancer au moins deux hypothèses, la première étant que les discriminations retenues dans ce texte seraient, de fait, les plus fréquentes, la seconde étant que ce seraient les distinctions les plus intolérables pour le corps social (...) les deux explications n'étant nullement incompatibles* »². De ce point de vue, les critères de la race et de la religion occupent une fois encore une place privilégiée, ayant bénéficié les premiers de la protection pénale avec un décret-loi de 1939 qui a ajouté des dispositions spéciales dans la loi sur la liberté de la presse de 1881 incriminant l'injure et la diffamation envers les personnes appartenant à une race ou une religion lorsqu'elles ont pour but d'exciter à la haine³.

L'existence et le niveau des sanctions pénales constituent également des indices de l'importance conférée aux différents motifs. Une exploration des sanctions pénales s'avère donc nécessaire et révèle à la fois une incohérence et une hiérarchie.

L'incohérence tout d'abord tient au fait que des différences de sanction s'observent pour un même motif selon que l'infraction figure dans le Code pénal ou dans le Code du travail, comme le montre François Desprez⁴. Les dispositions en matière de discrimination du Code du travail se superposent avec celles du Code pénal. Ce dernier se veut plus général, les textes du Code du travail étant, quant à eux, spécifiques au monde de l'entreprise et plus détaillés à propos des agissements interdits. L'étude du droit pénal du travail révèle dès lors une certaine redondance, puisque le droit pénal sanctionne les discriminations liées à l'activité syndicale et au sexe, qui se trouvent également dans le Code pénal. Mais, surtout, cette double inscription recouvre des

¹ Sur la distinction entre un acte simplement interdit (*malum prohibitum*), et un acte moralement inacceptable (*malum in se*), stigmatisé en tant que tel par la société, v. I. Rodopoulos, « L'absence de la précarité sociale parmi les motifs de discrimination reconnus par le droit français : Un frein normatif à l'effectivité de la lutte contre les discriminations ? », La Revue des droits de l'homme [En ligne], 9 | 2016.

² M.-L. Izorche, « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 53.

³ Décret-loi du 21 avril 1939 tendant à réprimer les propagandes étrangères.

⁴ F. Desprez, « L'absence d'harmonie du dispositif de lutte contre les discriminations en droit pénal du travail », in ce rapport.

peines distinctes¹, et il est difficile de comprendre cet écart dans la répression². Rappelant que la peine permet de déterminer la gravité de l'atteinte portée à l'ordre public, François Desprez se demande en quoi la discrimination réalisée dans le milieu professionnel par un employeur (en matière sexuelle ou syndicale) serait moins grave que celle réalisée par toute personne (y compris un employeur)³. Il rappelle que, dès 1994, suite à l'adoption du nouveau Code pénal, Elisabeth Fortis soulignait l'existence de cette difficile articulation entre les deux codes du fait notamment de l'établissement de peines différentes pour les mêmes agissements. L'auteure suggérerait l'harmonisation de ces corps de règles, avançant notamment qu'il pourrait être envisagé de réserver au Code du travail la nullité de plein droit des mesures et au Code pénal la répression⁴.

Mais la hiérarchie ressort surtout du fait que seule une partie des motifs visés par l'article 1^{er} du Code pénal sont susceptibles de constituer une circonstance aggravante. Il en va ainsi de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, d'une part⁵, ou à raison de l'orientation ou de l'identité sexuelle de la victime, d'autre part⁶. Ces dispositions prennent le soin de préciser que ces circonstances aggravantes ne s'appliquent que dans les cas prévus par la loi⁷. Le racisme et l'homophobie sont donc plus particulièrement visés par le Code pénal⁸.

De manière sensiblement comparable, nous avons déjà eu l'occasion de souligner que la loi sur la presse de 1881 prévoit des sanctions pénales pour les actes de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une

¹ Alors que le Code pénal prévoit 3 ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende, le Code du travail établit la peine à un an d'emprisonnement et 3750 euros d'amende pour la discrimination fondée sur le sexe ou la situation de famille (article L.1146-1), 3750 euros d'amende pour la discrimination syndicale (article L.2146-2) et une contravention de 5^e classe pour la discrimination fondée sur l'état de grossesse (articles R. 1227-5 et R. 1227-6).

² A. Coeuret, E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Lexisnexis, coll. Manuel, 5^e éd., 2012, n°563, p. 360. A. Coeuret, « Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations », in *Les droits et le droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 221.

³ F. Desprez, « L'absence d'harmonie du dispositif de lutte contre les discriminations en droit pénal du travail », *op. cit.*

⁴ E. Fortis, « Les infractions du nouveau Code pénal créées ou remaniées », *Droit social* 1994, p.626.

⁵ Article 132-76 du Code pénal.

⁶ Article 132-77 du Code pénal.

⁷ Les infractions ainsi concernées sont les suivantes : art. 221-4, meurtre ; art. 311-4, vol ; art. 322-8, destruction, dégradation ou détérioration d'un bien appartenant à autrui ; art. 312-2, extorsion ; art. 222-3 tortures ou actes de barbarie ; art. 222-8, 222-9 222-10, 222-12 et 222-13, actes de violence ; art. 222-18-1 menaces ; art. 225-17, atteinte à l'intégrité du cadavre ; art. 322-2, destruction, dégradation ou détérioration d'un bien appartenant à autrui.

⁸ Le législateur s'interroge lui-même sur cette hiérarchie. « *Au nom de quoi la couleur de peau ou l'orientation sexuelle devraient être une circonstance aggravante ? Est-ce qu'un vol à l'arraché ou n'importe quel autre délit devrait être plus sévèrement puni s'il est commis contre une personne de couleur ? Ici même, nous avons dénoncé, il n'y a pas si longtemps, la précipitation à légiférer dans le domaine pénal. Soyons cohérents avec nous-mêmes.* » (M. Christophe Béchu, Commission des lois examinant l'amendement de la sénatrice Michelle Meunier au Sénat sur l'ajout du motif de l'identité sexuelle. Sénat, Mercredi 11 juillet 2012).

race ou une religion déterminée - et ce depuis 1939 -, d'une part, et en raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle, ou bien encore de leur handicap, d'autre part. La diffamation et l'injure sont spécialement visées par la loi de 1881 lorsqu'elles concernent une personne ou un groupe de personnes en raison des motifs évoqués précédemment.

Ces textes cherchent donc à protéger une catégorie de personnes jugée plus vulnérable et stigmatisée. Ce faisant, le législateur consacre implicitement l'idée que les motifs prohibés ne sont pas tous de même nature : certains auraient trait à l'identité des personnes, leurs seraient inhérents, tandis que d'autres correspondraient à l'exercice d'une liberté, résulteraient d'un choix¹, tel que l'appartenance à un syndicat par exemple. En ce qu'ils seraient inhérents aux personnes, les motifs de l'origine, de la race, de la religion, de l'orientation sexuelle, ou bien encore du handicap, nécessiteraient une protection spécifique contre les délits de provocation à la haine, d'injure ou de diffamation.

Si par les simples lectures et comparaisons des principaux textes français de lutte contre les discriminations une hiérarchie entre les critères appréhendés en droit interne peut se dessiner, c'est au profit de l'illégitimité de la prise en compte de la race, l'ethnie et le sexe, motifs qui font l'objet de la plus grande attention des rédacteurs des textes juridiques. Pris en compte dans tous les textes de valeur législative, donc par le Code pénal, mais aussi par la Constitution, il reste à voir si la portée conférée à l'interdit exprimé confirme cette hiérarchie. Car, comme le soulignent Céline Fercot et Marc Pichard, « *la différence des peines encourues conduit à établir une hiérarchie des valeurs sociales protégées au sein des types de discriminations* »².

b. La portée des interdictions

Quand le législateur prohibe des décisions et comportements entrepris en raison de motifs illégitimes, il prévoit parfois des exceptions, donc des autorisations à distinguer sur la base de certains critères dans certains domaines. De même que la prohibition des discriminations varie en fonction des motifs et des domaines d'activité³, les exceptions apportées à cette interdiction

¹ L'article 225-1 du Code pénal inscrit les discriminations dans un chapitre relatif à « l'atteinte à la dignité ». Pourtant, tous les motifs ne prohibent pas des distinctions inhérentes à la personne humaine. Certains ont davantage trait à l'identité sociale (situation de famille, patronyme, religion, identité sociale), à des comportements (mœurs, orientation sexuelle) ou encore à des opinions (politiques, syndicales).

² C. Fercot, M. Pichard, *op. cit.*

³ V. *supra*, IA2a

de principe ne se recoupent pas nécessairement, au sein des quatre textes de référence¹. Cette disparité laisse transparaître, une fois encore, une hiérarchie entre les motifs. En effet, la prise en compte des motifs de discrimination est admise de façon variable, à titre dérogatoire, en fonction des motifs considérés (i). Par ailleurs, le législateur est plus ou moins précis sur les objectifs susceptibles de valider de telles discriminations (ii).

i. Les causes de discrimination justifiées à titre dérogatoire

Des discriminations sont admises pour certains motifs dans le domaine du travail. Selon le texte considéré, un nombre plus ou moins grand de motifs peuvent également fonder une différence de traitement dans la mesure où ils correspondent à une « exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Le code du travail le prévoit pour vingt-et-un motifs² dans le domaine du recrutement, et de la gestion des carrières, tandis que le Code pénal circonscrit cette possibilité uniquement en matière d'embauche et pour les motifs suivants : le sexe, l'âge ou l'apparence physique. La loi de 2008 autorise pour sa part des différences de traitement fondées sur « *le sexe, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle [...] lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* »³. De cette incohérence manifeste, puisque le code du travail autorise à discriminer sur des motifs insusceptibles de discrimination selon le code pénal, il ressort que seuls le sexe, l'âge, ou l'apparence physique peuvent faire l'objet d'une discrimination à l'embauche d'après le code pénal⁴.

La loi de 1983 sur la fonction publique, après avoir mentionné les motifs de discrimination prohibés, dispose que des distinctions peuvent être faites pour tenir compte d'« éventuelles inaptitudes physiques » à exercer certaines fonctions⁵. Elle précise par ailleurs que le sexe, notamment, peut constituer un critère de sélection légitime au recrutement s'il

¹ Loi de 1983 sur la fonction publique, le Code du travail, le Code pénal et la loi de 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations

² Article L.1133-1 du Code du travail. Il fait en effet référence aux motifs évoqués à l'article L.1132-1 du Code du travail : origine, sexe, mœurs, orientation ou identité sexuelle, âge, situation de famille ou grossesse, caractéristiques génétiques, appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, opinions politiques, activités syndicales ou mutualistes, convictions religieuses, apparence physique, nom de famille, lieu de résidence, état de santé ou handicap.

³ Loi 2008-496, art. 2, 2°.

⁴ Sous réserve de poursuivre un objectif légitime et d'être proportionné à la réalisation de cet objectif.

⁵ Loi 83-634, art. 6.

correspond à une « condition déterminante de l'exercice des fonctions »¹. Les refus d'embauche fondés sur la nationalité sont également admis lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique².

Si le code pénal admet assez largement que l'état de santé et le handicap puissent être pris en compte pour refuser un emploi ou licencier un salarié en cas d'inaptitude physique médicalement constatée³, le législateur enjoint par ailleurs aux employeurs privés et publics de prendre les mesures appropriées susceptibles de permettre aux personnes en situation de handicap d'être maintenues dans leur emploi⁴.

En dehors de l'emploi, le sexe représente un motif de discrimination légitime sur des aspects très précis. La loi de 2008 admet les différences de calcul des primes et l'attribution des prestations d'assurance en fonction des sexes, autrement dit les évaluations genrées de risques pratiquées par les sociétés d'assurance. L'actuel projet de loi Égalité et citoyenneté déposé au Parlement le 13 avril dernier⁵ propose de supprimer cette dérogation afin de se conformer à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁶. Cette loi prend aussi le soin de préciser que l'interdiction de discriminer en raison du sexe n'interdit pas l'organisation d'enseignements par regroupement des élèves en fonction de leur sexe.

ii. Les justifications objectives aux différences de traitement

Dans le domaine du travail, lorsque le législateur admet d'assimiler un motif prohibé à un critère de discrimination légal, au sens où il correspondrait à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, il subordonne cette possibilité à l'existence d'un objectif légitime. En d'autres termes, lorsqu'une personne, privée ou publique, est suspectée de discriminer au regard des motifs prohibés, il lui appartient en principe de prouver que sa décision est « *justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* »⁷. Mais, sans remettre en cause l'existence d'une différence de traitement, cette personne peut tenter de démontrer que sa décision est justifiée par une exigence essentielle et déterminante, à condition de surcroît que l'objectif à

¹ Loi 83-634, art. 6 bis.

² Article 225-3, 5° du Code pénal.

³ Article 225-3, 2° du Code pénal.

⁴ Article L.5213-6 du Code du travail et article 6 sexies de la loi 83-634.

⁵ Projet de loi « égalité et citoyenneté », <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3679.asp>.

⁶ CJUE, Gr. Ch., 1^{er} mars 2011, *Assoc. Test-Achats*, C-236/09.

⁷ Ce point sera plus précisément étudié dans la partie consacrée à l'aménagement de la preuve (v. *infra*).

atteindre soit légitime et l'exigence proportionnée. Or, selon les motifs considérés, le législateur explicite ou non ces objectifs.

Il est remarquable à cet égard, à partir d'une lecture croisée des textes de référence, d'observer une volonté du législateur de refermer pour certains motifs les possibilités de justifier une discrimination admise par ailleurs. Ainsi, les discriminations fondées sur l'âge peuvent légalement être admises pour des « objectifs légitimes » précisés par la loi : la sécurité, la santé des travailleurs, l'insertion professionnelle¹. Rien n'est précisé pour les autres motifs. Autrement dit, pour ceux-ci, le législateur admet une clause générale d'exception.

On observe le même phénomène pour les discriminations dans l'accès aux biens et services admises à titre dérogatoire par la loi de 2008 lorsqu'elles concernent le sexe. Cette loi subordonne la légalité d'une telle discrimination à « un but légitime » sans plus de précision². Mais, de son côté, le code pénal dresse une liste limitée d'objectifs légitimes en la matière, qui recouvrent en grande partie des hypothèses de discrimination positive³.

En matière de discrimination indirecte, c'est la clause générale d'exception qui prévaut : alors qu'elle devrait être reconnue comme telle, une discrimination indirecte n'est pas illégale si elle est objectivement justifiée par un but légitime et si les moyens pour réaliser ce but sont nécessaires et appropriés⁴.

Les projets de loi actuellement en discussion au Parlement⁵ ayant en partie pour objet la réforme de la loi de 2008 proposent d'introduire une admission de principe des différences de traitement dans les domaines de l'éducation, de la protection sociale, de la santé et de l'accès aux biens et services sur le modèle de ce qui existe actuellement en droit du travail, à la stricte condition « *qu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés* ». Pour le reste, le gouvernement a classiquement exclu de toute possibilité de différence de traitement les motifs destinés à lutter contre les discriminations raciales ou ethniques (plus précisément sont donc exclus les motifs suivant : race, ethnie, origine, patronyme). Ce faisant, le gouvernement consacre expressément l'idée d'une

¹ Article L.1133-2 du Code du travail, lequel évoque « notamment » ces objectifs.

² Loi 2008-496, art. 2, 4°.

³ Article 225-3, 4° du Code pénal : « la protection des victimes de violences à caractère sexuel, des considérations liées au respect de la vie privée et de la décence, la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes, la liberté d'association ou l'organisation d'activités sportives »

⁴ Loi 2008, art. 1, al. 2.

⁵ Projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, déposé au Sénat le 31 juillet 2015, et Projet de loi Egalité et citoyenneté, déposé à l'Assemblée nationale le 13 avril 2016.

hiérarchie des motifs de différenciation assumant que « certains ne supportent aucune dérogation »¹.

En définitive, il ressort d'une lecture croisée du code pénal, du code du travail et des lois de 1983 et 2008 que les dérogations admises au principe de non-discrimination sont plus ou moins étendues selon les motifs. D'abord, le critère de l'appartenance réelle ou supposée à une race ou une ethnie est insusceptible de faire l'objet d'une discrimination. Aucune exception n'est admise, ce qui exclut aussi par conséquent d'éventuelles discriminations positives à l'égard de ces catégories². Ensuite, l'interdiction de discriminer en raison du sexe, de l'âge, de l'état de santé, ou du handicap, admettent des dérogations motivées par des actions positives en faveur des catégories de personnes relevant de ces critères, et dont les objectifs sont encadrés avec toutefois plus ou moins de précision par le législateur. Enfin, les exceptions légales apportées à l'interdiction de discriminer en raison des autres critères reposent sur des objectifs légitimes indéterminés *a priori*. Ce faisant, le législateur favorise les possibilités de différenciation de traitement.

« *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action* »³. Le titre que les sénateurs Esther Benbassa et Jean-René Lecerf donnaient, en 2014, à leur rapport sur les discriminations, à la fois volontariste et critique, traduit la préoccupation croissante du législateur pour les effets réels du droit anti-discriminatoire.

Si l'incantation est indéniable au vu de l'ensemble des textes qui interdisent les discriminations, on peut tout aussi assurément lui reprocher, comme nous avons eu l'occasion de le développer, son caractère toujours désordonné, parfois incohérent, inconsciemment hiérarchisant, de sorte que les quelques initiatives qui voient le jour pour repenser, si ce n'est l'appréhension juridique des discriminations, du moins l'écriture du droit des discriminations, méritent d'être saluées et encouragées.

La seconde partie du titre choisi par les parlementaires suggère que, désormais, il faudrait passer à l'action. Le propos nous semble devoir être nuancé. En effet, nous ne pouvons que constater

¹ Sur ce point, voir S. Slama, « La disparité des motifs et régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité », *Revue des droits de l'Homme*, 2016, n°9.

² Projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e s. disponible à : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta-pdf/3726-p.pdf> ; Projet de loi « égalité et citoyenneté », disponible à : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3679.asp>

³ Sénat, E. Benbassa, J.-R. Lecerf, *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, Rapport d'information n°94, précité.

que, même imparfaitement, même sans atteindre systématiquement leur but, les pouvoirs publics ne sont pas restés indifférents à l'action. Pour preuve, l'attention portée par le législateur à l'établissement de la discrimination en justice. Plusieurs éléments contenus dans le dispositif juridique de lutte contre les discriminations traitent de façon originale l'accès au juge dans le champ des discriminations. L'action au sens d'« action en justice » est donc considérée par le législateur.

On peut cependant se montrer dubitatif, et rejoindre en ce sens les sénateurs, quant aux résultats obtenus. L'exercice de l'action en justice se heurte, encore, à de nombreux obstacles tenant à la difficulté de l'accès aux tribunaux. Celle-ci provient à la fois de la méconnaissance du droit par les justiciables, du coût de l'action en justice et des difficultés tenant à la production des preuves. Ces difficultés, qui ne sont pas propres au champ des discriminations sont, on le sait, renforcées pour les justiciables en situation de vulnérabilité comme le sont les victimes de discrimination.

Ce sont à ces manques du dispositif juridique pour établir les discriminations en justice que nous allons nous intéresser à présent.

B. Des manques pour établir les discriminations

Le législateur a admis en matière de discrimination un certain nombre d'adaptations du droit commun en ce qui concerne la procédure. Ces innovations témoignent de l'ambition des pouvoirs publics en termes d'effectivité. Il ne s'agit pas simplement de proclamer la prohibition des discriminations mais de permettre de sanctionner le non respect de celle-ci. À cette fin, le recours au juge est la voie privilégiée. Mais, conscient des obstacles susceptibles de décourager la victime d'une discrimination de faire établir en justice le préjudice qu'elle a subi et d'en demander la réparation par l'auteur, éventuellement condamné pénalement, le législateur a assoupli quelques règles procédurales traditionnelles¹. Aussi se montre-il soucieux de faciliter le recours au juge en permettant que des groupements agissent pour les victimes ou au soutien de celles-ci (1). Une fois l'action en justice entreprise, le régime de la preuve est adapté par différents moyens, de sorte que le risque probatoire ne pèse pas trop lourdement sur la victime (2). Cette volonté, manifeste au regard des champs étudiés ici, n'atteint toutefois qu'imparfaitement son but. Une des explications peut résider dans le fait que ces originalités

¹ V. sur la faible mobilisation de l'action en justice, not. L. Bereni, V.-A. Chappe, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix* 2/2011, n°94, p 7.

procédurales ne sont pas complètes, donnant le sentiment que le législateur s'est arrêté « au milieu du gué ».

1. La promotion des actions collectives en question

Si dans le procès pénal, la victime de discrimination bénéficie du soutien du Ministère public et si, en matière civile, le juge peut ordonner toute mesure utile¹, l'originalité vient surtout du fait que la victime de discrimination peut être assistée par différents acteurs : les associations, les syndicats ou le Défenseur des droits (de son temps, la HALDE). Les actions en substitution sont anciennes mais n'ont pas eu les effets escomptés en termes contentieux (a). C'est la raison pour laquelle l'engouement pour l'action de groupe reste, à ce stade prospectif, mesuré (b).

a. Des actions collectives d'efficacité limitée

Le législateur a souhaité faciliter de façon générale l'exercice de l'action en justice et a pu, à cette fin, confier à certains groupements la qualité à agir en défense d'intérêts qui ne sont pas directement les leurs. Il arrive que les associations et organisations syndicales puissent ainsi être elles-mêmes demandeurs à l'action, y compris au nom d'une victime. De telles possibilités d'actions par le biais d'intermédiaires sont reconnues de façon ancienne en droit du travail. L'action en défense de l'intérêt collectif de la profession² a été introduite dès la loi du 12 mars 1920.

Force est de reconnaître que la lutte contre les discriminations se prête particulièrement à ces formes d'action collective en justice. Dès la première loi française adoptée en matière de discriminations (1972), la possibilité pour une association d'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les discriminations a été inscrite dans le Code de procédure pénale. Initialement restreinte au champ des discriminations raciales, cette faculté est aujourd'hui étendue à l'ensemble des discriminations visées par le Code pénal. Ce texte prévoit dans son article 2-1 que « *toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant par ses statuts de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne, d'une part, les discriminations*

¹ V. *infra*, II.A.2.b sur l'usage modéré de ce pouvoir par le juge.

² Article L.2132-3 du Code du travail.

réprimées par les [articles 225-2 et 432-7](#) du code pénal et l'établissement ou la conservation de fichiers réprimés par [l'article 226-19](#) du même code, d'autre part, les atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité de la personne, les menaces, les vols, les extorsions et les destructions, dégradations et détériorations qui ont été commis au préjudice d'une personne à raison de son origine nationale, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une race ou une religion déterminée ».

Ces actions collectives dépassent le champ pénal. Ainsi l'action en substitution s'étend-elle à la matière civile selon les voies juridictionnelles de droit commun. Le Code de procédure civile précise que les « *associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans et se proposant, par leurs statuts, de lutter contre les discriminations peuvent exercer les actions en justice qui naissent de la [loi n° 2008-496 du 27 mai 2008](#) en faveur de la victime d'une discrimination* »¹. Concernant les discriminations en lien avec la relation de travail les syndicats² comme les associations spécialisées dans la lutte contre les discriminations³ bénéficient de ces possibilités depuis la loi de 2001⁴. Outre l'action reconnue de façon générale aux syndicats dans la défense de l'intérêt collectif de la profession, le Code du travail a ainsi entériné à la fois des actions proprement collectives⁵ permettant de réclamer l'application des règles prohibant les discriminations sans mettre en cause individuellement des salariés, et des actions dites de substitution, qui permettent d'engager l'action en discrimination au nom du salarié. Quant au contentieux administratif, c'est l'article R. 779-9 du code de justice administrative qui étend cette faculté pour les associations *ad hoc*, conformément aux exigences posées par le législateur⁶. Pour ces actions en substitution les textes prennent bien sûr soin d'exiger l'obtention de l'accord de la victime.

Le mécanisme *a priori* intéressant ne semble toutefois pas avoir produit les effets escomptés. Ainsi le rapport rendu par Laurence Pécaut-Rivolier, Conseiller à la Cour de cassation, sur les discriminations collectives en entreprise constate que « *l'action en substitution n'est quasiment*

¹ Article L.1263-1 du Code de procédure civile.

² Article L.1134-2 du Code du travail.

³ Article L.1134-3 du Code du travail.

⁴ Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001.

⁵ Article L.1134-2 al. 1 du Code du travail.

⁶ Décret n°2008-799 du 20 août 2008 relatif à l'exercice par des associations d'actions en justice nées 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.

jamais mise en oeuvre »¹ et tente quelques explications tenant à « *un certain désintérêt des organisations syndicales pour le thème de la discrimination* », mais surtout à la crainte des salariés d’être « *exposés aux représailles de l’employeur* ». Le rapport explique par ailleurs que les syndicats sont réticents à effectuer un travail préparatoire difficile pour constituer des dossiers pour lesquels ils peuvent se heurter, ensuite, à une opposition des salariés devenus frileux de voir leur nom figurer dans la procédure. Les auteurs du rapport s’interrogent même sur l’opportunité de supprimer l’action en substitution en matière de discrimination². Cette expérience relativement peu concluante laisse dubitatif à ce stade Frédéric Guimard³ sur l’intérêt d’une action de groupe telle qu’elle est actuellement envisagée par le législateur.

b. Une action de groupe symbolique ?

Faisant le constat de la rareté des actions contentieuses en matière de discrimination, les pouvoirs publics envisagent d’introduire une action de groupe en la matière. Une telle action peut-elle être de nature à permettre une lutte juridictionnelle plus efficace contre les discriminations ?

Comme le souligne Frédéric Guimard, « *le lien entre la lutte contre les discriminations et les actions de groupe est une question qui ne s’est posée que de façon récente en France* »⁴. La raison principale réside certainement dans le fait qu’une telle action ne s’inscrit pas dans la tradition procédurale française qui demeure attachée au caractère personnel de l’action en justice. Mais, récemment, elle a été introduite en droit interne à la faveur de la loi du 17 mars 2014⁵, ce qui a conduit à envisager dans différents rapports son extension au champ des discriminations⁶ jusqu’à ce que le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle

¹ « Lutter contre les discriminations aux travail : un défi collectif », *Rapport sur les discriminations collectives en entreprise remis par Mme Laurence Pécaut-Rivolier aux ministre du travail, de l’emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, ministre des droits des femmes, porte-parole du gouvernement et ministre de la Justice*, décembre 2013, p. 81.

² Ils écartent cependant cette option en raison de l’obligation de la France de prévoir un tel dispositif pour les associations en application de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l’égalité des chances et de l’égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d’emploi et de travail.

³ L’action de groupe peut-elle contribuer à lever les freins à l’action contentieuse ?, Les freins à la lutte contre les discriminations, *Revue des droits de l’homme*, 2016, n°9, <https://revdh.revues.org/2052>

⁴ F. Guimard, *op. cit.*

⁵ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi Hamon.

⁶ Proposition de loi Benbassa (proposition de loi déposée visant à instaurer un recours collectif en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, Sénat, n°811 du 25 juill. 2013) puis la proposition de loi Leroux-Hamadi (proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, A.N. n°1699 du 14 janv. 2014). Afin de réfléchir à l’opportunité de son introduction dans le droit français, le Gouvernement commanda alors un rapport public à Laurence Pécaut-Rivolier, Conseiller à la Cour de cassation.

retienne cette voie¹. À en croire les spécialistes, l'utilité d'une action de groupe dans la lutte contre les discriminations est peu contestable dès lors qu'« elle permet d'envisager la réparation de préjudices difficilement réparables au titre de l'action individuelle en justice »² pour les raisons esquissées précédemment. Répondant à un manque, l'initiative mérite examen. En l'état actuel, l'action de groupe envisagée ne correspond à aucun modèle connu. Par rapport au texte initial déposé par le Gouvernement, quelques modifications qui vont dans le sens d'une amélioration ont été apportées. Ainsi en est-il de la possibilité nouvelle de dommages et intérêts pour les préjudices moraux exclus initialement, ce qui est loin d'être anecdotique dans la mesure où ces préjudices sont particulièrement importants en matière de discrimination.

Dans sa dernière version disponible à ce jour, l'action de groupe gagne en outre en cohérence alors que son inutile complexité dans la seule matière des discriminations avait été soulignée³. Néanmoins, le régime de ces actions de groupe demeure compliqué à déchiffrer en raison de la coexistence, à côté d'un régime général de l'action de groupe, de règles spéciales propres à différentes matières (discrimination dans l'emploi public⁴ et privé⁵, protection des données, questions environnementales, santé). En matière de discrimination, le régime de l'action varie en conséquence selon que la discrimination a été perpétrée dans le champ des relations d'emploi ou en dehors de celui-ci. Dans le champ des discriminations visées par la loi du 27 mai 2008⁶, mais en dehors des questions d'emploi, seul le régime général est applicable. Il permet aux associations agréées et aux associations déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte d'engager une action de groupe visant soit à faire cesser soit à réparer les discriminations pratiquées. Des procédures comparables sont introduites aussi bien devant le juge administratif que devant le juge judiciaire. Dans le champ des relations d'emploi, une faculté comparable est ouverte, mais

¹ Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, n°661, déposé au Sénat le 31 juillet 2015.

² F. Guiomard, *op. cit.*

³ F. Guiomard, *op. cit.*

⁴ Article 45 bis du projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle sur l'action de groupe en matière de discrimination causée par un employeur et portée devant la juridiction administrative.

⁵ Article 45 du projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle *op. cit.*

⁶ L'article 10 de la loi de 2008 serait ainsi modifiée : « Une association régulièrement déclarée depuis cinq ans au moins intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap peut agir devant une juridiction civile ou administrative afin d'établir que plusieurs personnes physiques font l'objet d'une discrimination directe ou indirecte, au sens de la présente loi ou des dispositions législatives en vigueur, fondée sur un même motif et imputable à une même personne. Peuvent agir aux mêmes fins les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'un intérêt lésé par la discrimination en cause ». Notons que la réforme concomitante de l'objet de la loi de 2008 à un ensemble de motifs illégitimes bien plus vaste, sur le modèle de l'article 225-1 du Code pénal aura pour effet d'étendre mécaniquement le champ couvert par la future action de groupe de droit commun.

selon des règles partiellement distinctes, aussi bien aux syndicats représentatifs qu'aux associations spécialisées dans la lutte contre les discriminations, ces dernières ne pouvant intervenir que pour les candidats à l'emploi. Pour que l'action de groupe soit possible, il faut dans tous les cas que la discrimination soit fondée sur un même motif et imputable à un même défendeur (employeur dans la seconde hypothèse). Alors que le projet excluait au départ les préjudices moraux, la commission des lois du Sénat les a intégrés, après avoir constaté que les discriminations causent d'importants préjudices de cet ordre.

L'introduction d'une telle action n'a rien d'évidente, non seulement parce que le droit français en est peu coutumier, mais également parce que, comme le montrait le rapport Benbassa-Lecerf, elle présente quelques difficultés majeures. La première réside dans le fait que le « *contentieux de la discrimination* » est « *par nature très subjectif* », ce qui peut poser des difficultés pour la constitution du groupe : « *dans la mesure où un même fait discriminatoire (par exemple le refus d'une promotion) peut avoir des conséquences différentes selon les victimes (pour poursuivre avec le même exemple, perte de salaire potentiel, mais également risque de dépression pour certains ...), la définition des critères de rattachement au groupe peut s'avérer complexe* »¹. La seconde difficulté a trait à l'aménagement de la charge de la preuve applicable aux discriminations : « *dans la mesure où il appartient au défendeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, il doit pouvoir connaître chacune des victimes pour procéder à cette démonstration au cas par cas. Dans le cas contraire se poserait la question de la constitutionnalité et de la conventionalité d'un dispositif qui porterait atteinte au principe d'égalité des armes et des droits de la défense* »².

On voit donc que, malgré les obstacles, le législateur fait preuve d'un volontarisme certain qui se traduit par des initiatives procédurales originales en matière de lutte contre les discriminations. Même si l'on peut douter de leur efficacité au vu des précédents peu convaincants, cet activisme du législateur est à saluer et se trouve confirmé par l'inventivité qu'il déploie en matière de preuve des discriminations.

2. Une adaptation incomplète du régime probatoire

Le défi principal du droit des discriminations réside dans la preuve. En effet, comme le rappellent Lucie Cluzel-Métayer et Marie Mercat-Bruns, la preuve d'une discrimination est

¹ Sénat, E. Benbassa, J.-R. Lecerf, Rapport d'information n°94, *op. cit.*

² Sénat, E. Benbassa, J.-R. Lecerf, Rapport d'information n°94, *op. cit.*

particulièrement difficile à rapporter « *en raison de l'inégalité des armes des parties puisque l'employeur a le pouvoir de prendre la décision discriminatoire et en connaît en principe seul les motifs* »¹. Cette remarque formulée à propos de l'emploi est valable pour tous les domaines car la discrimination est rarement objectivée dans des documents ou paroles, et relève, le plus souvent, de motivations conservées dans le for intérieur de l'agent discriminant². Afin de soulager les victimes de discrimination du fardeau de la preuve, le droit a mis en place un régime probatoire favorable aux victimes de discrimination : loin de constituer un renversement de la charge de la preuve, il s'agit plutôt d'un allègement de la charge de la preuve dont la portée présente certaines limites (a). Le législateur a également admis quelques procédés probatoires originaux de façon à faciliter l'exercice d'action en justice par les victimes de discrimination mais cela demeure insuffisant parce qu'incomplet ou peu pratiqué (b).

a. L'allègement partiel de la charge de la preuve

En principe, l'article 9 du Code de procédure civile prévoit, conformément à l'adage romain *actori incumbit probatio*, qu'il appartient au demandeur de prouver ce qu'il prétend. Or, l'un des aspects remarquables du droit des discriminations est justement de remettre en question la répartition habituelle de la charge de la preuve afin de faciliter l'action en justice des victimes. L'introduction d'un régime probatoire spécifique aux discriminations s'est faite de manière progressive en droit de l'UE d'abord, puis en droit français (i). Si les victimes de discrimination ne peuvent pas à l'heure actuelle s'en prévaloir dans certains domaines, notamment en droit pénal, des évolutions destinées à alléger le fardeau de la preuve d'une discrimination seraient néanmoins envisageables (ii). L'allègement de la charge de la preuve, *a priori* favorable aux plaignants, demeure en grande partie conditionné dans sa portée par l'appréciation souveraine des juges du fond (iii).

¹ L. Cluzel-Métayer, M. Mercat-Bruns, *Discriminations dans l'emploi, Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, La Documentation Française, Paris, 2011, p. 69.

² Sur le constat quasi-unanime dressé par la doctrine et les praticiens à ce sujet, v. en dernier lieu A. Danis-Fatôme, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *RevDH*, 2016, n°9, URL : <http://revdh.revues.org/2051>. Pour une approche centrée sur le traitement pénal des discriminations, v. E. Fortis, « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *AJ pénal*, 2008, n°7/8, p. 303.

i. L'inscription de l'aménagement de la charge de la preuve en droit français

La difficulté pour une victime de discrimination d'en prouver la réalité devant le juge a d'abord été prise en compte par la CJCE à la fin des années 1980 dans des affaires mettant en cause une différence de rémunération entre les sexes¹ : « *dans une situation de discrimination apparente, c'est à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération constatée* »². Cette dialectique probatoire a été reprise dans la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations fondées sur le sexe. Son article 4 dispose en effet que si le plaignant parvient à établir devant les juges « *des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement* ». Ensuite, cette disposition a été reprise dans les directives consacrées aux autres motifs de discrimination³.

Sous la pression de l'Union européenne, le législateur national a introduit dans un premier temps un régime probatoire inspiré des directives dans certains domaines. La loi du 16 novembre 2001 a ainsi modifié le Code du travail⁴ en prohibant les discriminations dans le domaine de l'emploi⁵ tout en précisant, qu'en cas de litige, le salarié qui s'estime victime de discrimination « *présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* » et qu'« *au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». Dans les rapports locatifs, la discrimination a également bénéficié d'un régime probatoire dérogatoire avec la loi de modernisation sociale de 2002⁶. Il est d'ailleurs remarquable que le législateur aille plus loin dans ce domaine que les exigences prévues par les textes européens puisqu'il fait bénéficier de ce régime probatoire un nombre de motifs plus important que les directives (lesquelles se cantonnaient dans le domaine du logement aux motifs

¹ CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, Aff. C-109/88 ; CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby*, Aff. 127/92

² CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby*, Aff. 127/92, §18.

³ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative aux discriminations raciales et 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 (elle couvre les motifs suivants : la religion ou les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle).

⁴ Article L.122-45 du Code du travail, actuel article L.1134-1 du Code du travail.

⁵ A l'origine l'article L.122-45 prohibait les motifs de discrimination suivants : l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, la situation de famille, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé ou le handicap. Le nouvel article 1134-1 procède désormais par renvoi aux motifs évoqués dans la loi de 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

⁶ Article 158.

raciaux et ethnique)¹. Surtout, la loi du 27 mai 2008 a introduit diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, et tout particulièrement l'aménagement de la charge de la preuve².

Devant les juridictions administratives, l'application d'un régime probatoire plus favorable aux victimes de discrimination n'allait pas de soi puisque les directives 2000/43 et 2000/78 accordaient aux États la possibilité de l'exclure pour « *les procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction* »³. Or, la procédure contentieuse administrative est de nature inquisitoriale. La loi de 2008 n'exclut cependant pas expressément le droit administratif du régime probatoire aménagé. Mais, alors qu'il était saisi en 2009 d'un recours faisant valoir une discrimination syndicale, le Conseil d'État a relevé que la loi de 2008 était postérieure aux faits litigieux et n'était donc pas applicable au cas d'espèce⁴. Reconnaisant à la requérante le droit de se fonder sur la directive 2000/78, et plus précisément sur son article relatif à la charge de la preuve, le Conseil d'État a néanmoins relevé que cet article accordait une marge d'appréciation sur l'opportunité d'étendre ou pas son champ d'application aux procédures inquisitoriales, et donc au contentieux administratif. Sous l'influence de son rapporteur public, Mattias Guyomar⁵, la Haute juridiction a décidé d'instaurer par voie prétorienne un aménagement de la charge de la preuve : « *s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile* ».

¹ Les motifs de discrimination évoqués sont : l'origine, le patronyme, l'apparence physique, le sexe, la situation de famille, l'état de santé, le handicap, les mœurs, l'orientation sexuelle, les opinions politiques, les activités syndicales ou l'appartenance ou la non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

² Article 4.

³ Respectivement : article 10, 5° et 8, 5°.

⁴ CE, 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n°298348.

⁵ M. Guyomar, Ccl sur CE, Ass, 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n°298348, RFDA 2009, p. 1125.

ii. Les domaines exclus

Les victimes de discrimination ne bénéficient pas de l'aménagement de la charge de la preuve en droit pénal. Cette exclusion repose principalement sur le respect de la présomption d'innocence. Comme le montre Marc Touillier, des possibilités d'alléger le fardeau de la preuve en droit pénal seraient toutefois envisageables¹. Il est remarquable par ailleurs que le régime probatoire applicable aux refus de soins discriminatoires n'ait été que partiellement aménagé.

L'aménagement de la charge de la preuve est donc reconnu principalement dans le Code du travail et la loi de 2008. Cette dernière l'exclut expressément en matière pénale. Cette exception peut se prévaloir des directives 2000/43 et 2000/78 elles-mêmes qui précisait que l'aménagement de la charge de la preuve ne s'appliquait pas aux procédures pénales. Elle a été également confortée par le Conseil constitutionnel² et la Cour de cassation³, sur le fondement du principe de la présomption d'innocence⁴. La présomption d'innocence a pour objet d'assurer à toute personne soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction qu'elle n'aura pas à prouver elle-même son innocence. Autrement dit, la présomption d'innocence édicte une règle d'attribution de la charge de la preuve pénale, qu'elle fait peser sur la partie poursuivante – il s'agit au premier chef du ministère public et, dans une moindre mesure, de la victime de l'infraction – et non sur l'individu mis en cause. En ce sens, elle est en parfaite cohérence avec l'adage qui prévaut en droit civil selon lequel *actori incumbit probatio*. Toutefois, si l'allègement de la charge de la preuve est exclu de la matière pénale, c'est parce que la présomption d'innocence représente davantage qu'une simple règle probatoire : « *elle traduit plus largement la considération du droit pénal et de la procédure pénale pour la sûreté* ».

¹ M. Touillier, « Réflexions sur l'opportunité d'étendre l'aménagement du fardeau probatoire en matière pénale », *in* ce rapport.

² Cons. const., *Loi de modernisation sociale*, décision du 12 janvier 2002, n°2001-455 DC, JORF, 18 janv. 2002, p. 1053, cons. 84 : « *il ressort des termes mêmes des dispositions critiquées que les règles de preuve dérogatoires qu'elles instaurent trouvent à s'appliquer "en cas de litige"; qu'il s'ensuit que ces règles ne sont pas applicables en matière pénale et ne sauraient, en conséquence, avoir pour objet ou pour effet de porter atteinte au principe de présomption d'innocence* ».

³ V. par ex. Cass. crim., arrêt du 11 avril 2012, n°11-83.816, *Bull. crim.* n°95.

⁴ En ce sens, v. la décision précitée du Conseil constitutionnel et le rapport d'Isabelle Vasseur, députée, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (Rapport n°695, Assemblée nationale, 6 févr. 2008, p. 42).

de la personne mise en cause, compte tenu de la gravité des intérêts en jeu », comme le rappelle Marc Touillier¹.

À l'encontre d'une impossible évolution du régime probatoire en matière pénale, l'auteur propose trois pistes de réflexion, qui seraient susceptibles d'ouvrir sur un relatif allègement de la charge de la preuve pour sanctionner les discriminations en matière pénale. Sans constituer une remise en cause de la présomption d'innocence, il s'agirait d'une conciliation renouvelée entre, d'une part, ce principe et, d'autre part, la lutte effective contre les discriminations. Parmi ces trois propositions, deux retiendront particulièrement notre attention, la troisième – l'instauration de présomptions de culpabilité – étant d'un moindre intérêt² : l'allègement de la charge de la preuve et la transformation des délits de discrimination en « délits matériels » ou de contraventions.

Pour faciliter l'établissement d'une discrimination en justice, l'éventuelle extension de l'allègement de la charge de la preuve à la matière pénale est une première voie. Au regard des difficultés probatoires auxquelles sont confrontés le ministère public et les plaignants en matière de discrimination, il pourrait être tentant d'étendre l'aménagement de la charge de la preuve prévu en matière civile au domaine pénal. La partie poursuivante n'aurait donc plus qu'à présenter devant la juridiction pénale les faits matériels permettant de présumer l'existence de l'infraction, à charge pour le prévenu de prouver ensuite, au vu des éléments avancés, que la mesure en cause était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. C'est une proposition, soutenue par certains auteurs et professionnels de la justice³, qui aurait évidemment l'avantage de faciliter considérablement la tâche de la victime et du ministère public, mais aussi celle du juge pénal pour entrer en voie de condamnation. Pour peu qu'elle soit suivie d'effet, la fonction dissuasive des dispositions pénales s'en trouverait par là même restaurée, ce qui pourrait progressivement conduire à un changement dans les comportements des individus concernés. Cette dérogation aux règles ordinaires de charge de la preuve en matière pénale, et donc à la présomption d'innocence, ne serait pas inconcevable selon Marc Touillier. Ce dernier rappelle, d'une part, que la loi admet déjà que l'établissement de certains délits punis de peines identiques, voire plus sévères que les délits de discrimination, soit facilité

¹ M. Touillier, « Réflexions sur l'opportunité d'étendre l'aménagement du fardeau probatoire en matière pénale », *in* ce rapport.

² De l'avis même de Marc Touillier, *op. cit.*, ce mécanisme « *peu familier au droit pénal* » disposerait d'une efficacité réduite pour lutter contre les discriminations.

³ En ce sens, M.-Th. Lanquetin (dir.), *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, Travaux du Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations, GELD, oct. 2000, n°2, p. 50, cité par A. Danis-Fâtome, art. préc. ; v. aussi l'entretien réalisé avec un procureur de la République dans le cadre de la recherche (EN6).

au moyen d'un renversement de la charge de la preuve¹. D'autre part, le droit de l'Union européenne semble, selon l'auteur, être passé d'une position fermée sur l'aménagement de la charge de la preuve en matière pénale à la reconnaissance au profit des États membres d'une faculté d'extension afin de mieux lutter contre les pratiques pénales discriminatoires. À la différence des précédentes directives européennes, la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 portant refonte des dispositions relatives à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail² a en effet expressément prévu, dans son article 19 § 5 relatif à l'allègement du fardeau probatoire, que ce texte ne s'appliquait pas aux procédures pénales, « *sauf si les États membres en dispos[ai]ent autrement* ». Par conséquent, du point de vue des institutions européennes, le rééquilibrage de la charge de la preuve paraît désormais transposable au contentieux pénal³.

Il serait donc envisageable d'étendre l'aménagement du fardeau probatoire à la lutte pénale contre les discriminations, sans que cela ne constitue une innovation réelle ni une atteinte excessive au principe de la présomption d'innocence. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, le renversement ainsi opéré serait en effet justifié par la gravité de l'enjeu en présence ; il n'emporterait pas de présomption irréfragable et préserverait les droits de la défense⁴. Il ne resterait alors plus au Conseil constitutionnel et à la Cour de cassation qu'à infléchir la position qu'ils avaient prise à ce sujet⁵.

La seconde voie à envisager consisterait à « matérialiser » ou contraventionnaliser les délits de discrimination. L'une des grandes difficultés au pénal est de prouver l'intention discriminatoire d'une personne mise en cause. Il pourrait dès lors être tentant de considérer les infractions de discrimination comme des « délits matériels », ou bien encore comme des contraventions.

¹ Tel est le cas dans les situations où un individu est susceptible de voir sa responsabilité pénale engagée « *s'il ne parvient pas à justifier de ressources correspondant à son train de vie* » alors qu'il est en relation habituelle avec une personne qui se livre à une activité sinon illicite, du moins « suspecte » (il est permis d'englober sous ces adjectifs la prostitution, la mendicité, la vente à la sauvette, le recel de biens ou encore le terrorisme). La partie poursuivante n'est alors tenue d'apporter la preuve que de la nature particulière de la relation entretenue entre le prévenu et la personne qui mène l'activité en cause. Si elle le fait, il appartient alors au prévenu de prouver que l'origine de ses ressources est dépourvue de tout lien avec l'activité suspecte. On peut aisément y voir un allègement de la charge probatoire pour le ministère public ou la victime de l'infraction et, corrélativement, un alourdissement singulier pour l'individu mis en cause.

² JOUE n°L 204/23, 26 juill. 2006.

³ En ce sens, M.-Th. Lanquetin, art. préc., p. 861. Cité par M. Touillier, art. cit.

⁴ CEDH, *Salabiaku c. France*, arrêt du 7 octobre 1988, req. n°10519/83, Série A 141-A, spéc. §§ 28-30 ; CEDH, *Pham Hoang c. France*, arrêt du 25 septembre 1992, req. n°13191/87, Série A 243, spéc. § 33.

⁵ V. *supra*.

Les « *délits matériels* » désignent dans la doctrine une catégorie prétorienne de délits susceptibles d'être constitués sans considération pour les motivations de leur auteur. La commission matérielle des faits incriminés suffit dès lors à elle seule à caractériser l'infraction, comme dans la plupart des contraventions¹, ce qui revient à les réprimer sur la base d'une approche purement objective de l'intention. En « matérialisant » certains délits commis dans des domaines tels que l'environnement, l'urbanisme ou le travail, les tribunaux répressifs se facilitaient donc la tâche en considérant la culpabilité du prévenu établie par la seule constatation de la commission des faits². Toutefois cette catégorie semble avoir disparu avec le nouveau Code pénal qui prévoit qu'« *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* »³. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de manifester son attachement à ce principe depuis⁴. Si cette technique permettrait évidemment de faciliter la répression des comportements discriminatoires, indépendamment de tout élément moral, elle présenterait toutefois l'inconvénient de pérenniser une catégorie devenue anachronique – en raison du décalage qu'elle accuse avec le principe posé à l'article 121-3 du Code pénal – et d'autant plus difficile à concilier avec le principe de la présomption d'innocence⁵. Une voie alternative consisterait, de manière plus radicale encore, à contraventionnaliser purement et simplement les comportements discriminatoires. Cette voie consisterait pour le législateur à « déclasser » les infractions de discrimination en les faisant passer de la catégorie des délits à celle des contraventions. Le changement opéré serait double sur le plan substantiel : d'un côté les peines encourues ne seraient plus les mêmes, compte tenu de l'exclusion de toute peine privative de liberté en matière contraventionnelle ; de l'autre l'élément moral deviendrait inutile car la faute contraventionnelle se confond avec la constatation matérielle du fait réprimé⁶. Certes, un tel processus de « déclassement » des infractions discriminatoires représenterait un recul du droit pénal en la matière et pourrait être perçu comme une tolérance accrue à la discrimination. Mais, nonobstant cet argument, Marc Touillier souligne au soutien de cette proposition que la valeur

¹ F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., Paris, 2009, n°469.

² Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n°233.

³ Article 121-3, al. 1^{er} du Code pénal.

⁴ Cons. const., décision du 16 juin 1999, préc., cons. 16 : « *il résulte de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, s'agissant des crimes et délits, que la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés ; qu'en conséquence, et conformément aux dispositions combinées de l'article 9 précité et du principe de légalité des délits et des peines affirmé par l'article 8 de la même Déclaration, la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci* ».

⁵ En outre, cette voie conduirait à s'en remettre à une initiative de la jurisprudence dans une matière où seule la loi est habilitée à intervenir en vertu du principe de légalité des délits et des peines.

⁶ F. Desportes et F. Le Gunehec, *op. cit.*, n°499 : « *elle consiste en la simple inobservation d'une prescription légale ou réglementaire, qui ne suppose ni intention de violer la loi pénale, ni même imprudence ou négligence* ».

accordée à un droit pénal peu appliqué et inefficace est des plus relative¹. Sous la forme de contraventions, la voie répressive serait sans doute réactivée au moyen d'une modification substantielle des incriminations qui permettrait de faciliter la sanction des pratiques discriminatoires sans pour autant rendre celle-ci négligeable si l'on range les discriminations dans la catégorie des contraventions les plus graves².

Un autre domaine sur lequel l'allègement de la charge de la preuve fait défaut, ou plus exactement, est incomplet, est le cas spécifique des refus de soins.

Afin de lutter contre les refus de soin fondés sur les motifs discriminatoires prohibés, auxquels s'ajoute, comme nous avons pu le voir, le fait d'être bénéficiaire d'une protection sociale spécifique (CMU en premier lieu)³, la loi de 2009 portant réforme de l'hôpital a cherché à faciliter l'identification des médecins ayant des agissements discriminatoires⁴. Toutefois, l'article L.1110-3 du Code de la santé publique ainsi introduit n'aménage pas à proprement parler la charge de la preuve puisqu'il ne prévoit pas que le médecin puisse avoir à justifier du caractère légitime du refus. D'après cet article, en effet, « *toute personne qui s'estime victime d'un refus de soins illégitime peut saisir le directeur de l'organisme local d'assurance maladie ou le président du conseil territorialement compétent de l'ordre professionnel concerné des faits qui permettent d'en présumer l'existence* ». Le régime probatoire propre au droit des discriminations apparaît donc incomplet : à partir du moment où une personne apporte des éléments laissant présumer une discrimination, le défendeur devrait avoir l'obligation de justifier sa décision par des raisons objectives indépendantes de tout caractère discriminatoire. En 2013, le Défenseur des droits s'est d'ailleurs manifesté en faveur d'une modification de la loi, afin de mettre en cohérence le dispositif de l'article L.1110-3 du Code de la santé publique avec la loi de 2008 et de l'introduction d'un authentique aménagement de la preuve en deux temps⁵. Plus récemment, dans le cadre de l'examen de la loi de modernisation du système de santé, l'amendement déposé au Sénat visant à modifier en ce sens le texte a montré que le

¹ Sur ce point, v. également M. Van de Kerchove, « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques », *J.T.*, 1985, pp. 329-334.

² L'amende encourue pour les contraventions de la cinquième classe est en effet de 1500 euros (montant multiplié par cinq à l'égard des personnes morales), montant qui peut être porté à 3 000 euros en cas de récidive lorsqu'un décret le prévoit – pour rappel, les contraventions sont déterminées par voie réglementaire –, hors les cas où la loi prévoit que la récidive de la contravention constitue un délit.

³ Cela vise à protéger les bénéficiaires de la CMU-C (couverture maladie universelle complémentaire), de l'AME (aide médicale d'État) ou de l'ACS (aide à la complémentaire santé).

⁴ Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires

⁵ Avis du Défenseur des droits, n°13-04, 2013.

législateur prenait conscience de l'imperfection du système établi et de son inefficacité pour empêcher des refus de soins liés à la situation sociale des patients. L'amendement a cependant été rejeté. L'obstacle probatoire demeure donc.

iii. La portée

L'aménagement de la charge de la preuve prévu par la loi de 2008 ne consiste pas en un renversement de la charge de la preuve. Le justiciable doit alléguer un minimum de faits laissant présumer une discrimination. Autrement dit, le seul fait de se prévaloir d'un agissement discriminatoire ne suffit pas à faire peser sur le défendeur, quel qu'il soit, la preuve qu'il n'a pas discriminé. Le dispositif prévu par cette loi scinde en quelque sorte l'établissement de la discrimination en deux phases successives. Dans une première phase, le salarié doit produire des éléments qui laissent supposer une discrimination : dans le cas contraire, il est débouté, son recours est rejeté. Si les éléments qu'il fournit au juge rendent vraisemblables l'existence d'une discrimination, intervient alors la deuxième phase : le défendeur doit montrer que cette disparité de traitement s'explique par des raisons objectives étrangères à toute discrimination. Le demandeur n'a donc pas à rapporter la preuve d'une cause illicite, d'une intention de discriminer. Ce régime probatoire lui est favorable. On relèvera toutefois que, d'une part, cet aménagement peut recouvrir deux approches plus ou moins favorables au plaignant et, d'autre part, la portée de cet aménagement est largement tributaire du pouvoir d'appréciation des juges¹.

Il existe différentes modalités d'appréciation des justifications apportées par le défendeur. L'aménagement de la preuve prévu par le droit français des discriminations ne correspond pas exactement à celui qui est établi par les directives 2000/78 et 2000/43. Les articles des directives consacrés aux discriminations font peser sur le défendeur la charge de prouver, si la discrimination paraît vraisemblable, « *qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement* ». Or, tant l'article L.1134-1 du Code du travail que la loi de 2008 et que la jurisprudence *Perreux* optent pour une autre formulation et exigent de la part du défendeur - là encore s'il y a présomption de discrimination - qu'il justifie sa décision par des « *éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». Il est parfaitement possible de n'y voir qu'une différence de style sans incidence sur la portée du dispositif. Mais il est également permis,

¹ V. *infra*, partie II, sur le juge.

comme le fait Thomas Dumortier¹, de déceler dans le texte de droit interne un allègement de la charge de la preuve pesant sur le défendeur.

L'une des difficultés auxquelles est confronté le requérant, lorsqu'il saisit le juge pour discrimination, réside dans la pluralité des raisons sur lesquelles peut se fonder la décision litigieuse. En effet, de manière générale, les raisons d'être d'une décision sont multiples. La motivation de la décision formellement notifiée à l'intéressé, ou présentée devant le juge, n'épuise pas nécessairement l'étendue des raisons qui ont animé l'auteur de la décision. Ainsi, en théorie, une décision peut être fondée tout à la fois sur un motif objectif, tel que l'intérêt du service, et un motif discriminatoire. Ces précisions appellent à reconsidérer la formulation retenue par le droit français. L'exigence à l'égard du défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu discrimination lorsque le demandeur a apporté suffisamment d'éléments laissant présumer une discrimination peut s'entendre de deux manières : soit prouver que l'on n'a pas discriminé, autrement dit, que le motif discriminatoire est absent des raisons d'être de la décision, soit prouver que la décision repose sur un élément objectif étranger à toute discrimination. Manifestement le droit français a opté pour cette seconde option plus favorable au défendeur. Or, chacune de ces options recouvre des modalités probatoires très différentes. Tandis que dans la seconde hypothèse il suffit de mettre en avant un motif objectif, tel que l'intérêt du service en droit administratif, ou plus généralement les mérites du demandeur, à l'inverse, la première hypothèse complexifie la tâche du défendeur, sans la rendre impossible. Il ne s'agirait certes pas d'exiger à l'égard du défendeur de prouver de manière certaine l'absence de considération du motif discriminatoire dans sa prise de décision, preuve qui serait sans doute impossible à rapporter et qui ferait donc peser sur lui un « risque de la preuve » sans doute excessif. Toutefois, le défendeur pourrait être tenu de fournir des éléments rendant vraisemblable l'absence de motif discriminatoire à l'origine d'un agissement litigieux. Il devrait par exemple montrer que l'administration ou l'employeur s'efforce de mettre en place des dispositifs de lutte contre les discriminations (à travers des processus de recrutement qui intègrent l'objectif de non-discrimination) ou qu'ils prennent des mesures de sensibilisation.

Selon Thomas Dumortier, cependant, le considérant de l'arrêt *Perreux* pourrait ouvrir la voie à une exigence accrue à l'égard de l'administration². En effet, sa formulation est telle qu'il pourrait être interprété soit dans le sens de la première option, soit dans le sens de la seconde. S'il fait référence à la nécessité du défendeur d'établir que la décision litigieuse repose sur des

¹ T. Dumortier, « L'appréhension juridictionnelle des discriminations dans la fonction publique », *in* ce rapport.

² T. Dumortier, *op. cit.*

motifs étrangers à toute discrimination (option 2), la suite du considérant précise qu'il revient au juge « *d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination* » (option 1). Cette dernière formule invite le juge à examiner avec plus de précision la raison d'être de la décision contestée devant lui et à élargir le champ de son investigation au-delà des seules causes objectives derrière lesquelles l'administration est tentée de s'abriter.

En tout cas, en s'engageant dans la seconde option, le juge présumerait une absence de discrimination à partir d'une motivation objective. Si les juges disposent, on le voit, d'une marge d'appréciation considérable en la matière, ils s'en tiennent le plus souvent à la première approche¹. À condition d'être contrôlée par les juridictions suprêmes, une formalisation de l'approche juridictionnelle des justifications apportées par le défendeur pourrait améliorer l'effectivité de la lutte contre les discriminations. La première option irait clairement en ce sens quand, au pire, un choix clair en faveur de la seconde option permettrait tout de même aux justiciables de mieux anticiper les exigences du juge.

En ce domaine probatoire, le pouvoir d'appréciation juridictionnel s'avère déterminant. Au cœur du régime probatoire des discriminations réside la notion de présomption : la victime d'une discrimination n'a pas à établir la discrimination, mais doit simplement rapporter des faits qui permettent de laisser présumer l'existence d'une discrimination. Cependant, si la différence entre l'établissement d'un fait et la présomption de l'existence de ce fait se comprend parfaitement d'un point de vue sémantique, il en va tout autrement d'un point de vue juridique. D'un point de vue sémantique, cette formule laisse entendre que le juge est moins exigeant à l'égard des éléments factuels produits par le requérant, se contentant d'« indices », de « commencement de preuve ». Mais cela renvoie à une appréciation souveraine des faits : établir une discrimination ou établir une présomption de discrimination, c'est dans tous les cas évoquer des faits susceptibles, de manière plus ou moins certaine selon les juges qui statuent, d'être qualifiés de discrimination. En considérant que la présomption consiste à passer d'un fait inconnu à un fait connu, cette alchimie passe nécessairement par des préjugés, des prédispositions à assimiler tel ou tel fait avéré à tel autre fait inconnu (en l'occurrence la discrimination). Anne Danis-Fatôme estime en ce sens qu'un contrôle de la Cour de cassation

¹ V. *infra*, partie II.

sur cette qualification serait opportun¹. Par ailleurs, une formation des juges en la matière pourrait participer à une meilleure appréhension juridictionnelle des phénomènes discriminatoires.

La reconnaissance d'une présomption de « discrimination » est déterminante, non seulement pour faire peser sur le défendeur une obligation de se justifier, mais également pour convaincre le juge de recourir à ses pouvoirs d'instruction. Les juges disposent de nombreux pouvoirs qui peuvent s'avérer utiles pour le demandeur² : ordonner la communication de documents internes à l'entreprise ou à l'administration, auditionner des témoins, éventuellement faire appel au Défenseur des droits. L'article L.1134-1 du Code du travail ainsi que la jurisprudence Perreux invitent d'ailleurs les juges à exercer ces pouvoirs seulement s'ils l'estiment « utile ». Mais là encore, deux options sont envisageables. Ces mesures d'instruction pourraient être mises en œuvre à la demande des victimes lorsqu'elles n'ont aucun élément susceptible de rendre vraisemblable une discrimination. Le juge jouerait alors un rôle actif dans la recherche des éléments susceptibles de caractériser, sinon une discrimination certaine, du moins une discrimination vraisemblable. Mais, on peut tout aussi bien considérer que ces mesures d'instruction n'ont pas vocation à suppléer les carences probatoires des victimes de discriminations. Là encore, il revient aux juridictions du fond de choisir telle ou telle option. Si le juge vérifie bien en cassation que les juridictions du fond ont respecté les deux temps de l'examen (faits laissant présumer/justification de l'administration)³ au titre de l'erreur de droit, il n'exerce pas de contrôle sur la qualification des faits, ni sur l'opportunité de recourir à des mesures d'instruction⁴.

La portée du régime probatoire propre aux discriminations dans l'allègement effectif de la charge de la preuve est donc en grande partie tributaire des juridictions du fond. C'est pourquoi un examen de la jurisprudence s'avèrera nécessaire pour comprendre la manière dont les juges se saisissent de ce dispositif⁵. Par ailleurs, afin de faciliter la preuve d'une discrimination, des instruments probatoires originaux existent et sont admis par le législateur et/ou le juge sans toutefois déployer à ce jour tous leurs effets.

¹ A. Danis-Fatôme, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *in* ce rapport

² Comme nous aurons l'occasion de le préciser dans la seconde partie consacrée aux freins juridictionnels.

³ Voir not : CE, 20 octobre 2014, Mme A., n°363237.

⁴ V. *infra* II A2b sur l'usage que le juge fait de ces mesures d'instruction.

⁵ Ce sera l'objet de la seconde partie de ce rapport.

b. La diversité relative des modes de preuve

« *S'il est relativement facile de constater la réalité d'un refus de vente, d'un refus d'accès à une discothèque, d'un refus d'embauche ou d'un licenciement, il est infiniment plus délicat d'établir que ce comportement a pour cause certaine (même si ce n'est pas la cause exclusive) un des motifs discriminatoires interdits* »¹. Afin de répondre à ce défi, sous l'influence des deux Europes, le législateur a admis des modes de preuve plus souples dans le domaine des discriminations. Toutefois, l'incomplétude de ces facilités probatoires transparaît à propos de deux modalités de preuve particulièrement utiles en matière discriminatoire : les statistiques et le *testing*. Les premières présentent un intérêt propre pour la preuve des discriminations, dans la mesure où elles permettent d'établir, par des données chiffrées, une différence de traitement. La différence est alors objectivée. Quant au *testing*, il consiste à révéler l'existence d'une différence non légitime en la provoquant. Pour autant, ces modes probatoires relativement originaux ne déploient pas tous leurs effets pour des raisons de principe (i) ou pratiques (ii).

i. Une limite de principe : le refus des statistiques ethniques

Le raisonnement statistique² est au cœur de la preuve des discriminations, mais il suppose la possibilité de les mesurer, ce qui n'est pas le cas lorsque en matière de données dites ethniques ou raciales.

Il est au cœur de la preuve pour l'ensemble des discriminations. En effet, « *s'il est admis largement que la discrimination indirecte suppose, presque par nature, une preuve statistique, il apparaît qu'un raisonnement de comparaison par rapport à un groupe de référence se rencontre tout autant lorsqu'une discrimination directe est en cause* »³. Quels que soient les termes employés, les textes législatifs font de la comparaison un élément constitutif de la discrimination. Qu'ils évoquent une simple distinction⁴, un traitement moins favorable⁵ ou un

¹ F. Burnier, B. Pesquié, « Test de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques*, 2007/3 n°5, La Documentation française, p. 61.

² O. Leclerc, « Égalité des personnes et modes de preuve. À propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations », in G. Boreunfreund, I. Vacarie, *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz, 2013, Thèmes et commentaires, p. 77, consultable sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00790105>.

³ O. Leclerc, *Ibid.*, p. 6.

⁴ Loi de 1983 et Code pénal.

⁵ Loi de 2008 concernant la discrimination directe.

désavantage¹, les textes de référence exigent tous cet élément matériel de définition des discriminations. Pour apprécier l'existence d'une telle défaveur, il faut donc comparer, et c'est là que les statistiques montrent leur intérêt. Nous verrons dans la seconde partie du présent rapport, consacrée à la dimension juridictionnelle de la lutte contre les discriminations que, de façon unanime, l'ensemble des juges – du juge de l'Union européenne au juge administratif – admet les données statistiques à titre de preuve².

Toutefois, malgré leur intérêt dans la phase juridictionnelle de la lutte contre les discriminations, un type de statistiques reste exclu du dispositif probatoire français : les statistiques ethniques. Ce n'est pourtant pas faute pour la France d'y être invitée régulièrement par les instances internationales au point que Sophie Grosbon les présente comme « *une des pommes de discorde majeures entre les Comités [onusiens] et la France* »³. Les premiers y voient un moyen de mieux connaître les groupes ethniques présents sur le territoire national et, consécutivement, les discriminations auxquelles ils sont confrontés, ce qui, à leurs yeux, est le point de départ nécessaire à une action politique efficace et ambitieuse. Ils se montrent toutefois moins indifférents que par le passé aux risques d'assignations communautaires, d'essentialisation, mis en avant par la France, de sorte qu'ils lui recommandent désormais, de façon privilégiée, un recensement ethnique fondé sur l'auto-identification volontaire et anonyme⁴. Les demandes en ce sens ne proviennent pas uniquement des instances onusiennes. L'Union européenne n'est pas en reste⁵ alors que des associations impliquées dans la lutte contre les discriminations⁶, des acteurs politiques, mais également des chercheurs⁷, soulignent

¹ Loi de 2001 à propos des discriminations indirectes.

² V. *infra*, II.B.1.a

³ S. Grosbon, « Regard critique des comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française », <https://revdh.revues.org/2083>. Les Comités onusiens attachés au respect des conventions des Nations-Unies relatives à la lutte contre les discriminations (raciales, à l'égard des femmes ou des personnes en situation de handicap) exigent le recours aux statistiques fondées sur l'âge, le sexe, la religion, mais également sur des indicateurs ethniques ou raciaux (Comité EDR, Recommandation générale n°24, l'article 1^{er} de la Convention, 1999, § 4 ; CODESC, Directives concernant les rapports spécifiques que les États parties doivent soumettre conformément aux articles 16 et 17 du PIDESC, E/C.12/2008/2, § 3g).

⁴ Comité EDR, Observations finales sur le rapport de la France, 2010, CERD/C/FRA/CO/17-19, § 12 ; CDH, Observations finales sur le rapport de la France, 2008, CCPR/C/FRA/CO/4, § 12.

⁵ Dans son rapport au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2000/43/CE, la Commission européenne rappelait en 2006 que « la rareté des données ethniques dans la plupart des États membres peut être un obstacle pour le suivi adéquat de l'application de la législation communautaire » (COM(2006) 643 du 30/10/2006).

⁶ Le Conseil représentatif des associations noires (Cran) s'y montre favorable, alors que SOS Racisme ou la Licra craignent une essentialisation de la société.

⁷ P. Simon (INED) a fait valoir, lors de son audition devant la Commission sénatoriale en faveur des « statistiques ethniques », que la mesure rend visibles les discriminations dépourvues d'intentionnalité, permettant ainsi de mettre en lumière des différences de traitement inconnues des intéressés eux-mêmes (E. Benbassa, J.-R. Lecerf, *La lutte contre les discriminations : de la l'incantation à l'action*, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel du Sénat, relatif à la lutte contre les discriminations, 12 novembre 2014, p. 20). Pour un débat entre chercheurs, voir la pétition initiée par J.-F. Amadieu et P. Weil contre de telles

ce besoin de données chiffrées¹. Ainsi dernièrement, dans leur rapport de 2014, les sénateurs Esther Benbassa et Jean-René Lecerf préconisaient que, lors du recensement de la population, « *une fois tous les cinq ans, une question sur le pays de naissance des ascendants et la nationalité antérieure soit posée afin d'obtenir des résultats mesurables sur l'ampleur des discriminations et leur déploiement* »². Prometteuses pour certains, dangereuses pour d'autres, les statistiques ethniques reviennent systématiquement sur le devant de la scène montrant que le sujet n'est pas clos, comme le symptôme d'un problème plus profond sur lequel bute en France la lutte contre les discriminations. L'obstacle à ce jour est d'ordre constitutionnel. Les juges de la rue Montpensier ont en effet estimé que la loi de 2007 qui, pour mieux connaître les phénomènes de discrimination, permettait la réalisation de traitements de données à caractère personnel, dans lesquels seraient apparues – directement ou indirectement – les origines raciales ou ethniques des personnes, était entachée d'inconstitutionnalité. Il nous semble intéressant de souligner à cet égard que, pour parvenir à cette conclusion, le juge constitutionnel aurait pu se contenter de faire droit au grief de procédure selon lequel cet amendement parlementaire était dépourvu de tout lien avec le projet de loi en discussion, ce qu'il admit. Il a pris toutefois soin de préciser que le texte contesté méconnaissait par ailleurs l'article 1^{er} de la Constitution, les études statistiques ne pouvant se référer qu'à « *des données objectives* »³. La démarche est encore plus surprenante lorsque l'on constate que, quelques temps plus tard, le commentaire officiel de la décision a cherché à atténuer la portée de cet *obiter dictum* : « *Le Conseil n'a pas jugé pour autant que seules les données objectives pouvaient faire l'objet de traitements : il en va de même pour des données subjectives, par exemple celles fondées sur le "ressenti d'appartenance"* »⁴.

Ce débat met en lumière les différentes approches à l'œuvre dans la lutte contre les discriminations entre les tenants d'une universalité républicaine interdisant de catégoriser les individus, *a fortiori*, en fonction de leur origine ethnique, raciale, religieuse et ceux qui estiment qu'une telle invisibilisation des caractéristiques au profit d'un homme considéré abstraitement, s'oppose à une remise en cause effective des discriminations pratiquées sur cette base. Cette divergence fondamentale, qui ressort de la lecture croisée des analyses de Sophie Grosbon et

statistiques (*Engagement républicain contre les discriminations*) publiée dans *Libération*, 22 février 2007) et la réaction de P. Simon, E. Fassin et Ph. Bataille (*Libération*, 7 mars 2007).

¹ D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, p. 113.

² Proposition 1 du rapport d'information, Sénat, *La lutte contre les discriminations : de la l'incantation à l'action*, E. Benbassa, J.-R. Lecerf, *op.cit.*

³ Décision n°2007-557 DC, 15 novembre 2007, cons. 29.

⁴ *Les Cahier du Conseil constitutionnel*, n°24, p. 6.

Véronique Champeil-Desplats¹, trouve une illustration topique dans l'acceptation ou le refus des statistiques ethniques. Débat profond et récurrent qui devrait trouver, à en croire Dominique Schnapper², sa conclusion, malgré ses risques, dans l'admission des statistiques ethniques par le droit français, dès lors que les discriminations fondées sur l'origine constituent, à ses yeux, une atteinte à l'idéal démocratique encore plus inacceptable que les inégalités économiques³.

Un autre mode de preuve original et prometteur a été reçu en droit français, le *testing*, conçu pour établir l'existence de discriminations. Même si « *on ne peut pas vendre le testing comme une méthode exclusive qui remplacerait toutes les autres* »⁴, il mérite notre attention en raison de ses potentialités non encore totalement exploitées à ce jour.

ii. Une limite en pratique : la difficile banalisation du testing

Le *testing* est une technique probatoire consistant à solliciter la fourniture d'un bien ou d'un service à seule fin de constater un comportement discriminatoire. La méthode a été initiée par les pays anglo-saxons : en Grande-Bretagne, dès 1966⁵ et aux États-Unis dix ans plus tard, à l'instigation du département américain du logement afin d'identifier les discriminations contre les *African Americans* dans l'accès au logement⁶. La France a découvert cet outil bien plus tard, les chercheurs en économie et sciences de gestion investissant ce champ au début des années 2000, alors que la lutte contre les discriminations devenait une priorité de l'agenda politique. Comme le montre Gwénaële Calvès⁷, deux formes de *testing* existent et se développent sur deux terrains distincts : le *testing* scientifique qui se déploie dans le champ des sciences sociales et qui est destiné à mesurer le phénomène discriminatoire (sur le marché du travail, du logement, de l'assurance, etc.) et le *testing* judiciaire qui vise à établir, à prouver l'existence d'un comportement discriminatoire afin de le faire sanctionner par un juge. Le *testing* peut donc

¹ V. Champeil-Desplats, « De quelques obstacles conceptuels à la reconnaissance juridique des discriminations », in ce rapport ; S. Grosbon, *op. cit.*

² Dominique Schnapper qui défend ce point de vue, notamment, en 2006, soit un an avant qu'elle ne siège au sein de la formation du Conseil constitutionnel qui s'opposera à l'introduction des statistiques ethniques par le législateur.

³ D. Schnapper « État des lieux, état des problèmes », Ouverture du colloque *Statistiques ethniques*, Paris 19 octobre 2006, Actes publiés http://archives.strategie.gouv.fr/cas/system/files/actesstatistiquesethniquesvers13-11_1.pdf, p. 6.

⁴ *Libération* 7 mars 2007.

⁵ Résultats publiés in Daniel W.W. (1968), *Racial Discrimination in England*, Harmondsworth, Penguin.

⁶ « Housing Market Practices Survey », cité par G. Calvès, « Au service de la connaissance et du droit : le testing », *Horizons stratégiques*, La Documentation française, 2007/3 n°5, p. 12.

⁷ *Ibid.*, p. 10.

être un moyen de preuve même s'il n'est pas que cela. C'est au second, celui réalisé à des fins probatoires, que nous nous intéresserons ici¹.

Sur le terrain de la preuve, le *testing* est indéniablement un outil prometteur. En vertu de l'article 427 du Code de procédure pénale, « *hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction* »². En raison de cette liberté de la preuve pénale, le *testing* va trouver dans le droit pénal de la discrimination son terrain de prédilection. Il fallait cependant que soit levé préalablement l'obstacle³ que pouvait constituer le principe de loyauté de la preuve⁴ dans la mesure où le *testing* consiste pour les parties à provoquer la réalisation des faits discriminatoires qu'elles souhaitent dénoncer. C'est ce que fit la chambre criminelle de la Cour de cassation en 2000⁵, avec une confirmation dans un arrêt remarqué du 11 juin 2002⁶. Saisis du pourvoi formé par l'association SOS Racisme, intervenant en qualité de partie civile suite à un *testing* opéré à l'égard de plusieurs discothèques montpelliéraines, les juges du quai de l'Horloge affirmèrent qu'« *aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; [qu']il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du Code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire* ». Le législateur a entériné cette solution jurisprudentielle en 2006 en l'intégrant au Code pénal, en son article 225-3-1⁷ rédigé en ces termes : « *Les délits prévus par la présente section sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité*

¹ Pour l'usage des études sociologiques parfois admises comme preuve par le juge, v. *infra*, II.B.1.a.

² Cette règle signifie qu'il n'existe pas, en matière pénale, un système de preuve légale dans lequel le type de preuves et leur valeur sont prédéfinis par le législateur.

³ On pouvait aussi penser à l'interdiction de la provocation ou de l'incitation à commettre une infraction. Mais le procédé probatoire est admissible dès lors qu'il ne fait pas naître la résolution criminelle chez les personnes testées (V. en particulier CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro contre Portugal*, à propos des achats pratiqués par des agents infiltrés dans le cadre de la lutte contre le trafic de stupéfiants), ce qui est le cas du *testing*.

⁴ Cette règle n'est pas affirmée explicitement mais est consacrée, notamment, comme corollaire de l'exigence du procès équitable par la CEDH (6 décembre 1988, *Barbera, Messegué et Jabardo c. Espagne*, Req. n°10590/83).

⁵ Cass. Crim., 12 septembre 2000, n°99-87.251, inédit (SOS Racisme contre une discothèque de Tours).

⁶ Cass. Crim., 11 juin 2002, n°01-85.559, *Bull. crim.* n°131. La Cour d'appel de Montpellier avait relaxé les prévenus au motif que le procédé de test était déloyal. L'association SOS Racisme avait procédé au test suivant : trois groupes (l'un composé par une femme et deux hommes d'origine maghrébine et les deux autres par une femme et deux hommes d'origine européenne), s'étaient présentés à l'entrée de deux discothèques. Les personnes d'origine maghrébine s'étaient alors vu refuser l'entrée contrairement aux deux autres groupes. À la suite d'une enquête effectuée par la gendarmerie, le procureur de la République avait poursuivi les responsables d'établissement, mais le tribunal, puis, la cour d'appel avaient refusé d'examiner ces preuves, en précisant que le test avait été organisé « *de manière unilatérale par l'association, qui a fait appel uniquement à ses adhérents* », qu'il n'y avait eu « *aucune intervention d'un officier de police judiciaire ou d'un huissier de justice* » et enfin qu'il n'offrait aucune transparence et n'était « *pas empreint de la loyauté nécessaire à la recherche des preuves en procédure pénale* ». (F. Burnier, B. Pesquié, « Test de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques*, 2007/3 n°5, La Documentation française, p. 63)

⁷ Article 45 de la loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie. ».

Il semble néanmoins que les tests de situation soient utiles mais insuffisants.

D'une part, ils constituent un indice mais doivent, pour aboutir, le plus souvent, être complétés par des enquêtes classiques menées par les services de gendarmerie ou de police afin obtenir des témoignages, voire, des aveux. Ils peuvent aussi inciter le juge à user de ses pouvoirs d'instruction à l'audience¹.

D'autre part, ils ne peuvent être utilisés que s'ils sont réalisés dans de bonnes conditions. Si la souplesse prévaut s'agissant des conditions de réalisation du *testing*, il incombe aux juges d'apprécier sa force probante. La souplesse apparaît dans le fait que toute personne peut théoriquement mener de tels *testings*, et en constater les résultats, les travaux législatifs ayant supprimé la mention des personnes habilitées² à les réaliser. En pratique, ce sont toutefois des outils laissés à l'initiative des associations. Le constat peut lui aussi être fait par toute personne. Il faut impérativement un témoin, certes, mais la présence d'un huissier n'est pas pour autant obligatoire. Cette dernière a néanmoins l'avantage de la neutralité.

Malgré cette souplesse offerte par le législateur, la méthode reste peu employée, en raison sans doute du manque d'attrait pour la voie pénale, mais également du coût qu'elle peut représenter³. Le testing scientifique peut alors présenter une certaine utilité dans le cadre d'un procès civil. Au-delà de ses effets sur le plan de la connaissance, il peut constituer une ressource probatoire non négligeable. En matière pénale en effet, l'existence d'une victime réelle est nécessaire⁴ et non uniquement de « *personnages imaginaires* »⁵, comme l'a précisé le ministre de la justice dans une circulaire faisant suite à la loi de 2006, puisqu'une condamnation ne saurait être prononcée « *à la suite d'une opération au cours de laquelle la ou les personnes qui se sont vues*

¹ V. *Infra* II.A. 2. b.

² Le texte du projet d'article 225-3-1 du Code pénal discuté au Parlement faisait mention des autorités qui pouvaient effectivement conduire ces tests de discrimination : officier de police judiciaire, huissier de justice ou agent assermentés de la HALDE.

³ Pas toujours quand on voit les *testings* de discothèque. Le coût humain et matériel est en revanche plus important dans des tests de grande ampleur.

⁴ « *Même si certains tests statistiques ont pu conforter d'autres constatations et contribuer à étayer un faisceau d'indices concordants, ils ne sauraient à eux seuls établir la preuve d'une infraction. C'est une différence essentielle entre la matière civile et la matière pénale* » (Burnier, B. Pesquié, « Test de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques*, 2007/3 n°5, La Documentation française, p. 62).

⁵ G. Calvès, « Au service de la connaissance et du droit : le testing », *Horizons stratégiques*, La Documentation française, 2007/3 n°5, p. 10.

opposer un refus auraient menti sur leur identité ou leur qualité, ou seraient purement fictives »¹.

Soulignons ici que si les associations semblent délaisser le *testing*, dans une stratégie contentieuse, elles n'abandonnent pas pour autant tout recours à des tests. On pourrait parler de catégorie intermédiaire – entre les tests scientifiques et les tests judiciaires – pour désigner ces tests pratiqués par des associations, mais sans prétention juridictionnelle. Plusieurs associations, dans des domaines divers, ont en effet entrepris des *testings* dans le but de révéler et de donner une certaine publicité à des pratiques discriminatoires grâce à une objectivation du ressenti des victimes. Pour prendre un exemple récent, l'association AIDES a réalisé en avril 2015 une opération de *testing* pour mesurer les refus de soins fondés sur l'état de santé, plus précisément ceux liés au VIH. Après avoir sollicité le Défenseur des droits sur la méthodologie à appliquer à cette pratique, l'association a testé 440 cabinets de chirurgiens-dentistes et 116 cabinets de gynécologie choisis aléatoirement dans 20 villes françaises, en simulant la prise d'un rendez-vous de contrôle. L'enquête a montré que des refus de soins sont opposés à un patient séropositif sur trois par les chirurgiens-dentistes². D'autres initiatives voient le jour. De grandes entreprises, encouragées par le Gouvernement³ s'engagent même sur la voie de l'*auto-testing*⁴. Si on s'éloigne *a priori* du sujet de la preuve, il est toutefois ici question de connaître ses pratiques, de se les révéler, afin de pouvoir y remédier quand elles tombent sous le coup de la loi. L'entreprise peut, sur cette base, engager une réflexion en interne et mener une politique visant à modifier ses comportements illégaux. Mais il est possible d'aller plus loin et penser que des *auto-testings* aux conclusions élogieuses, pratiqués de manière objective, pourraient être susceptibles de servir de preuve en cas de mise en cause par des salariés pour pratique discriminatoire⁵.

Outre les limites qui relèvent du dispositif, il existe des obstacles qui se révèlent au moment où ces mécanismes juridiques de lutte contre les discriminations sont actionnés. Si le juge

¹ B.O. du ministère de la Justice, n°102, 1er avril au 30 juin 2006.

² AIDES, « Testing : ces praticiens qui ont une dent contre les séropos ! Refus de soins site aides » <http://www.aides.org/actu/testing-ces-praticiens-qui-ont-une-dent-contre-les-seropos-2966>

³ Le Gouvernement a lancé, en avril 2016, une campagne de sensibilisation intitulée « *Les compétences d'abord* » destinée à tester les pratiques d'embauche des employeurs, la ministre du travail ajoutant que « *des mesures d'auto-testing au sein des entreprises doivent également être mises en place pour les inciter à évaluer leurs propres pratiques* », *L'Express*, 18 avril 2016.

⁴ Le Groupe Casino est en pointe sur cette pratique. K. Omarjee, « Il faut faire exploser toute barrière à l'entrée en entreprise », Entretien avec Yves Desjacques, *Pote à pote*, dossier, juil.-août-sept. 2009, p. 8.

⁵ V. *supra*, IA2a.

investissait son rôle de garant de la lutte contre les discriminations, alors, par son action, il pourrait permettre « *une modernisation en temps réel des formes de discrimination juridiquement reconnues et une adaptation sur mesure des modalités de preuve* »¹. Mais il ressort de l'analyse de la jurisprudence française que le juge ne remédie pas aux imperfections du cadre législatif.

¹ R. Médard, « Les écueils du contentieux anti-discriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne », *in* ce rapport.

II. Les obstacles à la mise en œuvre juridictionnelle

L'action en justice, définie comme le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci, afin que le juge la dise bien ou mal fondée¹, est l'outil le plus classique de la réalisation du droit. Le juge ne peut en effet se prononcer sur l'application d'un droit que lorsqu'un demandeur lui soumet une demande. Ceci pose la question du recours au juge par les victimes de discriminations. Comment, et dans quelle mesure, les victimes et, plus largement, les acteurs du monde judiciaire, en premier lieu desquels les avocats, se saisissent-ils de l'outil juridique et tout particulièrement du levier juridictionnel ? Nous avons eu l'occasion de souligner précédemment la relativement faible implication des syndicats, malgré les possibilités offertes par le législateur, dans l'action juridictionnelle contre les discriminations². Cette faiblesse du recours à l'instrument contentieux se retrouve en matière de discriminations dans le logement privé. Comme le rappelle Eva Menduïña Gordón, les études convergent pour établir que les discriminations dans l'accès à un logement locatif sont fréquentes³. Pourtant, en 2015, seuls 7,2% des saisines du Défenseur des droits concernent le logement (public ou privé)⁴. Et seulement 18% des personnes déclarant avoir subi une discrimination en ce domaine ont entrepris des démarches pour faire valoir leurs droits dont des actions en justice.

Le manque d'attractivité de l'action en justice a de nombreuses causes. Beaucoup tiennent au juge lui-même ou, plus exactement, à ce que le justiciable peut attendre de lui. Il est donc nécessaire, pour qui s'interroge sur l'effectivité de la lutte contre les discriminations, de s'intéresser à l'appréhension que le juge peut avoir de la réalité discriminatoire. Nombreuses sont les études menées à l'occasion de ce projet qui dévoilent les obstacles à la reconnaissance juridictionnelle des discriminations. Alors que d'aucuns sont propres au droit anti-discriminatoire, révélant certaines de ses imperfections (B), d'autres lui sont étrangers, provenant du cadre juridique plus général, résultant de principes et de pratiques antérieurs à l'introduction relativement récente dans l'ordre juridique interne du droit de la non-discrimination (A).

¹ Article 30 du Code de procédure civile.

² V. *supra* I.B.1.

³ Enquête IFOP commandée par le Défenseur des droits, novembre 2012, *Testing* par 60 millions de consommateurs, février 2014.

⁴ *Rapport annuel du Défenseur des droits*, 2015, p. 75. Version courte (sur le site du Défenseur des droits).

A. Des obstacles exogènes

Les obstacles qu'il s'agit d'identifier sont qualifiés d'exogènes dans la mesure où il s'agit d'éléments de natures diverses, susceptibles de créer des résistances de la part du juge à l'accueil des prétentions des justiciables en matière de discrimination. Ces obstacles sont de deux ordres : principaux et comportementaux. Il existe, et même préexiste souvent, au droit des discriminations, des principes juridiques inscrits dans le droit positif et compliquant l'intégration, l'acclimatation, de ce droit plus récent (1). Ce premier obstacle n'est pas isolé : les habitudes prises par le juge dans d'autres sphères juridiques ont également des implications dans l'accueil qu'il peut faire au droit anti-discriminatoire (2).

1. Un premier verrou : des principes juridiques opposés

Le terme « opposé » ne renvoie pas ici à des principes qui, par nature en quelques sorte, s'opposeraient au droit des discriminations, mais provient de l'existence simultanée de principes forgés de longue date qui vont être opposés à la lutte contre les discriminations devant le juge ou par le juge. De tels principes émanent tant du droit privé (a) que du droit public (b).

a. Droit privé et liberté contractuelle

La liberté contractuelle est la concrétisation de l'autonomie de la volonté. De valeur constitutionnelle¹, elle figure désormais au « *fronton du nouveau droit des contrats* »² tel qu'issu de l'ordonnance du 10 février 2016. Le nouvel article 1102 du Code civil, qui entrera en vigueur le 1^{er} octobre prochain dispose en effet, que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». La liberté contractuelle recèle dès lors trois dimensions : d'abord, la liberté de ne pas contracter ou au contraire de contracter, puis, dans l'hypothèse du choix de contracter, celui, d'une part, du cocontractant et celui, d'autre part, du contenu du contrat. Les deux premières dimensions de la liberté contractuelle ont directement à voir avec la problématique discriminatoire.

¹ Conseil constitutionnel, 13 juin 2013, n°2013-672 DC, Loi relative à la sécurisation de l'emploi.

² L. Thibierge, « Les sanctions des discriminations », *in* ce rapport. V. aussi A. Azi, « La lutte contre les discriminations dans le secteur bancaire et financier », *in* ce rapport.

En effet nombre de discriminations ont lieu à l'occasion de la conclusion d'un contrat, qu'il s'agisse d'un contrat de travail, d'un contrat d'assurance ou d'un contrat de bail. Or le problème survient précisément dans le choix, ou plus exactement le refus d'un individu comme cocontractant. Ce que l'on reproche à l'employeur ou au bailleur c'est d'avoir refusé de contracter avec une personne qui le souhaitait, en raison d'un motif illégitime. Il y a donc, si ce n'est une contradiction, du moins une tension intrinsèque entre le principe de la liberté contractuelle et l'interdiction des discriminations. La raison de cette tension vient de l'égalité de façade entre les protagonistes. Si la liberté contractuelle vaut pour les deux aspirants contractants, la symétrie n'est qu'apparente. C'est bien l'employeur et le bailleur qui tiennent les rênes, tandis que le salarié comme le locataire sont en situation de demande, demandes dans la mesure où les marchés de l'emploi ou du logement sont maqués par une pénurie d'offres. L'un des cocontractants dispose donc d'une liberté bien plus réelle que l'autre.

La difficulté principale à laquelle se heurte le respect de la non-discrimination en droit privé réside donc dans l'*intuitu personae* qui gouverne ce type de rapports privés¹. C'est aussi ce constat que dresse Danièle Lochak lorsqu'elle affirme que, « *s'agissant des particuliers, a fortiori, le principe d'égalité cède devant le principe de liberté : la faculté de traiter différemment, en vertu de critères qu'ils déterminent librement, les individus avec lesquels ils s'engagent dans des relations contractuelles rend inopérante la notion de discrimination* »². Cette contradiction ainsi que sa résolution au profit de la liberté contractuelle ressortent de plusieurs recherches du présent projet. Est-ce en raison d'une primauté donnée à ce principe ancien ou à la difficile acculturation du juge français au droit de la non-discrimination ? S'il est impossible de sonder les cœurs des juges ici, les présents travaux permettent toutefois de rendre compte de la protection offerte à la liberté contractuelle dans le contentieux de la discrimination. S'interrogeant sur « *la manière par laquelle le juge saisi d'un cas de discrimination dans le logement, articule le principe de la liberté contractuelle – le bailleur peut choisir son locataire – avec l'interdiction de ne pas discriminer* »³, Eva Menduïña Gordón affirme que se dégage des rares espèces contentieuses existantes, « *une tendance à faire primer le pouvoir discrétionnaire du bailleur de choisir librement son locataire sur le principe de non-discrimination* ». Ainsi dans une affaire portée devant la Cour d'appel de Montpellier en 2007⁴,

¹ V. not. O. de Schutter, *Discriminations et marché du travail – Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, P. Lang, 2001.

² D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.*, 1987, n°11, spécialement p. 787-788.

³ E. Menduïña Gordón, « La discrimination dans le logement privé », *in* ce rapport.

⁴ CA, Montpellier, 27 novembre 2007, Juris-classeur n°2007-353816.

le juge judiciaire parvient à sauvegarder l'entière liberté du propriétaire qui venait de refuser la location à une femme seule avec quatre enfants, ce qui laissait penser à une discrimination en raison de la situation de famille, en ajoutant une condition supplémentaire non prévue par la loi pour établir une discrimination, à savoir la démonstration que « *le propriétaire s'était engagé à louer* ». En l'absence d'un tel engagement, la liberté du propriétaire est *de facto* préservée. Comme ces engagements exigent un accord initial du propriétaire, la sanction du refus de location discriminatoire est réduite à néant.

Une autre affaire témoigne encore des tentatives des juges pour davantage circonscrire le champ du droit anti-discriminatoire. Ceux-ci ont en effet déplacé une question afin de faire obstacle au contrôle d'une discrimination. Alors que la question était posée de la légitimité du refus d'un propriétaire de louer un bien à des candidats, une question préalable permet d'éviter d'avoir à y répondre : la vérification de l'existence d'une véritable offre de location. Or, du fait de la requalification de l'offre en simples pourparlers, le propriétaire dont le comportement était suspect du point de vue de la prise en compte de l'origine des postulants, ne peut plus être reconnu coupable de discrimination puisqu'il est perçu par le juge comme n'ayant pas encore fait une offre. N'ayant pas fait d'offre il ne peut avoir opposé un refus, *a fortiori* un refus discriminatoire¹.

Au-delà de la liberté contractuelle, c'est avec la logique de marché, que la lutte contre les discriminations entre en conflit. Danièle Lochak l'assène sans ambages : « *Non seulement le marché favorise les discriminations, mais la discrimination est inhérente au fonctionnement même du marché* »². Le ver est dans le fruit. La recherche du profit conduit inexorablement à la discrimination³.

Le domaine de l'assurance en fournit une confirmation saisissante. Comme le rappelle Anne Danis-Fatôme, « *c'est la loi du marché qui justifie qu'un assureur calcule son risque pour parvenir à une rationalité économique* », ajoutant que « *l'activité même d'assurance implique une sélection* » des risques, et donc des personnes, serait-on tenté d'ajouter : des jeunes plutôt que des personnes âgées dans le champ de l'assurance santé ; mais ces dernières plutôt que les premiers dans le domaine de l'assurance automobile. La sélection, plus encore que dans les autres activités de la sphère marchande, est au cœur du secteur de l'assurance. L'antagonisme est tel entre la logique assurantielle et l'interdiction des discriminations que l'auteure se

¹ TGI d'Albertville 30 janvier 2006, n°164/06.

² D. Lochak, « Loi du marché et discriminations », in D. Borillo, *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, Recherches, p. 11.

³ D. Lochak, *op. cit.*, p. 18.

demande si ce n'est pas « *peine perdue que de chercher à lutter contre la discrimination en matière d'assurance* »¹. Au demeurant, le législateur lui-même offre une immunité aux assureurs avec l'article 225-3, alinéa 1^{er} du Code pénal qui prévoit une exception à la discrimination interdite pour les activités d'assurance santé : « *Les dispositions de l'article précédent [article 225-2 qui vise notamment le refus de fourniture de service] ne sont pas applicables aux discriminations fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité* ».

Ce régime dérogatoire dont bénéficient certains assureurs a toutefois été encadré par une exception à l'exception en cas de distinction opérée entre les personnes souhaitant s'assurer fondées sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ou des conséquences sur l'état de santé d'un prélèvement d'organe².

Une des pistes proposées pour tendre à la coexistence par essence délicate entre la liberté de l'assureur et l'interdiction des discriminations serait l'extension de ce qui prévaut en matière de crédit, à savoir le renforcement de l'exigence de motivation des raisons du refus. En aval, cela donnerait au juge les outils pour effectuer un meilleur contrôle des justifications de l'assureur³ et lui permettrait ainsi de débusquer d'éventuelles pratiques discriminatoires. Celles-ci devraient – du moins peut-on l'espérer – se raréfier progressivement, du fait de l'incitation en amont faite au débiteur de l'obligation de motivation d'adopter un comportement vertueux de ce point de vue.

Ces quelques illustrations révèlent certaines des difficultés sur lesquelles le droit de la non-discrimination bute alors qu'il ne laisse pourtant *a priori* de côté aucune branche du droit interne. Fondamentalement, l'interdiction de prendre en compte certaines caractéristiques des personnes heurte le principe de liberté qui prévaut dans les relations marchandes que le droit s'efforce de garantir. Le législateur a cependant su développer des protections pour les parties reconnues comme les plus faibles. On pense spécialement au droit du travail ou au droit de la consommation, conscient qu'il était que l'égalité théorique entre les cocontractants était contredite par la liberté, de portée variable, dont bénéficiait chacun d'eux. Le droit peut donc

¹ A. Danis-Fatôme, « La lutte contre la discrimination en droit des assurances », *in* ce rapport.

² V. article 225-3, 1°, dernières dispositions.

³ À l'instar de ce qui existe en droit administratif en matière de motivation des actes administratifs.

sans aucun doute s'adapter au droit de la non-discrimination mais cela exige quelques changements conceptuels de la part du juge judiciaire, encore prisonnier de ses cadres de pensée traditionnels.

Il en va de même pour le juge administratif qui conserve une certaine déférence, non pour l'administration elle-même, mais pour ses mobiles d'action qui justifient le pouvoir discrétionnaire qui est souvent le sien, rendant ici encore l'intégration de la problématique discriminatoire peu évidente.

b. Droit public et pouvoir discrétionnaire

De même que la liberté contractuelle conforte la liberté de choisir son cocontractant, le pouvoir discrétionnaire de l'administration lui réserve une large marge d'appréciation dans la prise de décision. Ce pouvoir n'est rien d'autre que le pouvoir de choisir entre deux décisions ou comportements également conformes à la légalité¹. La recherche de l'intérêt général au cœur de son action commande qu'une telle marge de manœuvre soit laissée à l'administration. Comme le résumait René Chapus, « *la légalité n'importe pas seule. L'opportunité compte aussi* »². Si c'est dans l'exercice du pouvoir réglementaire que le pouvoir discrétionnaire se manifeste le plus pleinement, il trouve aussi à s'appliquer s'agissant de mesures individuelles telles que les mesures disciplinaires adoptées ou non à l'encontre d'un agent. Ainsi l'administration dispose d'une latitude importante dans le cadre de l'emploi public. L'examen de la jurisprudence rendue en ce domaine montre que ce pouvoir discrétionnaire est de nature à restreindre la portée du droit de la non-discrimination.

Les refus de titularisation pour les non-titulaires, l'absence d'inscription dans le tableau d'avancement au choix s'agissant des agents titulaires, ou encore les non-renouvellements de contrats pour les agents contractuels font l'objet d'un contrôle *minimum* de la part du juge administratif³. En refusant de contrôler l'appréciation des faits, sauf erreur manifeste d'appréciation, le juge exprime sa réticence à s'immiscer dans les choix de l'administration. Si le requérant parvient toutefois à produire des éléments laissant présumer une discrimination, l'administration sera contrainte de se justifier en présentant au juge des « *éléments objectifs*

¹ R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15^e éd. 2001, p. 1056.

² *Ibid.*

³ Voir J. Domenach, « Le Conseil d'État et le contrôle des discriminations... », *in* ce rapport.

étrangers à toute discrimination »¹. Toutefois, même dans l'arrêt *Perreux*², le Conseil d'État, qui admettait la vraisemblance de la discrimination syndicale dont se prévalait la requérante écartée du poste auquel elle avait postulé, a décidé de privilégier le pouvoir discrétionnaire de l'administration s'agissant de l'appréciation des compétences et des capacités des candidats. La réserve du contrôle exercé par le juge se retrouve également, comme le montre Thomas Dumortier³, dans la marge d'appréciation accordée à un conseil régional pour l'appréciation des mérites respectifs des candidats à un poste d'agent territorial. La requérante, qui invoquait une discrimination à raison de ses origines, pouvait se prévaloir d'une expérience pertinente pour le poste beaucoup plus longue que la candidate retenue⁴. Au terme d'un jugement validé par le Conseil d'État, le tribunal administratif a estimé que « *les deux candidates justifiaient d'une expérience professionnelle équivalente et que la commission de recrutement avait pu valablement se prononcer au regard de la seule personnalité de ces candidates* »⁵.

Sans doute convient-il ici d'insister sur l'incidence de la nature du contentieux à l'égard de l'étendue des éléments d'appréciation pris en compte par le juge. Les recours pour excès de pouvoir sont portés à l'encontre d'un acte administratif et donnent lieu à un contrôle juridictionnel centré sur les motifs de fait et de droit ayant présidé à cet acte. En revanche, l'office du juge de pleine juridiction l'amène à examiner l'ensemble des faits pertinents à la mise en cause de l'administration. Si la différence des mérites respectifs des candidats peut, en théorie, faire l'objet d'un examen approfondi dans le cadre d'un recours de plein contentieux, en revanche, comme le relève Alexis Zarcia, « *l'invocation de cette différence des mérites constitue, sur le terrain de l'excès de pouvoir, un sérieux frein à la mise au jour des discriminations et, ce faisant, à l'annulation pour ce motif des décisions prises en matière de recrutement ou de promotion* »⁶. Si l'on s'en tient en effet à l'exigence d'un motif « *objectif étranger à toute discrimination* » pour justifier une décision, le fait qu'un candidat à la fonction publique ou un agent ait été évincé en raison d'un motif prohibé n'implique pas nécessairement que le candidat finalement choisi se trouvait être moins compétent que le candidat discriminé. Allant plus loin encore dans la réserve juridictionnelle manifestée à l'égard des décisions

¹ CE, 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n°298348. V. I.B.2.a.

² *Ibid.*

³ T. Dumortier, « L'appréhension juridictionnelle des discriminations dans la fonction publique », *in* ce rapport.

⁴ Elle justifiait d'une expérience de 16 mois, en qualité d'agent non titulaire, sur ce poste alors que l'autre candidate finalement retenue ne pouvait se prévaloir que d'une expérience de 5 mois dans ce domaine. Mais le tribunal a également relevé que celle-ci justifiait d'une expérience professionnelle de 18 mois au sein de l'association du personnel de la région des pays de la Loire.

⁵ CE, 30 septembre 2015, *Mme A.*, n°373737

⁶ A. Zarcia, *L'Égalité dans la fonction publique*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 700.

éventuellement discriminatoires de l'administration, un tribunal administratif a jugé qu'à « *supposer qu'à mérite égal, il aurait été tenu compte de l'âge des deux premiers candidats pour fixer leur ordre de classement, cette seule circonstance ne saurait suffire à établir l'existence d'une discrimination illégale* »¹. Selon ce raisonnement, un motif prohibé peut être au fondement d'une décision, tant qu'elle peut aussi se prévaloir des mérites des candidats.

Dans d'autres affaires, davantage en lien avec des non-renouvellements de contrats ou des changements d'affectation, l'administration s'abrite derrière l'intérêt du service pour justifier ses décisions. Ainsi, alors qu'une requérante invoque une discrimination en raison de son état de santé pour contester la légalité de la mutation dont elle a fait l'objet, la Cour administrative d'appel de Paris admet que cette décision a été prise dans « *l'intérêt du service* », tout en reconnaissant une large marge d'appréciation à l'administration en la matière². Les non-renouvellements de contrat sont aussi souvent motivés par l'intérêt du service. Dans la mesure où les agents contractuels n'ont pas le droit au renouvellement de leur contrat, c'est évidemment un moyen commode de mettre un terme à leur collaboration. Il n'est d'ailleurs pas inconcevable que bon nombre de recours en discrimination constituent en réalité l'expression d'un sentiment d'injustice éprouvé par des agents largement démunis pour contester les choix discrétionnaires de leur hiérarchie.

De manière tout à fait remarquable, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a pris en quelque sorte le contrepied de l'arrêt Perreux à l'occasion d'une requête en discrimination fondée sur l'état de santé³. N'ayant pas été reconduite dans ses fonctions après quarante-sept contrats mensuels successifs, la requérante faisait valoir que ce non-renouvellement était consécutif à son état de santé. Bien que l'on puisse considérer que la requérante produisait des allégations susceptibles de laisser présumer une discrimination, les juges d'appel, sans rappeler le considérant Perreux, se contentent d'affirmer qu'elle « *n'établit pas que le non-*

¹ TA Versailles, ord., 5 juill. 2007, n°0706394 concernant une proposition de classement d'une commission de spécialistes sur un poste de maître de conférences. Cité par L. Cluzel-Métayer, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309.

² CAA de Paris, 19 février 2015, n°14PA03371.

³ CAA de Bordeaux, 13 avril 2015, n°13BX02036. Dans un sens comparable, voir : CAA de Marseille, 5 juin 2015, n°14MA02054. Après un congé grave maladie, le requérant n'avait pas été repris dans son poste. La Cour estime que « les graves problèmes de santé de l'intéressé qui ne permettent pas une reprise d'activité en janvier 2012 pouvaient justifier, sans méconnaissance du principe d'égalité et du principe de non-discrimination que, dans l'intérêt du service, son contrat ne soit pas renouvelé ».

renouvellement de son contrat serait intervenu pour des raisons étrangères à l'intérêt du service ».

La réserve du juge à l'égard du pouvoir de l'administration lorsque cette dernière invoque les grands principes du droit public manifeste l'empreinte d'une certaine culture juridique. S'agissant du poids accordé par les juges aux mérites individuels, Alexis Zarca n'hésite pas d'ailleurs à y déceler « *une autre expression de la conception française de l'égalité libérale selon les mérites, qui privilégie ce critère positif sur tous les autres, y compris sur l'objectif de lutte contre les discriminations* »¹.

2. Un second verrou : l'*habitus* du juge

Quand Robin Médard analyse la jurisprudence canadienne rendue en matière de non-discrimination, il salue l'œuvre du juge en ces termes : « *le volontarisme dont fait preuve le juge l'érige en un outil stratégique manifeste* »² soulignant que le raisonnement qu'il y développe est influencé par son *habitus*. Il paraît difficile de faire preuve du même optimisme pour qui s'intéresse aux discriminations et au sort que leur réservent les juges français. Un certain nombre de freins à l'effectivité de la lutte contre les discriminations émerge au stade juridictionnel dont certains tiennent aux comportements, aux raisonnements, aux modes d'interprétation du juge ou encore à la perception qu'il a de son office.

Ces freins se manifestent à deux niveaux, celui des modes de raisonnement, trop souvent inchangés (a), et celui des pouvoirs d'instruction, rarement mobilisés (b).

a. Des modes de raisonnement trop souvent inchangés

Les modes traditionnels de raisonnement constituent un véritable obstacle à l'effectivité juridictionnelle du droit anti-discriminatoire. Il est potentiellement surmontable, à condition que le juge admette une petite révolution dont les signes sont encore à chercher. Comme le met en exergue Véronique Champeil-Desplats, il existe en effet une « *distorsion entre, d'un côté, les cadres conceptuels et les catégories juridiques mobilisés dans l'ordre juridique français avec lesquels ses juristes – les juges, les administrations comme la doctrine – ont l'habitude de*

¹ A. Zarca, *L'Égalité dans la fonction publique*, op. cit., p. 702.

² R. Médard, « Les écueils du contentieux anti-discriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne », in ce rapport.

raisonner et, d'un autre côté, des dispositifs parfois nouveaux et essentiellement inspirés des droits internationaux et européens »¹. Parmi les cadres de pensée traditionnels du juge - en particulier constitutionnel et administratif - qui affectent directement son appréhension des discriminations, il y a une approche spécifique de l'égalité dont l'influence paraît évidente dans le domaine qui nous occupe (i), mais également un type de contrôle que l'on pourrait qualifier d'abstrait qui empêche de saisir des discriminations qui s'inscrivent dans une réalité des plus concrètes (ii).

i. Principe d'égalité contre non-discrimination

Comme nous avons eu l'occasion de le souligner, la discrimination n'est pas mentionnée dans les textes constitutionnels français². En revanche l'égalité y est inscrite, que ce soit dans les dispositions du Préambule³ ou dans le corps de la Constitution⁴. Rien n'empêchait donc *a priori* les juges, en particulier constitutionnels, de puiser dans ces *corpus* dédiés à l'égalité les ressources pour protéger les individus contre des distinctions considérées comme illégitimes. Certes, on s'abrite souvent derrière le texte de 1789 pour justifier une conception formelle de l'égalité⁵, fondée sur l'Homme abstrait et universel ; mais c'est en occultant les potentialités de l'article 1^{er} du texte de 1958 qui interdit les distinctions fondées sur l'origine, la race et la religion. Même en admettant que l'Homme de 1789 soit abstrait et donc universel, convenons qu'il devient beaucoup plus concret à partir de 1946, lorsque le constituant l'envisage comme marqué par ses origines, son appartenance religieuse et même comme un être sexué⁶. En conséquence, agissons que si le terme de discrimination est absent du texte, l'idée y est présente.

¹ V. Champeil-Desplats, « De quelques obstacles conceptuels à la reconnaissance juridique des discriminations », *in* ce rapport.

² V. *supra*, I.A.2.a.

³ Article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « Elle [La loi] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse », ajoutant que les citoyens sont égaux devant elle ; alinéa 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

⁴ Article 1^{er} : « Elle [La France] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

⁵ Véronique Champeil-Desplats montre que le droit, notamment constitutionnel, est « fortement marqué par une désignation générale et indifférenciée des sujets de droit », avec l'emploi de termes tels que « tous », « chacun », « quiconque ».

⁶ Alinéas 1^{er} (« le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ») et 3 (« La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ») du Préambule de la Constitution de 1946.

Dès lors, quelle a été l'attitude du juge constitutionnel face à une ressource rare mais pas inexistante ?

À l'inverse du texte, le terme discrimination est connu de la jurisprudence constitutionnelle mais aucun usage spécifique n'en est fait par le juge. En effet, il est remarquable que ce terme apparaisse dans la jurisprudence du Conseil dès ses premières décisions rendues en matière d'égalité en 1973, alors que ce terme ne connaît pas le succès qui est le sien aujourd'hui en droit positif¹. En revanche, le juge ne confère aucun sens particulier à ces références aux discriminations qui se trouvent absorbées par l'égalité. Avec Patricia Rapi, convenons que les juges de la rue Montpensier assimilent toute violation du principe d'égalité à une discrimination², ôtant conséquemment toute spécificité aux distinctions fondées sur des motifs identifiés et expressément prohibés par le texte.

Cette absence d'autonomie des discriminations dans la jurisprudence constitutionnelle n'a rien d'anodin : elle illustre l'acception que le juge retient de l'égalité, que l'on qualifie de formelle, ce qui lui vaut des reproches permanents de la part des Comités onusiens qui souhaitent lui voir substituée dans l'Hexagone une conception substantielle³. C'est qu'une approche formelle de l'égalité et la prise en compte des discriminations s'avèrent souvent peu compatibles, voire antagoniques.

La conception formelle de l'égalité commande en effet l'application de la même règle à tous les sujets de droit, indépendamment de leurs caractéristiques propres. Elle suppose une règle universelle, aveugle, indifférente aux particularités. Elle s'oppose ainsi à une égalité réelle ou substantielle qui pourrait impliquer une différenciation de la règle de droit. Tout au plus, le juge constitutionnel, dans la lignée du juge administratif, concède quelques assouplissements permettant, sans jamais y obliger⁴, l'établissement de différences de traitement répondant, dans des conditions strictes⁵, à des situations différentes⁶. Cette absence d'obligation de traiter

¹ V. La célèbre décision du Conseil de 1973 (Décision n°73-51DC du 27 décembre 1973, Loi de finances pour 1974), cons. 2 : « *Considérant, toutefois, que la dernière disposition de l'alinéa ajouté à l'article 180 du code général des impôts par l'article 62 de la loi de finances pour 1974, tend à instituer une discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision de taxation d'office de l'administration les concernant ; qu'ainsi ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution* ».

² P. Rapi, « Les obstacles à la lutte contre les discriminations devant le juge constitutionnel », in ce rapport.

³ S. Grosbon, « Regard critique des comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française », *La Revue des droits de l'homme*, 2016, n°9, en ligne.

⁴ CE 28 mars 1997, *Société Baxter*, req. n°179049 et 179054

⁵ V. *infra* II.B.1. a.

⁶ CE Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, req. n°88032 et n°88148, Décision n°79-107 DC, 12 juillet 1979,

différemment permet de soutenir qu'il s'agirait d'une concession, rien de plus, par les juges internes à l'égalité réelle, bien loin de la conception retenue par les juges européens qui, de concert, affirment qu'à défaut de traiter différemment des situations différentes on crée une discrimination¹.

L'attachement des juges français à l'égalité formelle qui apparaît antagonique avec ce que recèle la notion de non-discrimination n'est pourtant pas indépassable. À cet égard, le détour par le Canada auquel invite Robin Médard est instructif. Le juge qui, vu de ce côté de l'Atlantique, a des couleurs exotiques - faisant des aménagements raisonnables une ligne de conduite et de la nécessité de prendre en compte les discriminations intersectionnelles une évidence - avait pourtant originellement une conception formelle de l'égalité². Mais il a effectué une mue en constatant, dans un premier temps, l'insuffisance de l'égalité devant la loi - ce qui l'a conduit à la compléter par l'égalité dans la loi³- et, dans un second temps, en estimant que l'égalité devant la loi, même cumulée avec l'égalité dans la loi, était incomplète, dès lors que les sujets diffèrent en substance⁴. Il est alors parvenu à une définition matérielle ou « matérialisée » de l'égalité c'est-à-dire qui « *ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée* »⁵. Une telle conception de l'égalité instaure un climat juridique infiniment plus propice à accueillir des raisonnements anti-discriminatoires dans la mesure où elle conduit à prendre acte au tout premier chef de la situation effective des personnes.

Malgré cette vision traditionnelle - à laquelle il continue de donner des gages de fidélité -, le juge constitutionnel ne parvient-il pas à intégrer subrepticement une part de la logique anti-discriminatoire, quand bien même celle-ci ne serait « *ni le fruit, ni le prolongement de la politique de lutte contre les discriminations telle qu'elle a été promue au niveau international* »

¹ « la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes » (CJCE, 7 juillet 1963, C-13/63 - Italie / Commission de la CEE) ; « Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes » (CEDH 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, req. n°34369/97, cons. 44) ; « le principe d'égalité [qui] sous tend l'article E (...) implique d'assurer un même traitement aux personnes se trouvant dans la même situation, mais aussi de traiter de manière différente des personnes en situation différente » (CEDS, Décision sur le bien fondé *Association internationale Autisme-Europe c. France*, Réclamation n°13/2002, par. 52).

² V. notamment *R. c. Drybones*, [1970] RCS 282 et *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 RCS 183.

³ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143, p. 167 : « une mauvaise loi ne peut être sauvegardée pour la simple raison qu'elle s'applique également à ceux qu'elle vise ».

⁴ R. Médard, « Les écueils du contentieux anti-discriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne », in ce rapport.

⁵ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989], *op. cit.*

et européen »¹ ? On peut faire le constat, avec Patricia Rapi, que le Conseil sanctionne certaines discriminations, sans le dire toutefois, par le prisme de la violation du principe d'égalité. Il en va ainsi dans la décision QPC de 2014, *Jamila K.*². En l'espèce la requérante soutenait qu'en prévoyant que la perte de la nationalité française résultant de l'acquisition volontaire de la nationalité étrangère s'opère de plein droit pour les femmes alors que, pour les hommes, elle est subordonnée à une demande de leur part, les dispositions législatives portaient atteinte au principe d'égalité entre les femmes et les hommes. Le juge sanctionne la loi en rappelant l'article 6 de la Déclaration de 1789 ainsi que le troisième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, mais ne mentionne pas le principe de non-discrimination. Parfois, de manière probablement plus discutable, le juge parvient à purger l'ordre juridique de la disposition législative discriminatoire, mais sans révéler la discrimination et en censurant le texte sur un autre motif. La chercheuse en offre un exemple parlant avec la décision de 2010, relative à la loi autorisant l'approbation de l'accord franco-roumain sur « l'accompagnement » en Roumanie des enfants mineurs non accompagnés. Le texte visait, dans les faits et sans aucune ambiguïté, les enfants roms. Tandis que les requérants invoquaient la violation du principe d'égalité – et visaient au-delà de lui une discrimination fondée sur l'origine –, le juge s'en tient à relever la contrariété à la Constitution du seul fait de l'absence de recours effectif contre la décision d'éloignement des enfants, sans se prononcer sur la discrimination³. La teneur discriminatoire est ainsi totalement masquée dans la décision du Conseil.

Dépassable, cette vision formelle de l'égalité est une entrave à l'intégration de la logique de la lutte juridique contre les discriminations. Elle ne constitue toutefois pas une barrière absolue à toute prise en compte de la réalité discriminatoire. De son côté, le contrôle abstrait qu'affectionne le juge constitutionnel français semble un autre obstacle – dont la portée doit toutefois être précisément identifiée.

¹ P. Rapi, *op. cit.*

² Décision n°2013-360 QPC du 9 janvier 2014, *Mme Jalila K.*

³ Décision n°2010-614 DC du 4 novembre 2010, *Loi autorisant l'approbation de l'accord entre la France et la Roumanie relatif à une coopération en vue de la protection des mineurs roumains isolés sur le territoire français.*

ii. Contrôle abstrait contre non-discrimination

Le contrôle abstrait auquel se livre le juge constitutionnel français constitue par essence un obstacle à la reconnaissance des discriminations. Celle-ci suppose en effet de s'intéresser aux effets discriminatoires produits par la loi, au-delà du texte lui-même¹. Mais ce qui est frappant aux yeux de Patricia Rapi, c'est que cette posture du juge constitutionnel n'est pas exclusive. Il peut lui arriver de s'intéresser à l'application de la loi. En conséquence, au-delà des termes employés, la protection constitutionnelle de la non-discrimination varie d'une décision à l'autre et est entourée d'un réel aléa.

La décision du 9 décembre 2010 sur la loi portant réforme des collectivités révèle les effets annihilants que le choix d'un contrôle abstrait produit sur la protection contre les discriminations. Les requérants soutenaient que la généralisation du scrutin uninominal majoritaire à deux tours pour l'élection des conseillers territoriaux et l'abandon qui en résulte du scrutin de liste pour l'élection des élus siégeant au conseil régional entraînerait un recul très important de la représentation des femmes dans ces conseils. Ils dénonçaient ainsi une discrimination indirecte qui découlerait de ce type de scrutin. Le Conseil constitutionnel se fondant sur le caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité précise : « *considérant que le deuxième alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution n'a ni pour objet ni pour effet de priver le législateur de la faculté qu'il tient de l'article 34 de la Constitution de fixer le régime électoral des assemblées locales ; que les dispositions critiquées ne portent, **par elles-mêmes**², aucune atteinte à l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives énoncé à l'article 1^{er} de la Constitution ; qu'elles ne portent pas davantage atteinte au principe d'égalité devant la loi ; que, par suite, les griefs formés contre l'article 1^{er} de la loi doivent être écartés* »³. Cet exemple est saisissant, révélant l'aveuglement volontaire du Conseil constitutionnel en ce domaine. Si, comme le souligne la chercheuse, il peut se montrer plus réceptif à la question discriminatoire, il n'en demeure pas moins que l'imprévisibilité règne en la matière : le type de contrôle effectué varie selon des critères fuyants, s'ils existent⁴, de sorte que l'effectivité de la garantie constitutionnelle offerte au droit anti-discriminatoire est très loin d'être garantie.

¹ P. Rapi, *op. cit.*

² Nous soulignons.

³ Décision n°2010-618 du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, Cons. 32 à 34.

⁴ Décision n°86-225 du 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*.

L'attachement pérenne à une égalité formelle, bien davantage qu'à une égalité réelle, et la préférence donnée au contrôle abstrait se conjuguent pour empêcher le Conseil constitutionnel de saisir les discriminations – et au tout premier chef les discriminations indirectes¹.

À défaut de changer de paradigme et de substituer la logique spécifique de la lutte contre les discriminations à celle de l'égalité, le juge constitutionnel – et au-delà de lui le juge de droit commun, et en particulier le juge administratif – pourrait adapter ses méthodes de raisonnement. L'exemple canadien une fois encore montre les potentialités offertes par la méthode d'interprétation téléologique. La recherche d'effectivité permet au juge nord-américain de dépasser l'absence d'un motif de discrimination prohibé² mais également d'intégrer pleinement les discriminations indirectes à sa réprobation en se concentrant sur les effets des comportements et des textes. La question est donc de savoir si le juge interne est prêt modifier ses méthodes. À l'heure actuelle, il fait montre de résistance, certains diraient « *de façon quasi psychologique* »³, au niveau de ses cadres conceptuels. Quelques timides évolutions sont toutefois perceptibles sur un plan davantage procédural.

b. Des pouvoirs d'instruction rarement mobilisés

L'acte discriminatoire s'inscrit bien souvent dans un contexte d'inégalité structurelle entre l'auteur et la victime de la discrimination. Il en va en particulier ainsi s'agissant de la relation de travail, tant en droit du travail qu'en droit de la fonction publique, c'est-à-dire tant en présence d'un employeur personne privée que d'un employeur personne publique. Afin de compenser l'inégalité des armes, les juges sont invités par la loi, en ce qui concerne le droit du travail, ou par la jurisprudence, en ce qui concerne le juge administratif, à jouer un rôle actif dans la recherche des preuves. L'examen de la jurisprudence révèle cependant que les juges recourent rarement à cette possibilité (i). L'article 145 du Code de procédure civile qui permet de solliciter des mesures d'instruction avant le procès pourrait constituer, à condition d'être mis en œuvre sans trop de restrictions, une voie favorable au soutien des plaignants (ii).

¹ V. *infra*.

² V. La Cour suprême qui affirme que « [s]i l'on n'est pas en présence d'un motif énuméré ou d'un motif analogue déjà reconnu, la considération fondamentale (...) est la question de savoir si la reconnaissance du fondement de la différence de traitement comme motif analogue favoriserait la réalisation des objets du par. 15 », *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203, p. 209, in R. Médard, *op. cit.*

³ P. Rapi, *op. cit.*

i. L'exigence d'un commencement de preuve

L'aménagement de la charge de la preuve prévue en matière de discriminations a pour objectif de faciliter la tâche probatoire, qui pèse notamment sur les salariés ou les agents publics, en leur épargnant l'exigence d'établir la discrimination. Il leur suffit d'apporter des éléments de fait qui la rendent vraisemblable. Toutefois, autant l'article L.1134-1 du Code du travail que l'arrêt *Perreux* ajoutent que le juge peut ordonner en cas de besoin « *les mesures d'instruction qu'il estime utiles* »¹. Celles-ci peuvent être mises en œuvre à l'initiative des juges ou bien encore à la demande des parties. Malgré l'opposition qui existe, en théorie, entre les règles procédurales du droit privé et celles du droit public, respectivement entre le modèle accusatoire et le modèle inquisitorial, les juridictions sociales et administratives abordent les requêtes en discrimination de manière comparable indépendamment de la voie contentieuse considérée². Il est ainsi remarquable que les mesures d'instruction n'interviennent jamais pour suppléer une absence totale d'élément de preuve avancé par les parties. Alors que ces mesures d'instruction permettent de solliciter des documents sans doute inaccessibles au demandeur (bulletins de paie d'autres salariés, évaluations, etc.), ce dernier ne peut demander au juge d'y recourir sans fournir un *minimum* d'éléments susceptibles de rendre vraisemblable la discrimination. Autant en droit social qu'en droit public, le juge exige en effet un « *commencement de preuve* »³.

En droit social, plus précisément, comme le montrent Nicolas Hoffschir et Vincent Orif, les juridictions du fond rappellent parfois que le juge ne doit pas se substituer « aux parties dans la mise en état de leur dossier »⁴. Ces deux auteurs insistent ainsi sur le caractère subsidiaire de l'intervention du juge : en aucun cas, celle-ci ne saurait suppléer la « *carence* » du salarié dans l'administration de la preuve. Expressément mentionnée au deuxième alinéa de l'article 146 du Code de procédure civile, la notion de « *carence* » est encore mal définie. Il serait tentant de cantonner cette notion aux cas où le salarié se serait montré négligent ou aux hypothèses dans lesquelles il serait censé être en possession de l'élément que la mesure d'instruction sollicitée

¹ La loi de 2008, dans sa rédaction actuelle, ne le prévoit pas. Le projet de loi sur la modernisation de la justice au XXI^e siècle ajoute cette précision.

² Voir *supra*, IB2a.

³ M. Mekki, « Regard substantiel sur le "risque de la preuve". Essai sur la notion de charge probatoire », in L. Cadiet, M. Mekki, C. Grimaldi (dir.), *La Preuve : regards croisés*, Paris, Dalloz, 2015, p. 14

⁴ V. not. : CA Agen, 7 octobre 2014, RG n°13/01426 ; CA Paris, 25 oct. 2012, RG n°10/10933. Cité par N. Hoffschir et V. Orif, « La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail », *Revue des droits de l'homme*, 2016, n°9, p. 4.

visé justement à obtenir¹. Mais, ce n'est manifestement pas l'approche retenue par les juges du fond. En recourant à la notion de carence, ils exigent fréquemment du demandeur qu'il présente un « *commencement de preuve* »². En définitive, les mesures d'instruction sont donc rarement mises en œuvre par les juridictions de droit social.

En droit administratif, les juges recourent encore moins à ces mesures. Alors qu'ils disposent de pouvoirs étendus – demander des informations à l'administration, auditionner des témoins, se rendre sur place, éventuellement faire appel au Défenseur des droits –, ils ne les exercent quasiment jamais³. Là encore, en l'absence même d'un encadrement procédural explicite comparable à l'article 146 du Code de procédure civile, les mesures d'instruction n'ont pas vocation à suppléer les carences du requérant, mais à forger la conviction du juge, lorsqu'il l'estime opportun, sur la base des éléments apportés par les deux parties. Sans doute, convient-il également d'insister sur les contraintes organisationnelles, matérielles et budgétaires auxquelles le juge est confronté. Il sera en conséquence plus enclin à recourir aux mesures d'instruction que sa décision aura une incidence sur une catégorie d'agents plutôt que sur un seul individu. Ainsi, dans son arrêt sur la limite d'âge des contrôleurs aériens⁴, le Conseil d'État a eu recours à sa large panoplie de mesures d'instruction – enquête avec audition de témoins d'une part et visite dans les locaux d'autre part – pour aborder avec des connaissances précises et circonstanciées la question de savoir si les « *exigences professionnelles* »⁵ invoquées par l'administration constituaient une justification légitime à cette discrimination fondée sur l'âge. La Haute juridiction administrative évalue donc ici la réalité de l'objectif avancé par l'administration pour justifier une différence de traitement instaurée par un texte à portée générale. Dans les litiges qui ne mettent pas en cause le caractère discriminatoire d'une mesure réglementaire, la question adressée au juge se pose en des termes très différents. En effet, dans ces cas-là, la différence de traitement individuelle constitue le cœur du problème.

Les mesures d'instruction permettent d'accéder à des documents possédés par le défendeur ou bien encore d'accéder à des informations relatives à la décision litigieuse. Certaines règles

¹ Par exemple lorsqu'il cherche à obtenir un document qui lui a été préalablement remis par l'employeur, tels des relevés de commissionnement (Soc., 30 avr. 2014, n°12-29.574, inédit).

² Par ex : CA Versailles, 28 mai 2014, RG n°12/01256.

³ La consultation de la base de données interne aux juridictions administratives en atteste : en joignant les références des textes relatifs aux mesures d'instruction associées à la « *discrimination* », dans le domaine de la fonction publique (par exemple : « 83-634 + discrimination + 623-1 »), on relève un nombre extrêmement réduit de jugements de TA faisant appel à des mesures d'instruction.

⁴ CE, Ass., 4 avril 2014, n°362785

⁵ V. *infra*, II.B.1.b.

propres au droit de la fonction publique peuvent, sinon favoriser des comportements discriminants illégitimes, du moins les masquer. En matière de recrutement notamment, les jurys de concours de la fonction publique territoriale n'ont pas l'obligation de motiver leurs décisions. Le choix porté sur tel ou tel candidat n'a pas à être justifié. Toutefois, l'absence de motivation n'équivaut pas à l'absence de motifs comme le rappelle Mattias Guyomar dans ses conclusions sous l'arrêt de 2009. C'est également ce que le Conseil d'Etat rappelait dans son arrêt *Barel* lorsqu'il évoquait le pouvoir des juridictions « *d'exiger de l'administration compétente la production de tout document susceptible d'établir la conviction du juge et de permettre la vérification des allégations des requérants* ». Autrement dit, si les membres du jury n'ont pas l'obligation de faire connaître les raisons de leur choix, ces dernières ne doivent pas être arbitraires ou se fonder sur les motifs de discrimination prohibés par la loi. Il n'en reste pas moins qu'en l'absence d'objectivation de ces raisons, il est difficile pour le requérant de s'en prévaloir pour tenter d'établir une discrimination ou du moins pour en révéler le caractère vraisemblable. Mais bien que le juge ait théoriquement la possibilité de remédier à cette absence de motivation en ordonnant à l'administration leur communication, il n'en fait pas un usage systématique. Il n'explicite pas pourquoi dans certains cas il sollicite l'administration afin de recueillir des éclaircissements sur la décision d'un jury¹, tandis que dans d'autres cas, il se contente d'un minimum d'explications². On pourrait toutefois estimer que ces mesures d'instruction sont toujours « utiles » lorsqu'elles permettent de soulever le voile juridiquement constitué par l'absence d'obligation pour les jurys de faire connaître les raisons de leur choix.

En dehors du champ de l'emploi, public ou privé, la loi Mermaz attribue au juge le pouvoir d'agir au soutien d'une personne victime de discrimination dans l'accès au logement puisqu'il « *forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* »³. Cependant, dans aucune des décisions juridictionnelles – certes rares – intervenues en la matière, Eva Menduïña Gordón ne relève l'exercice de ce pouvoir⁴. Les réticences exprimées par les juridictions du fond à l'égard des demandes de mesures d'instruction pourraient être contournées en empruntant d'autres voies : les demandes en référé de communication de documents ou, plus largement, de toutes mesures utiles.

¹ Voir not : CE, 10 avril 2009, n°311888.

² Voir par ex, CE, 30 septembre 2015, *Mme A.*, Req. n°373737

³ Article 1^{er} de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986.

⁴ E. Menduina Gordon, « La discrimination dans le logement privé », *in* ce rapport.

ii. Les mesures d'instruction avant procès : une voie prometteuse ?

En droit privé, l'article 145 du Code de procédure civile permet, avant l'engagement d'un procès, de solliciter des mesures d'instruction auprès de la formation de référé du conseil des prud'hommes ou du président du tribunal de grande instance. Or, l'obstacle tiré de la carence des allégations fournies par le salarié n'est pas applicable en la matière comme le rappellent Nicolas Hoffschir et Vincent Oriff. Ces derniers estiment que cette procédure pourrait constituer une voie utile pour les salariés, sous réserve des complexités procédurales propres au choix à faire entre le juge des référés et le juge des requêtes¹. Ces mêmes auteurs relèvent toutefois que, malgré l'absence d'une précision relative aux éléments apportés par le demandeur, l'exigence d'un « *motif légitime* » pourrait s'avérer suffisamment vague pour amener le juge à exiger la fourniture d'éléments objectifs de la part du plaignant sollicitant des mesures d'instruction sur ce fondement. Un plaideur a ainsi été débouté parce qu'il n'apportait pas « *le moindre élément de fait* »², et de nombreuses décisions suggèrent, de manière sous-jacente, que le salarié doit présenter des éléments de preuve tels que, par exemple, des tableaux comparatifs³.

En droit administratif, il n'existe pas à proprement parler de procédure équivalente à l'article 146 du Code de procédure civile. Il serait tentant toutefois de se tourner vers l'article L.521-3 du Code de justice administrative : le référé conservatoire parfois appelé « *référé mesures utiles* ». Celui-ci prévoit qu'« *en cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative* ». Cette procédure est souvent mobilisée, en cas d'urgence, afin que le juge administratif des référés ordonne à l'administration de communiquer aux administrés les décisions prises à leur rencontre⁴. Surtout, les juges sollicitent également l'administration, sur le fondement de cet article, afin qu'elle communique aux requérants des éléments utiles à l'exercice d'un recours

¹ Sur ce point, voir les développements de N. Hoffschir et V. Orif, « La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail », art. cit., pp. 8-9.

² CA Paris, 22 oct. 2015, RG n° 14/09895. Cité par N. Hoffschir et V. Orif *ibid.*

³ CA Chambéry, 30 Juin 2015, RG n° 15/00270. N. Hoffschir et V. Orif, *ibid.*

⁴ CE 11 mai 1979, *Min. Santé c/ Espinasse*, n° 11551.

exercé contre une décision à venir¹. Cependant, ces demandes en référé sont soumises à la double condition de l'urgence et de l'utilité. Par ailleurs, la demande de mesure utile ne doit pas faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative². À notre connaissance, cette procédure n'a encore jamais été utilisée par une victime de discrimination dans le but de requérir la communication de documents administratifs³. Sans se prononcer précisément sur ce point, Bernard Stirn ne manque toutefois pas de relever qu'elle pourrait être mise à profit dans le domaine des discriminations par le Défenseur des droits si ce dernier était exposé à un refus de communication de document⁴.

De manière générale, les mesures d'instruction sont rarement utilisées par les juridictions. L'absence d'interventionnisme juridictionnel ainsi constaté n'est d'ailleurs pas propre à la lutte contre les discriminations⁵ et trouve son explication dans des contraintes propres au système juridique (délais des procédures allongés notamment). Mais d'autres obstacles spécifiques à l'application du droit des discriminations sont également observables.

B. Des obstacles endogènes

Si des facteurs « culturels » expliquent en partie la difficile mise en œuvre de la lutte contre les discriminations, bien des raisons du manque d'efficacité de cette lutte sont à trouver dans le dispositif juridique lui-même. Les limites du cadre juridique édifié par le législateur, déjà exposées dans ce rapport⁶, sont confirmées au stade de sa mise en œuvre juridictionnelle. Force est en effet de constater que le juge comble rarement les manques textuels : loin d'être proactif en matière de discrimination, il semble au contraire souffrir d'une certaine inhibition en ce domaine, intégrant de manière très progressive le droit de la non-discrimination.

Le manque d'efficacité de l'intervention du juge se manifeste à deux niveaux. Le premier, chronologiquement, est celui de la reconnaissance d'une discrimination (1). Si cette étape

¹ CE 11 oct. 1989, *Wade*, n° 106414 ; CE, ord., 9 avr. 1998, *Crédit commercial de France*, n° 195453.

² Voir not. : TA de Marseille, Ord. 19 juin 2013, *Gisti et autres*, n°1303279

³ Le GISTI a tenté de se fonder sur l'article L 521-3 du CJA afin d'obtenir une série de mesures destinées à garantir un meilleur accueil à la préfecture des Bouches du Rhône. L'association s'est heurtée au fait que sa demande avait pour conséquence de remettre en cause l'exécution de décisions administratives. Sa requête a par conséquent été rejetée. Voir : TA de Marseille, Ord. 19 juin 2013, *Gisti et autres*, n°1303279.

⁴ B. Stirn, « Le juge administratif et les discriminations », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Colloque organisé par le Défenseur des droits, 5 octobre 2015 (disponible sur le site du Conseil d'Etat).

⁵ En droit administratif, par exemple, les mesures d'instruction consistent surtout en demandes d'expertise médicale, au titre de l'évaluation des préjudices subis par les requérants.

⁶ *Supra*, réf. exactes.

initiale est surmontée, autrement dit, si le juge admet qu'il y a eu prise en compte d'un motif prohibé dans un domaine interdit sans qu'aucune justification ne vienne légitimer ce comportement, alors un second niveau d'obstacle peut apparaître : celui de la réponse apportée à l'acte discriminatoire (2). Inadaptée, insuffisante, incomplète, excessivement lourde, cette réponse peut constituer une ultime entrave à l'effectivité de la lutte contre les discriminations en réduisant l'intérêt de l'action contentieuse pour les victimes et, par conséquent, le risque pour les auteurs.

1. La difficile identification juridictionnelle des discriminations

Dans le cadre juridique actuel, pour qualifier de discriminatoire un texte ou un comportement, il convient de démontrer, d'une part, que celui-ci établit une distinction fondée sur un critère prohibé dans un domaine considéré et, d'autre part, qu'il ne correspond à aucune hypothèse dans laquelle une cause de légitimation de cette différence existe. Or, il apparaît que l'appréciation par le juge français de ces deux conditions, l'une positive, l'autre négative, ne favorise pas la qualification de discrimination. Contrairement à certains de ses homologues étrangers, le juge interne fait preuve d'attentisme. Plus précisément, les comparaisons sur lesquelles s'établit la reconnaissance d'une discrimination sont l'occasion pour lui d'écarter l'hypothèse discriminatoire (a), tandis que l'appréhension relativement souple des justifications légalement admises aux discriminations permet au juge de donner fréquemment un blanc seing à une distinction *a priori* problématique (b).

a. L'obstacle de la comparaison

Le nœud gordien de la discrimination est la comparaison. Établir une discrimination suppose de comparer. Comparer les situations dans lesquelles sont placées les personnes qui sont différenciées pour déterminer si le motif illégal est un facteur déterminant (i) ; comparer également les effets de la mesure suspecte sur les catégories considérées, donc établir la différence de traitement dans le cas notamment d'une discrimination indirecte (ii).

i. La comparaison des situations

En dehors des cas explicites de prise en compte d'un motif discriminatoire à l'encontre d'une personne, la comparaison des situations entre cette personne et une autre (ou un ensemble d'autres) est toujours nécessaire pour qui veut faire constater en justice la discrimination subie. Cette comparaison sert à isoler le motif, comme élément distinctif et donc à révéler sa prise en compte par l'auteur suspecté de discrimination.

Les cas les plus simples sont aussi les plus rares et correspondent aux hypothèses dans lesquelles l'auteur de la discrimination a indiqué se fonder sur un motif prohibé. Un cas est mentionné par Anne Danis-Fatôme : celui d'un professionnel ayant expliqué au client refuser de faire suite à sa demande de souscription d'une assurance automobile en raison de son âge¹. En dehors d'une telle hypothèse idéale, où la preuve de la prise en compte d'un motif interdit peut être apportée (témoignage, enregistrement, écrit, etc.), la comparaison est indispensable, aussi difficile soit-elle.

Certes, seule la loi de 2008 – à laquelle renvoie cependant l'article L.1132-1 du Code du travail – inscrit cet élément contextuel dans la définition de la discrimination² : « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance (...), 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***³ ». Mais le Code pénal, qui n'évoque pas la nécessité de la comparaison, contient cependant l'expression « *en raison de* » traduisant une relation causale univoque entre la distinction et le motif considéré. En conséquence, cela permet de supposer que, s'agissant des données autres que le motif interdit, les personnes se trouvaient dans des situations analogues⁴.

Il revient donc au justiciable engagé dans un procès destiné à établir l'existence d'une discrimination à son encontre de convaincre le juge que le traitement défavorable qu'il a subi est dû à une de ses caractéristiques, qui constitue un motif illégal en droit de la non-discrimination. Pour cela, il doit donc isoler ledit motif, c'est-à-dire montrer que, pour le reste, sa situation est comparable à celle des autres (salariés, demandeurs de logement social, assurés, etc.). Le problème survient du fait qu'il est toujours possible de remettre en cause ce « *toutes*

¹ CA Nîmes 6 novembre 2008, n°08/00907.

² R. Médard, « L'intelligibilité de la loi », *op. cit.*

³ Nous soulignons.

⁴ L'expression « *en raison de* » est davantage porteuse d'un lien de causalité qui serait principal/direct que l'expression « *fondée sur* ». V. R. Médard, « L'intelligibilité de la loi », *op. cit.*

choses égales par ailleurs »¹ dans la mesure où l'inventaire des caractéristiques prises en compte dans le cadre de la comparaison peut difficilement être exhaustif, d'une part, et où certaines des caractéristiques (que le requérant estime comparables) peuvent faire l'objet d'appréciations variables (le défendeur les considérant au contraire dissemblables)², d'autre part.

Dès lors, la première entrave que le juge peut opposer à l'établissement de la discrimination est de conclure à la non pertinence de l'échantillon de comparaison³. Le Conseil d'Etat a pu juger en effet que la comparaison à laquelle la requérante s'était livrée était dénuée de pertinence du seul fait que, dans le groupe de comparaison, un autre individu partageait avec elle la même caractéristique suspecte (le sexe féminin)⁴. Pour sa part, la Cour de cassation, qui contrôle l'appréciation effectuée par les juges d'appel, a eu l'occasion de censurer un arrêt qui n'avait pas procédé à la comparaison de l'évolution des salaires et des carrières du salarié demandeur avec celle du panel de salariés ayant une ancienneté et des diplômes (en lien avec la fonction occupée) équivalents⁵.

La seconde entrave tient à l'appréciation de la similitude ou de la différence proprement dite. C'est là que la subjectivité, voire l'arbitraire du juge s'exprime. Une telle difficulté à comparer se retrouve tant dans le champ de la non-discrimination *stricto sensu* que dans celui de l'égalité. Dans les deux hypothèses, la latitude laissée au juge est manifeste et ses conséquences sur l'effectivité de la protection contre les distinguos illégaux sont aléatoires. Quelques exemples viennent au soutien de ce constat.

L'égalité, telle que reçue par les juges internes, commande une application identique de la règle aux sujets de droit⁶. Les juges, constitutionnel et administratif, ont cependant restreint la portée de ce principe. S'il est interdit de traiter différemment des personnes placées dans une même situation, la question centrale est celle de l'identification d'une différence de situation. Or les juges ont bien souvent tendance à admettre que toute catégorie posée par le droit génère une différence de situation justifiant un traitement différent. À cet égard la décision rendue par le

¹ G. Calvès, « Le principe de non-discrimination : un principe vide », in L. Potvin-Solis, *Le principe de non discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 49.

² T. Dumortier, « L'appréhension juridictionnelle des discriminations dans la fonction publique », in ce rapport.

³ O. Leclerc, « Comparer pour décider », in E. Serverin, F. Guimard, « Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité. Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extraits de la base JURICA (2007-2010) », Recherche réalisée avec le soutien de la Mission droit et justice, Décembre 2013

⁴ Voir not. : CE, 20 octobre 2014, *Mme A. c. chambre régionale d'agriculture de Provence-Alpes-Côte d'Azur*, Req. n°363237. V. N. Hoffschir et V. Orif, « Les stratégies relatives à l'établissement de la discrimination », in ce rapport.

⁵ Soc. 25 janvier 2011, n°09-40.217.

⁶ V. *supra*, II.A.2.a.

Conseil constitutionnel en 2015 dans le cadre d'une QPC reflète l'artificialité de l'appréciation du caractère différent des situations. La question qui lui était posée concernait les règles de composition paritaire (hommes-femmes) pour la formation du Conseil académique des universités lorsque celui-ci examine les questions individuelles relatives aux enseignants chercheurs autres que les professeurs d'université, exigence paritaire que le législateur n'impose pas à la formation se prononçant sur les professeurs. Or le juge affirme que cette différence opérée par le législateur dans l'exigence ou non de la parité se justifie dans la mesure où, d'une part, elle est en rapport avec l'objet de la loi et où, d'autre part, le corps des professeurs se trouve dans une situation différente des autres corps au regard de l'objectif paritaire¹. Certes, il était question d'égalité et non de discrimination. Mais, au vu des considérations précédentes, il apparaît que la place faite au droit de la non-discrimination se fera au plan constitutionnel principalement par l'entrée égalitaire, redéfinie.

L'appréciation que fait le juge, dans ce cadre, des différences de situation mérite donc attention. À ce titre, plusieurs auteurs soulignent le regard que les juges portent sur la situation conjugale des individus. Ce sujet se rapproche davantage de la problématique des discriminations dans la mesure où le problème d'égalité porte sur une distinction opérée en fonction de la situation familiale des intéressés. En l'espèce, la Cour de cassation a refusé de considérer que l'octroi d'un capital décès – mais la question se posait dans les mêmes termes en matière de pension de réversion – au seul conjoint survivant à l'exclusion du partenaire pacsé était contraire au principe d'égalité. Elle a jugé que *« le pacte civil de solidarité n'ouvrant droit, en cas de décès de l'un des partenaires, à aucune vocation successorale, les partenaires pacsés ne se trouvent pas, à la suite du décès de l'un d'eux, dans une situation comparable à celle des conjoints dont l'un est décédé ; qu'en l'état actuel des différences de régimes des couples (mariés, vivant en concubinage ou pacsés) consacrées en droit interne, il ne paraît pas pouvoir être tiré du caractère limitatif de l'énumération de l'article 21 des statuts une inégalité de traitement des personnes unies par un PACS susceptible d'être retenue comme une discrimination contraire aux articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, étant observé que l'article 21 des statuts est réputé connu de l'adhérent et que celui-ci est libre de procéder à la désignation de tout bénéficiaire de son choix »*². Elle prend ce faisant le contre-pied de la Cour de Luxembourg qui avait eu l'occasion d'affirmer auparavant que les partenaires de vie et les époux étaient dans une situation comparable et qu'en

¹ Décision n°2015-465 QPC, 24 avril 2015.

² Civ 2e, 10 juillet 2014, n°13-18358.

conséquence le refus d'une législation nationale d'accorder une prestation de survie au partenaire survivant était une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle¹. C'est encore la comparaison des situations qui a fait obstacle à la reconnaissance d'une discrimination, cette fois dans le domaine du logement. La Haute juridiction judiciaire a estimé que la situation des concubins n'était pas comparable à celle de personnes mariées de sorte que l'absence de transfert du contrat de bail au concubin homosexuel n'est pas discriminatoire alors qu'un tel transfert est prévu au profit du conjoint – au sens strict, l'époux.

Il arrive cependant que l'appréciation comparatiste du juge soit moins empreinte de subjectivité et moins enfermée dans des catégories préétablies, ce qui lui permet de reconnaître une discrimination. Ainsi, dans une affaire relatée par Anne Danis-Fatôme relative à un salarié qui se plaignait du fait que les cadres et les ouvriers ne bénéficiaient pas des mêmes indemnités conventionnelles de licenciement, la chambre sociale de la Cour de cassation ne s'est pas limitée au constat de l'existence de deux catégories professionnelles pour admettre la distinction établie. Elle a jugé que « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement, résultant d'un accord collectif, entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* »². Le juge judiciaire va donc au-delà de la catégorisation formelle des salariés pour apprécier la teneur, le contenu et, donc, la réalité de la différence supposée. Il recherche en particulier s'il existe des spécificités tenant « *aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière et aux modalités de rémunération* ».

Que le juge conclue à la comparabilité des situations ou l'écarte, qu'en conséquence la discrimination puisse être établie ou rejetée, n'est pas le problème. Ce qui l'est en revanche, c'est que cela soit le jeu du hasard, ou, du moins, que la solution dépende de l'inclination du juge à aller voir au-delà des catégories formelles. Développer un contrôle sur le fond de ces catégories permettrait au juge d'échapper à la critique de la subjectivité et du « *choix politique* »³.

¹ CJCE 1^{er} avril 2008, C-267/06, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, point 73.

² Soc. 20 novembre 2013, n° 12-21000.

³ A. Danis-Fatôme, « La lutte contre la discrimination en droit des assurances », *in* ce rapport.

Lorsque ce premier obstacle est levé, le juge ayant admis l'existence de deux catégories de personnes, dont le seul critère de différenciation est un motif désigné comme illégitime par le législateur, il reste, pour permettre la reconnaissance d'une discrimination, à établir que l'une des catégories – qui peut être constituée selon les cas d'un seul ou de plusieurs individus – est traitée moins favorablement que la seconde. Là encore la comparaison est donc indispensable.

ii. La comparaison des effets

Une discrimination consiste dans une défaveur. Conscient des difficultés que peut rencontrer une victime pour réunir les éléments permettant d'établir ce traitement défavorable par comparaison, le législateur a aménagé le système probatoire en matière de discriminations. Comme cela a pu être montré précédemment, il a souhaité faire peser sur le possible auteur d'une discrimination le risque probatoire, en exigeant de lui, après un simple commencement de preuve apporté par la victime, qu'il prouve l'absence de tout comportement discriminatoire¹. Un tel aménagement paraît juste au regard des moyens de preuve dont dispose chacune des parties. L'employeur, par exemple, est davantage en mesure, compte tenu des nombreux documents en sa possession concernant ses salariés, soit de montrer l'absence de traitement désavantageux, soit, dans l'hypothèse d'un désavantage, de le justifier par l'absence de comparabilité des situations.

La preuve est donc facilitée pour la victime qui n'en est pas pour autant exemptée. En l'absence de standard de la preuve², le système juridique français s'en remet à la libre appréciation du juge, à son « intime conviction ». Celui-ci ne dispose d'aucune indication lui dictant le degré de conviction à atteindre pour conclure à l'existence d'une discrimination. Quel degré d'écart exigera-t-il dans le traitement de la victime supposée par rapport à celui des autres personnes placées dans la même situation pour reconnaître le caractère discriminatoire de cette différence³ ? En étant maître de son niveau d'exigence, le juge interne est en mesure de conférer une portée plus ou moins grande à la prohibition des discriminations.

¹ V. *supra* I.B.2.a.

² V. à titre de comparaison le système états-unien (J.P. Foegle, « Les modes d'appréciation de la causalité en matière de discrimination directe en milieu de travail : un « frein argumentatif » à lutte contre les discriminations ? », *op.cit.*).

³ O. Leclerc, « Comparer pour décider », in E. Serverin, F. Guiomard, « Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité. Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extraits de la base JURICA (2007-2010) », Recherche réalisée avec le soutien de la Mission droit et justice, Décembre 2013.

Cette comparaison occupe une place centrale en matière de discriminations indirectes. Étant non visibles *a priori*, de telles différences ne peuvent être révélées qu'au moyen de techniques particulières permettant de rendre compte, à une échelle plus grande que le seul cas individuel, d'un traitement défavorable. Pour cette raison, les discriminations indirectes se rapprochent pour une large part des discriminations systémiques. La personne qui subit la discrimination n'est ainsi que le cas visible d'une discrimination de plus grande ampleur.

Le juge a admis, dans ce cadre, l'usage de statistiques par les plaideurs afin de révéler les effets discriminants de mesures ou comportements d'apparence neutre.

La Cour de justice a, dès 1986, montré son intérêt pour les preuves statistiques s'agissant des discriminations indirectes¹, avant d'énoncer, dans l'arrêt *Enderby* de 1993², les qualités que ces preuves devront présenter pour que le juge puisse les retenir : « *il appartient au juge national d'apprécier si les données statistiques caractérisant la situation de la main d'œuvre sont valables et si elles peuvent être prises en compte, c'est-à-dire si elles portent sur un nombre suffisant d'individus, si elles ne sont pas l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels et si, d'une manière générale, elles apparaissent significatives* ».

En matière de discrimination indirecte, les données chiffrées doivent généralement faire apparaître soit un écart considérablement élevé entre les groupes comparés³, soit un écart moins important mais durable⁴. Comme le souligne Elsa Fondimare⁵, la place ainsi conférée aux statistiques dans la preuve des discriminations indirectes varie selon les cas et elles peuvent même s'avérer non nécessaires quand les discriminations sont évidentes parce que les différences reposent, certes, sur un critère *a priori* neutre mais si étroitement corrélé à un motif illégitime que les deux tendent à s'assimiler. Ainsi le critère de l'expérience fondant le calcul d'un avantage est en réalité, sans aucun doute possible, intimement lié à celui de l'âge⁶. Il discrimine donc les jeunes, sans que des statistiques ne soient d'une quelconque utilité pour appuyer une telle évidence. Il arrive d'ailleurs que le juge passe de la qualification de

¹ CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH contre Karin Weber von Hartz*, C-170/84, point 31.

² CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby*, aff. C-127/92.

³ CJCE, 13 juillet 1989, *Ingrid Rinner-Kuehn contre FWW Spezial-Gebaeudereinigung GmbH & Co.KG.*, C-171-88.

⁴ CJCE, 9 février 1999, *Regina contre Secretary of State for Employment, ex parte : Nicole Seymour-Smith et Laura Perez*, C-167-97.

⁵ E. Fondimare, « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016.

⁶ M. Mercat-Bruns, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, 2013, p. 259.

discrimination indirecte à celle de discrimination directe lorsque le critère formellement neutre est tellement lié à un critère prohibé que les deux semblent se confondre¹.

Au niveau du Conseil de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'homme², comme le Comité européen des droits sociaux, prennent en compte les statistiques. Ce dernier « *a retenu l'usage de statistiques pour révéler l'existence comme l'absence d'une discrimination indirecte* »³.

Quant aux juges internes, ils se situent dans la lignée de leurs homologues européens. Devant le juge judiciaire, le défaut de statistiques peut faire obstacle à la reconnaissance d'une discrimination indirecte⁴, alors que le recueil de telles données est susceptible de l'établir⁵, sans pour autant être indispensable⁶. On peut aller plus loin et constater avec Olivier Leclerc que certains contentieux semblent plus propices que d'autres à la preuve statistique. Ainsi, en droit du travail, la preuve statistique est moins utilisée dans le cadre de contentieux individuels que dans ceux qui contestent la conformité d'un texte ou d'une mesure de portée générale au droit de la non-discrimination⁷.

S'agissant du juge administratif, ensuite, l'analyse est logiquement plus sommaire, compte tenu de sa faible appétence pour les discriminations indirectes⁸. Devant lui, les statistiques ont davantage servi, semble-t-il, à justifier une différence de traitement qu'à sa qualification en discrimination. C'est ce que montre la célèbre affaire de la bonification des pensions de retraite pour les personnes ayant interrompu leur activité pendant une durée continue au moins égale à deux mois. Des requérants hommes ont argué de l'existence d'une discrimination indirecte à leur encontre. Mais le juge « *écarte la discrimination indirecte, en jugeant que cette différence de traitement, dont bénéficient indirectement les femmes, est justifiée par un objectif légitime de politique sociale, qui est précisément la compensation des inégalités de fait touchant les*

¹ A propos d'une discrimination touchant les personnes enceintes qui est, au sens strict, une discrimination indirecte sur le sexe au sens du droit communautaire, mais qui est qualifiée par le juge communautaire de discrimination directe fondée sur le sexe, v. CJCE, 8 novembre 1990, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker contre Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, C-177/88.

² CEDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami contre Malte*, requête n°17209/02, point 75 ; CEDH, 13 novembre 2007, *DH et autres contre République Tchèque*, requête n°57325/00, point 187.

³ V. Respectivement CEI, Conclusions XIII-2, Royaume-Uni, p. 152 et Conclusions XIII-4, Chypre, p. 473. V. aussi décision sur le bien-fondé, *Droits des Personnes Handicapées Mentales (MDAC) c. Bulgarie*, n°41/2007 par. 52. (T. Gründler, « Quelle effectivité de la lutte contre les discriminations ? Les enseignements du système de la Charte sociale européenne », *in* ce rapport).

⁴ Crim., 16 mars 1999, n°98-80879.

⁵ A propos des femmes qui constituent la majeure partie des employés à temps partiel au sein des organismes de sécurité sociale (Cass., Soc., 1er décembre 2009, pourvoi n°07-42.801).

⁶ Soc., 6 juin 2012, pourvoi n°10-21489.

⁷ O. Leclerc, *op. cit.* p. 5.

⁸ V. *infra*, II.

femmes dans l'évolution de la carrière », inégalités prouvées par le Gouvernement au moyen de données statistiques concernant, notamment, l'impact de la prise en charge des enfants, majoritairement par les femmes, sur les écarts de pensions de retraite¹.

A côté des statistiques, le juge commence à s'ouvrir à de nouveaux outils de comparaison avec ce que d'aucuns nomment le « *testing scientifique* », pour le distinguer du test effectué avec une finalité spécifiquement contentieuse². Ce fut le cas dans le contentieux sur les contrôles d'identité au faciès. En juin 2015³, après avoir rappelé que les contrôles d'identité devaient respecter les droits fondamentaux, la Cour d'appel de Paris constatait l'existence de contrôles discriminatoires. Alors qu'en première instance, les juges avaient écarté l'étude de deux chercheurs du CNRS de 2009 attestant de l'existence de tels contrôles⁴ en raison de sa portée « *générale et impersonnelle* » insusceptible dès lors de caractériser une « *situation individuelle* », la Cour d'appel, en revanche, intègre l'étude sociologique aux « *éléments d'appréciation dont la cour doit tenir compte* »⁵. Mais parmi ces éléments on trouve à titre principal la présence de témoins ayant pu attester le comportement discriminatoire des agents de police. L'étude scientifique ne semble que soutenir ce témoignage qui reste prédominant en termes de preuve. Il ressort donc de ce cas célèbre que la distinction entre les tests scientifiques d'une part et les tests judiciaires d'autre part tend à s'estomper, si ce n'est dans leurs méthodes et objets initiaux, du moins, dans certains de leurs effets, probatoires tout particulièrement, pour peu que le juge sache faire preuve de souplesse.

Convaincre le juge de l'existence d'un traitement défavorable fondé sur un motif illicite par le biais de la comparaison est une condition aussi nécessaire que difficile à remplir pour faire reconnaître en justice la discrimination. Ce premier impératif - qui peut constituer un véritable obstacle à la lutte contre les discriminations - n'est en outre pas suffisant. Il reste, ensuite, à vérifier que l'auteur de la différence de traitement établie ne bénéficiait pas, dans le domaine considéré, d'une justification admise par le législateur. Rigoureux dans son approche de la comparaison, le juge manifeste plus de souplesse dans l'admission des justifications des

¹ CE, 27 mars 2015, *Quintanel*, n°372426 ; CE, 31 juillet 2015, n°381979 ; CE, 5 octobre 2015, n°373697.

² V. *supra* I.B.2.b.

³ CA Paris, 24 juin 2015, n°13/24277.

⁴ F. Jobard, R. Lévy, *Police et minorité visible : les contrôles d'identité à Paris*, Open Society Institute, 2009.

⁵ T. Dumortier, « Les « contrôles au faciès » saisis par la justice », *La Revue des droits de l'homme*, septembre 2015, <https://revdh.revues.org/1400>.

différences établies qui peuvent dès lors apparaître comme un nouvel obstacle à la portée du droit anti-discriminatoire.

b. L'obstacle des justifications

L'une des dérogations à l'interdiction de discriminer¹ passe par la référence à des objectifs légitimes. Certaines dispositions se contentent d'évoquer ainsi une catégorie ouverte d'« *objectifs légitimes* » tandis que d'autres précisent les principes auxquels ils correspondent. Selon les cas, les juges contrôlent la légitimité de l'objectif invoqué par le défendeur, ou bien se focalisent sur la nécessité et la proportionnalité de la différence constatée au regard de l'objectif poursuivi. Les justifications apportées aux dérogations sont appréciées plus ou moins souplesment et réduisent donc plus ou moins la portée de l'interdit discriminatoire. Il est certain que les juges disposent d'un pouvoir d'appréciation souverain sur ces objectifs, encore que la Cour de justice de l'Union puisse exercer un contrôle variable selon les cas de figure (i). Une fois légitimé l'objectif justifiant la différence de traitement, encore faut-il que cette dernière soit proportionnée (ii).

i. Les objectifs légitimes : une catégorie relativement ouverte

La législation nationale a transposé les articles des directives consacrés aux dérogations admises au principe de non-discrimination. Elle est même allée plus loin en consacrant cette possibilité pour des motifs non prévus par la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : l'article L.1133-1 du Code du travail, qui admet les différences « *lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* », couvre les 20 motifs de l'article L.1132-1 du même code. Nulle précision n'est apportée au sujet du contenu de ces objectifs légitimes. Seuls ceux qui concernent les différences de traitement fondées sur l'âge et le sexe² font l'objet d'une

¹ Voir *supra* I.A.1.2.

² S'agissant des principes justifiant les différences admises entre hommes et femmes, elles sont explicitées dans le domaine de l'accès aux biens et services dans la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès ` des biens et services et la fourniture de biens et services. L'exposé des motifs de la directive mentionne en effet à titre d'exemple « *la protection des victimes de violences à caractère sexuel (dans le cas de la création de foyers unisexes), des considérations liées au respect de la vie privée et à la décence (lorsqu'une personne met à disposition un hébergement dans une partie de son domicile), la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes (par des organismes bénévoles*

explicitation en droit de l'Union, encore que les principes évoqués ne le soient qu'à titre d'exemples. Ces principes dérogatoires explicites ont également fait l'objet d'une transposition en droit interne. Ce dispositif laisse donc la possibilité aux Etats membres de dégager des objectifs légitimes afin de justifier des différences de traitement, sous le contrôle des juges.

S'agissant des objectifs légitimes de politique sociale prévus à l'article 6 de la directive 2000/78 (relatif aux différences d'âge), le juge de l'Union a allongé leur liste en y intégrant la « *promotion de l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations* »¹. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de s'y référer pour valider deux décrets retardant de 65 ans à 67 ans l'âge de la retraite pour les agents des industries électriques et gazières². Les juges admettent donc avec beaucoup de souplesse les réglementations qui imposent des mises à la retraite d'office ou, à l'inverse, qui retardent l'âge de la retraite. D'un autre côté, les juges internes assurent un contrôle sur la légitimité des objectifs avancés par les employeurs. À l'occasion d'une limite d'âge imposée à des moniteurs de ski, la Cour de cassation a ainsi pu déclarer que le fait de « *répondre à la demande de la clientèle n'est pas un objectif légitime au regard des articles 6 de la directive 2000/78 et L 1133-2 du Code du travail* »³.

La Cour a également admis qu'une différence de traitement fondée sur l'âge puisse être justifiée par la « *protection des droits acquis* ». Les juges européens ont consacré ce nouveau principe en l'assimilant à une « *raison impérieuse d'intérêt général* »⁴. Il s'agit de la clause de réserve habituellement mentionnée dans le cadre de l'examen des restrictions aux libertés de circulation et d'établissement. Cette montée en généralité dans les principes justifiant une dérogation élargit les possibilités de discriminer légalement. Le Conseil d'Etat s'est d'ailleurs saisi de ces « *raisons impérieuses d'intérêt général* » pour justifier une discrimination fondée sur la nationalité qui défavorisait les ressortissants de l'Union européenne par rapport aux nationaux⁵. Cette affaire mettait en cause la libre circulation des travailleurs et une discrimination indirecte fondée sur la nationalité. C'est sans doute ce qui explique que la Haute juridiction

unisexes par exemple), la liberté d'association (dans le cadre de l'affiliation à des clubs privés unisexes) et l'organisation d'activités sportives (par exemple de manifestations sportives unisexes) ». Ces principes ont été repris par l'article 225-3 du Code pénal.

¹ CJCE, 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, Aff. C-411/05.

² CE, 12 mars 2013, *Mme A*, n°352393

³ Cass, soc., 17 mars 2015, n°13-27142.

⁴ CJUE, 19 juin 2014, *Specht et autres*, Aff. C-501/12 à C-506/12, C-540/12 et C-541/12.

⁵ CE, 8 mars 2012, *Association Racing club de Cannes Volley*, n°343273.

administrative admette au nom de l'intérêt général la différence de traitement issue du règlement mis en place par la Ligue nationale de volley. En l'espèce, le juge a procédé de manière assez étonnante en estimant qu'à « *supposer que les conditions que [les dispositions du règlement contesté] puissent être plus facilement remplies par des joueuses de nationalité française que par les joueuses d'autres nationalités et soient ainsi susceptibles d'avoir des effets indirectement discriminatoires selon la nationalité* », celles-ci s'avèrent finalement justifiées par des « *raisons impérieuses d'intérêt général* ». Autrement dit, comme l'observe Xavier Souvignet dans son commentaire de l'arrêt, « *la justification de la discrimination indirecte permet au juge, par une sorte de mouvement rétroactif, d'éviter de se prononcer sur la constitution réelle de la discrimination* »¹.

Les juges nationaux disposent d'une grande marge d'appréciation dans le contrôle des objectifs légitimes avancés par les Etats. En effet, lorsque la Cour de justice admet la légitimité d'un objectif poursuivi par un dispositif discriminatoire, il revient aux juridictions nationales d'en apprécier la cohérence et l'efficacité. Le Conseil d'Etat a été conduit à se prononcer sur la légalité des possibilités de départ anticipé et d'accès au droit à la retraite, telles que prévues par la loi du 9 novembre 2010 (appelées à disparaître), qui privilégient indirectement les femmes : le juge constate que la loi offre « *une compensation des conséquences de la naissance et de l'éducation d'enfants sur le déroulement de la carrière d'une femme* »². La Cour avait eu l'occasion de constater la légalité de cette discrimination indirecte lors d'une question préjudicielle³. Tout en admettant la légitimité d'un tel objectif, le juge européen avait toutefois pris soin de préciser qu'il fallait que ce dispositif réponde effectivement à cet objectif. Cependant, il revenait aux juridictions nationales de contrôler cette question de fait. Afin d'apprécier le bien-fondé du dispositif, le Conseil d'Etat se réfère dans sa décision à « *l'état de la société française* ». Il souligne notamment que le législateur prend en compte la réalité sociologique de l'emploi pour justifier cette différenciation. Le Conseil en conclut qu'une telle différence de traitement est justifiée par un « *objectif légitime de politique sociale et est propre à garantir cet objectif et nécessaire à cet effet* ». Ainsi, Jacqueline Domenach⁴ souligne que la qualification « *d'objectif légitime* », retenu par la loi et justifiant une différence de traitement,

¹ X. Souvignet, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA* 2013, p. 315.

² CE, 30 décembre 2015, *M. A. B.*, n°369368

³ CJUE, 17 juillet 2014, *Leone*, Aff. C-173/13

⁴ J. Domenach, « Le Conseil d'Etat et le contrôle des discriminations : entre les doutes et la réalité de la prise en compte des discriminations », *in* ce rapport

relève du pouvoir d'appréciation du législateur et des autorités administratives, sous le contrôle du juge.

Comme le relève à son tour Véronique Champeil-Desplats¹, des principes plus spécifiques de dérogation à l'interdiction de discriminer, liés à d'autres valeurs que la lutte contre les discriminations – tels que l'éthique d'une organisation, la lutte contre l'immigration illégale ou la santé – ont fait l'objet d'une consécration juridictionnelle.

La prise en compte de la religion, tout d'abord, pour justifier une différence de traitement, est prévue par la directive 2000/78 dans le cadre d'une reconnaissance de ce que l'on pourrait qualifier d'« entreprises de conviction », selon les termes de la Cour européenne des droits de l'homme². Cette dérogation n'est pas expressément retenue en tant que telle par le droit national qui ne conçoit pas « l'éthique » d'une organisation en tant que justification légitime des discriminations fondées sur la religion. Elle peut toutefois correspondre à la clause générale admettant les restrictions à l'interdiction de discriminer en raison des convictions religieuses lorsque ces dernières constituent une « *exigence professionnelle essentielle et déterminante* »³. La Cour d'appel de Paris en 2013, dans ce qu'il est désormais convenu d'appeler « l'affaire Baby Loup », s'est d'ailleurs référée à cette clause générale issue de la transposition de la directive européenne, tout en assimilant la crèche à une « *entreprise de conviction* », pour estimer que celle-ci pouvait légalement exiger la neutralité religieuse de ses employés. La Cour de cassation a finalement aussi reconnu la légalité du licenciement mais au terme d'une substitution de motifs : elle a récusé le motif tiré d'une atteinte légitime au principe de non discrimination et a préféré se placer exclusivement sur le terrain de l'atteinte légitime à la liberté religieuse⁴.

La protection de la santé, ensuite, est un motif admis de dérogation. Ainsi l'exclusion des hommes homosexuels des collectes de don du sang fut longtemps justifiée par des motifs de

¹ V. Champeil-Desplats, « De quelques obstacles conceptuels à la reconnaissance juridique des discriminations », *in* ce rapport

² Directive 2000/78, art. 4, 2° : « *Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation* » (souligné par nous).

³ Loi 2008-496, art. 2, 2°

⁴ Cass., Ass., 25 juin 2014, n°13-28369.

santé publique¹. Saisie par la voie d'une question préjudicielle par le tribunal administratif de Strasbourg, la Cour de justice s'est prononcée en 2015 sur la conformité avec le droit de l'Union européenne et, notamment, avec le principe de non-discrimination de l'interdiction pour les personnes homosexuelles masculines de donner leur sang². Étant donné la préoccupation affichée de « *protéger la santé des receveurs* » et la « *portée limitée* » de l'exclusion, le juge européen en a déduit qu'elle n'était pas en elle-même discriminatoire. Il renvoie cependant au tribunal administratif le soin d'apprécier si les données épidémiologiques présentées par le gouvernement, qui pointent une prévalence du VIH dans le groupe des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes, sont fiables et toujours pertinentes. Là encore, les juridictions nationales sont compétentes pour apprécier la cohérence du dispositif discriminatoire au regard de l'objectif légitime affiché. Finalement, c'est le législateur qui est revenu récemment sur cette interdiction dans la loi relative à la modernisation du système de santé³.

Au regard de la jurisprudence, il semble, enfin, que la lutte contre l'immigration illégale puisse être considérée comme un objectif légitime de discrimination. En effet, dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat n'a pas retenu le caractère discriminatoire des contrôles d'identité et de titres de séjour réalisés massivement à la frontière italienne au mois de juin 2015⁴. Tout laissait pourtant penser que les contrôles réalisés par les forces de l'ordre à la frontière entre l'Italie et la France étaient systématiques donc discriminatoires (car fondé sur le seul critère de leur extranéité). En comparaison, en 2001, le Tribunal constitutionnel espagnol a pleinement assumé de son côté la nécessité de concilier le principe de non-discrimination avec la lutte contre l'immigration illégale, admettant par conséquent des contrôles sélectifs à la condition qu'ils soient effectués de manière « *proportionnelle, respectueuse, et courtoise* »⁵.

En définitive, les juges français s'alignent pour l'essentiel sur les objectifs légitimes prévus par le droit de l'Union européenne. En tout cas, la création de nouveaux objectifs est en partie soumise au contrôle de la Cour, dans la mesure où les dérogations à l'interdiction de discriminer

¹ V. L. Leblond, « L'impératif de sécurité sanitaire comme justificatif d'une discrimination (L'exclusion des hommes homosexuels du don de sang) », *Revue des droits de l'Homme*, 2016, n°9.

² CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, aff. C-528/13. La Cour se fonde sur le point 2.1 de l'annexe III de la directive 2004/33/CE de la Commission, du 22 mars 2004, portant application de la directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins, ainsi que sur l'article de la charte des droits fondamentaux relatif aux discriminations (art. 21).

³ Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, art. 40.

⁴ CE, 29 juin 2015, *GISTI et autres*, n°391192.

⁵ Décision STC 13/2001, Tribunal Constitutionnel espagnol, 29 janvier 2001, *Rosalind Williams Lecraft*, disponible à <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/2001/13>. Cité par V. Champeil Desplats, *op. cit.*

sont principalement issues du droit de l'Union. Les juridictions nationales disposent en revanche d'une grande marge d'appréciation s'agissant de la proportionnalité des mesures discriminatoires adoptées au regard des objectifs considérés, ce qui accentue la portée aléatoire de la protection offerte aux discriminations.

ii. L'appréciation de la proportionnalité : une large marge d'appréciation

Le caractère proportionné des discriminations fondées sur un objectif légitime est contrôlé de façon variable par la Cour de justice. Dans le cadre d'un recours en manquement, la Cour contrôle elle-même l'exigence de proportionnalité au regard de l'objectif légitime avancé par l'Etat défendeur. En revanche, elle renvoie plus volontiers aux juridictions nationales le soin d'apprécier cette question lorsqu'elle est saisie d'une question préjudicielle. Quoi qu'il en soit, qu'elles agissent ou pas au terme d'une question préjudicielle, les juridictions nationales disposent d'une large marge d'appréciation sur le caractère proportionné des différences de traitement établies sur le fondement d'un objectif légitime.

Les différences de traitement en raison de l'âge peuvent être justifiées par des objectifs légitimes, à condition que cette différence de traitement soit appropriée et nécessaire au regard de la réalisation dudit objectif. De nombreuses législations nationales relatives à l'accès à l'emploi, à la mise à la retraite d'office ou encore aux avantages liés à l'ancienneté ont, de la sorte, pu être justifiées. Ainsi, le juge européen a-t-il approuvé une réglementation nationale prévoyant la cessation automatique d'activité pour les salariés ayant atteint l'âge de solliciter leur pension de retraite¹. Pour la Cour, une telle clause peut être justifiée au sens de l'article 6 de la directive 2000/78 et particulièrement au regard de considérations politiques, sociales, démographiques et budgétaires. Surtout, une telle mesure est proportionnée en ce qu'elle ne porte pas d'atteinte excessive aux droits des travailleurs. La mesure prend en effet en compte les droits à pension et accorde des dérogations pour permettre aux salariés de percevoir leur retraite. De la même manière, le Conseil d'Etat a été amené à vérifier dans une affaire récente qu'une limitation d'âge en matière d'emploi était assortie de garanties afin de permettre aux agents censés cesser leur activité de jouir pleinement de leur droit à la retraite².

¹ CJUE, 12 octobre 2010, *Rosenbladt*, aff. C 45/09

² CE, 25 janvier 2016, *M. A. c. Assemblée nationale*, n°383836

Par ailleurs, les juridictions de l'Union européenne ne sont bien évidemment pas toujours saisies. Ainsi peut-on observer dans l'examen du caractère proportionné d'une discrimination des appréciations susceptibles de varier dans des domaines pourtant étroitement liés. L'objectif de sécurité dans le secteur de la navigation aérienne, par exemple, a donné lieu à des jurisprudences divergentes de la part du Conseil d'Etat qui illustrent bien une fois encore la subjectivité – voire l'incohérence – de l'appréciation du caractère proportionné d'une mesure discriminatoire. Des limites d'âge inférieures au droit commun étaient prévues pour l'exercice de la profession, d'une part, de contrôleur aérien et, d'autre part, de personnel navigant.

S'agissant des pilotes, la Haute juridiction administrative n'était pas convaincue que la sécurité publique soit mise en cause par des pilotes âgés de plus de 60 ans¹. Elle fondait son appréciation notamment sur les recommandations de l'Organisation de l'aviation civile qui n'excluent pas par principe la possibilité pour des pilotes de 60 ans d'exercer leurs fonctions. En revanche, pour les contrôleurs aériens, le Conseil d'Etat avait estimé qu'en raison des facultés toutes particulières d'attention, de concentration et de vigilance attendues des contrôleurs aériens, la limite d'âge était justifiée par un objectif de protection de la sécurité publique et que son niveau était proportionné au but poursuivi².

Dans les deux affaires, les juges constataient qu'avec l'âge, les aptitudes physiques des pilotes et des contrôleurs aériens étaient susceptibles de décliner, pourtant ils admettaient que certains individus demeurent parfaitement capables d'assurer leur mission sans remettre en cause la sécurité publique. C'est donc la proportionnalité de l'interdiction qui était mise en cause au regard de l'objectif de sécurité aérienne : fallait-il faire prévaloir une interdiction de principe d'exercer les professions en cause au-delà d'un certain âge ou bien une autorisation sous contrôle était-elle envisageable sans compromettre la sécurité des passagers ? La réponse à cette alternative repose essentiellement sur les caractéristiques de l'examen médical dont font l'objet les pilotes ou les contrôleurs aériens. S'agissant de ces derniers, les juges avaient relevé que les examens médicaux auxquels ils sont soumis annuellement n'étaient ni destinés ni adaptés à l'évaluation des aptitudes physiques associées à leur fonction. Étonnamment, le Conseil

¹ CE, 22 mai 2015, *M. A. c. Scté Air France*, n°371623

² CE, 4 avril 2014, n°362785, 362787, 362806, 362811, 362813, 362815, 362817, 362819, 362821. Les juges en charge de l'instruction avaient pris la peine de se rendre au centre en route de la navigation aérienne d'Athis-Mons, couvrant principalement les tours de contrôle des aéroports de Roissy-Charles de Gaulle, Orly et Le Bourget, en application de l'article R.622-1 du code de justice administrative, afin de prendre connaissance « sur le terrain » des modalités d'exercice du métier. Sur ces mesures d'instruction, voir *supra*.

n'évoque absolument pas la nature des contrôles médicaux auxquels les pilotes sont soumis. Il mentionne dans les visas l'arrêt de la CJUE *Deutsche Lufthansa AG*, qui avait justement pour sa part insisté sur l'existence en Allemagne de « mesures qui tendent à éviter les accidents aéronautiques par le contrôle de l'aptitude et des capacités physiques des pilotes » (§58). Mais ce qui vaut pour l'Allemagne ne vaut évidemment pas nécessairement pour la France. Par ailleurs, il n'est pas inutile de relever que la Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens trois ans plus tôt¹.

Par-delà l'incohérence qui affecte ces deux arrêts du Conseil d'Etat, et qui peut s'expliquer en partie par la volonté de ce dernier de se conformer à la jurisprudence de la Cour de cassation, alors qu'il n'y est pas tenu, les variations jurisprudentielles ici observées constituent un exemple topique de la marge de liberté considérable dont bénéficient les juges dans l'appréciation de la proportionnalité des mesures discriminatoires.

Les entraves à la qualification d'une discrimination sont nombreuses. Convaincre le juge de l'existence d'une discrimination suppose, on l'a vu, de prouver la pertinence de la comparaison des situations et l'illégitimité des différences de traitement. Il faut en outre que la différence de traitement fondée sur un motif interdit ne soit pas considérée comme justifiée au regard d'éléments objectifs.

En raison de cet accueil peu amène des prétentions des justiciables en matière de discrimination, ces derniers ne sont pas incités à agir en justice lorsqu'ils s'estiment victimes d'une discrimination. Ils le sont d'autant moins que, cet obstacle franchi, la réponse du juge peut apparaître décevante.

2. L'inadéquation de la réponse aux discriminations établies

En matière de discrimination la multiplicité des textes conduit à une variété des modes de sanction des distinctions interdites. De la sanction pénale à la sanction civile, l'hétérogénéité et les incohérences sont réelles². Dès lors, l'usage qu'en fait le juge est décevant (a). Ce manque d'attractivité du recours au juge conduit à s'interroger sur d'autres perspectives en termes de recours (b).

¹ Cass. Soc., 3 juillet 2012, *Scté Brit Air c. X*, n°11-13795.

² V. *Supra*, I.A.2.

a. Des sanctions insuffisantes

Comme le rappelle Louis Thibierge, en prélude de son étude sur les sanctions, « *sauf à vouloir demeurer purement incantatoire, la lutte contre les discriminations suppose des sanctions. Son effectivité est à ce prix. Il faut à la fois dissuader les comportements discriminatoires, punir leurs auteurs et réparer le préjudice causé aux victimes* »¹. En ce sens, les directives relatives à la non-discrimination² enjoignent aux Etats membres de mettre en place des sanctions « *effectives, dissuasives et proportionnées* »³. Les sanctions prononcées par les juridictions nationales témoignent d'une part des faibles réparations habituellement reconnues aux victimes de discrimination (i), mais également, dans certains cas, de l'inadéquation des réponses apportées par la justice (ii).

i. Des sanctions souvent faibles

La Cour de justice de l'Union n'a pas défini ce que doivent recouvrir les sanctions effectives, dissuasives et proportionnées prévues par les directives. Elle a néanmoins apporté quelques précisions sur leur montant. La Cour a ainsi souligné que les dommages et intérêts doivent couvrir intégralement le préjudice subi, mais les Etats membres ne sont pas obligés de prévoir des dommages et intérêts punitifs, qui vont au-delà de la réparation intégrale des préjudices effectivement subis⁴. Sur le rétablissement de l'égalité en présence d'une discrimination fondée sur l'âge, la Cour a par exemple considéré que l'article 17 de la directive 2000/78 n'imposait pas d'octroyer de façon rétroactive aux fonctionnaires discriminés un montant correspondant à la différence entre la rémunération perçue et celle à laquelle il aurait pu prétendre⁵.

En principe, les sanctions pénales sont censées être dissuasives afin de garantir l'effectivité de la lutte contre les discriminations. Celles-ci diffèrent en conséquence, non pas suivant le type de discrimination ou les particularités de la victime, mais selon la qualité de l'auteur :

¹ L. Thibierge, « Les sanctions des discriminations », *in* ce rapport

² Voir not. directive 2000/78, art. 17 ; Directive 2000/43, art. 15.

³ Le Comité européen des droits sociaux insiste également sur le caractère dissuasif des sanctions et la réparation effective du préjudice. Voir T. Gründler, « Quelle effectivité de la lutte contre les discriminations ? Les enseignements du système de la Charte sociale européenne », *in* ce rapport.

⁴ CJUE, 17 décembre 2015, *Maria Auxiliadora Arjona Camacho*, Aff. C-407/14.

⁵ CJUE, 19 juin 2014, *Specht*, Aff. C-501/12 à C-506/12, C-540/12 et C-541/12.

particulier, dépositaire de l'autorité publique ou personne morale¹. Les peines maximales prévues sont lourdes mais rarement prononcées en raison des difficultés à faire aboutir une plainte pour discrimination devant les juridictions pénales. Ainsi l'article 225-2 du Code pénal frappe le particulier auteur d'un refus de fourniture de biens ou services pour motif discriminatoire d'une peine de 3 ans d'emprisonnement et 45.000 € d'amende. Louis Thibierge observe qu'il y a très peu de décisions de condamnation de particuliers dans les bases de données². Parmi celles qui sont recensées, aucune peine d'emprisonnement n'est prononcée. Quant à l'amende, elle est bien souvent d'un faible montant. À titre d'illustration, la Cour d'appel de Rennes a sanctionné un particulier refusant de vendre sa maison à un « *manouche* » (*sic*) d'une peine de 10.000 € d'amende, dont 5.000 € avec sursis³. Cette retenue des juges du fond tranche avec l'attachement que manifeste la Cour de cassation pour la sanction pénale la plus sévère. En effet, lorsque les discriminations sont sanctionnées pénalement à la fois dans le Code du travail et dans le Code pénal⁴ (discriminations fondées sur la grossesse ou l'appartenance syndicale notamment), la Cour de cassation fait valoir que les sanctions du Code pénal, plus sévères, ont vocation à s'appliquer aux décisions discriminatoires d'un employeur⁵. De rares exceptions cependant. S'agissant des personnes morales, Louis Thibierge cite le cas d'un tribunal correctionnel ayant condamné une compagnie aérienne coupable de plusieurs refus d'embarquement de personnes handicapées à une amende de 70.000 €, avec publication du jugement de condamnation⁶.

Sur le terrain de la responsabilité civile, la faiblesse de la sanction civile tient à la modicité du préjudice estimé. Dans son étude, Louis Thibierge constate là encore qu'il est délicat de recenser un nombre significatif de décisions accordant des dommages et intérêts du chef d'une discrimination. La plupart d'entre elles a trait à la matière sociale et répare un préjudice d'ordre pécuniaire, le salarié ayant par exemple été privé d'une promotion. Mais l'auteur rappelle que

¹ Pour plus de précisions, voir L. Thibierge, *op.cit.*

² L. Thibierge, *op.cit.*

³ Cour d'appel Rennes, 10 avril 2008, RG n°07-00155

⁴ F. Desprez, L'absence d'harmonie du dispositif de lutte contre les discriminations en droit pénal du travail, *in* ce rapport.

⁵ Cass. crim., 28 avril 2009, n°07-82901. Cité par F. Desprez, « L'absence d'harmonie du dispositif de lutte contre les discriminations en droit pénal du travail », *in* ce rapport. Dans le même sens, la circulaire DGT n°2012-14 du 12 novembre 2012 de la Direction générale du travail, prévoit d'ailleurs que lorsque la discrimination commise à l'égard des victimes ou témoins de faits de harcèlement sexuel est couverte à la fois par le Code du travail et par les dispositions du code pénal, ce sont les sanctions, plus élevées (soit 3 ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende), prévues par ce code qui sont applicables

⁶ V. Décision du Défenseur des droits MLD-2014-030 et Cass. crim., 15 décembre 2015, pourvoi n°13-81.586.

le préjudice éprouvé par la victime de discrimination est souvent d'ordre moral. Or, confrontés à la difficulté d'évaluer le prix des souffrances morales, les juges français font preuve d'une grande modération. Faute de données statistiques suffisantes, on ne peut se prononcer avec certitude sur l'étendue de la réparation d'un tel préjudice. L'étude menée par Eva Menduïña Gordón relative aux discriminations dans le domaine du logement¹ confirme toutefois la faiblesse des indemnités prononcées par les juridictions civiles afin de réparer le dommage subi par un locataire victime de discrimination : les arrêts condamnent les bailleurs au mieux à 2000 euros de dommages et intérêts².

Il se peut cependant qu'au préjudice moral vienne s'ajouter un préjudice pécuniaire : face à un refus de bail discriminatoire, par exemple, la victime sera peut-être amenée à contracter ailleurs un bail plus onéreux. Dans un tel cas de figure, la victime subit un préjudice d'ordre patrimonial. La réparation devrait alors comprendre, outre le préjudice moral, le préjudice pécuniaire supporté. L'on pourrait également songer à indemniser, en plus du préjudice financier subi directement par la victime (les frais de visite du logement en l'occurrence), sa perte de chance (d'accéder à un logement en général ou d'accéder à un logement spécifique)³.

Constatant le caractère faiblement dissuasif de la réparation civile ainsi conçue, Louis Thibierge suggère de mettre en place des dommages et intérêts punitifs. Selon lui, on pourrait en effet envisager de scinder les dommages et intérêts en deux : une partie, compensatoire, serait attribuée à la victime, pour réparer son préjudice ; l'autre partie, punitive, serait allouée soit à l'Etat, soit au Défenseur des droits, soit à des associations de lutte contre les discriminations. La solution permettrait à la fois de maintenir le principe de réparation intégrale (tout le préjudice, mais rien que le préjudice) et de remplir un but préventif, en décourageant les comportements discriminatoires.

A l'instar de ce qui peut être observé en droit social⁴, les montants des réparations obtenues devant les juridictions administratives sont très variables et généralement très en-deçà des demandes formulées par les requérants. Il convient toutefois de relever que la rareté des discriminations sanctionnées par les juridictions administratives rend malaisée la tentative de

¹ E. Menduïña Gordón, « La discrimination dans le logement privé », *in* ce rapport

² E. Menduïña Gordón, « La discrimination dans le logement privé », *in* ce rapport.

³ L. Thibierge, *op. cit.*

⁴ E. Serverin et F. Guiomard (Dir.), *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 de Recherche Droit et Justice, Décembre 2013,

dresser un bilan cohérent de la jurisprudence en la matière. Une différence de salaire constatée entre deux personnes exerçant les mêmes fonctions peut donner lieu à une réparation intégrale du préjudice, c'est-à-dire l'indemnisation des revenus non perçus¹. Mais dans une affaire mettant en cause le retard de carrière de la requérante en raison d'une discrimination pour motif syndical, les juges ont estimé que cela n'impliquait pas une reconstitution de carrière mais le réexamen de la situation administrative de la requérante, assorti d'une réparation de 10000 euros². L'absence de mesures appropriées destinées à aménager les conditions de travail d'une personne en situation de handicap constitue une discrimination donnant lieu, là aussi, à la réparation du préjudice moral d'un montant également de 10000 euros³. En revanche, une discrimination fondée sur l'état de santé a conduit le juge à exiger une indemnisation à hauteur de 2000 euros seulement au titre du préjudice moral⁴.

De manière globale, les réparations paraissent bien souvent insuffisantes. La réparation en argent n'est en outre pas toujours la plus congruente.

ii. Des sanctions inadaptées

Là encore le juge européen est venu préciser la nature des sanctions à mettre en œuvre afin de satisfaire aux exigences des directives en la matière. La Cour a d'abord écarté les sanctions purement symboliques⁵. En référence à la directive 2000/43, la Cour a mentionné le fait que les sanctions pouvaient « *consister dans le constat de la discrimination par la juridiction ou l'autorité administrative compétente, assorti du degré de publicité adéquat, le coût de celle-ci étant alors à la charge de la partie défenderesse. Elles peuvent également consister dans l'injonction faite à l'employeur, selon les règles posées par le droit national, de cesser la pratique discriminatoire constatée, assortie, le cas échéant, d'une astreinte. Elles peuvent en outre consister dans l'octroi de dommages et intérêts à l'organisme qui a mené la procédure* »⁶.

¹ CAA de Paris, 30 avril 2015, n°13PA00128.

² CAA de Bordeaux, 10 mars 2014, n°13BX00711.

³ CAA de Versailles, 30 avril 2015, n°14VE00212.

⁴ CAA de Bordeaux, 27 décembre 2012, n°12BX00034.

⁵ CJUE, 25 avril 2013, *Asociatia ACCEPT*, Aff. C-81/12, point 64

⁶ CJUE, 10 juillet 2008, *Feryn*, Aff. C-54/07, point 39.

En droit interne, outre les éventuels dommages et intérêts, la sanction des discriminations peut prendre une autre forme : en amont de la conclusion du contrat, la sanction pourrait tenir dans une conclusion forcée du contrat. Si la discrimination s'est produite durant l'exécution du contrat, la sanction pourra dans certains cas consister en une réparation en nature, un rétablissement en l'état.

En droit privé, la sanction de l'acte discriminatoire pourrait passer par la conclusion forcée du contrat dont une personne a été écartée en raison d'un motif prohibé. Cependant, cette possibilité se heurte au principe de liberté contractuelle¹. La nécessité de choisir librement son cocontractant qui en découle est particulièrement prégnante dans les contrats marqués par un fort *intuitu personae* (mandat, société...) et dans les contrats à exécution successive (bail, distribution...). Des dérogations à la liberté contractuelle sont toutefois prévues par la loi dans certains domaines. Ainsi en matière d'assurance et de compte bancaire, en cas de refus opposé à un individu (de souscrire une assurance ou d'ouvrir un compte), le législateur a mis en place un dispositif destiné à surmonter cet obstacle. Il convient toutefois de préciser que cela vaut indépendamment des motifs discriminatoires éventuels ayant fondé la décision de ne pas contracter : ce dispositif repose sur la reconnaissance d'un droit au compte² et de l'obligation pour les individus de souscrire un contrat d'assurance³.

S'agissant de la rupture unilatérale du contrat fondée sur un motif discriminatoire, elle fait l'objet d'un traitement différent en droit social et en droit commun. En droit social, l'article L. 1134-4 du Code du travail frappe d'une nullité de plein droit toute disposition ou tout acte contraire à l'interdiction des discriminations dans l'accès à l'emploi, aux formations et s'agissant de l'évolution de carrière. Cette sanction frappe spécialement les licenciements discriminatoires. Ces derniers donnent lieu à une indemnisation réparant l'intégralité du préjudice subi et, si le salarié le souhaite, à sa réintégration dans l'entreprise. Cette réintégration ne vaut qu'en matière d'emploi, mais pourrait être étendue à d'autres domaines. Eva Menduïña Gordón propose, par exemple, en matière de logement de « neutraliser » l'acte discriminatoire sur ce modèle. Concrètement, cela reviendrait à annuler un congé discriminatoire et à remettre le preneur dans la situation qui était la sienne avant l'acte discriminatoire – par la réintégration dans les lieux ou par la possibilité d'y rester s'il n'en était pas parti. A l'heure actuelle, les

¹ Voir *supra*, II.A.1.a.

² Voir A. Azi, « La lutte contre les discriminations dans le secteur bancaire et financier », *in* ce rapport.

³ Ce mécanisme d'assurance contrainte est prévu dans quatre domaines : l'assurance automobile, l'assurance responsabilité médicale, l'assurance construction et l'assurance catastrophes naturelles. Voir L. Thibierge, art. cit.

décisions interviennent bien longtemps après le congé – en moyenne entre un et quatre ans après - et contraignent la victime de discrimination à se loger ailleurs, l'action en justice perdant de ce fait une grande partie de son intérêt.

Dans la fonction publique, le contentieux des discriminations est largement alimenté par les non-renouvellements de contrat. Or, devant les juridictions administratives, l'annulation contentieuse du refus d'une autorité administrative de renouveler, une fois arrivé à son terme, le contrat à durée déterminée qui la lie à un de ses agents n'entraîne pas un renouvellement du contrat. Toutefois, l'autorité est tenue de statuer à nouveau sur la demande de renouvellement¹ - de sorte que l'on peut escompter que le résultat soit, dans la plupart des hypothèses, équivalent.

De ces quelques éléments, qui ne prétendent pas à l'exhaustivité, mais qui se veulent représentatifs de l'état général du contentieux anti-discriminatoire, il ressort que la réponse de la justice aux discriminations demeure encore trop souvent insuffisante, malgré des textes parfois ambitieux. L'activisme des parquets pourrait en partie remédier à la situation.

b. Des alternatives à l'approche répressive ?

« *Il n'y a pas de spécificité ni de stratégie procédurale liée au contentieux de la discrimination* »². Cette remarque ne manque pas d'étonner de la part d'une magistrate du parquet, référente d'un pôle discrimination et lutte contre le racisme et l'antisémitisme, lorsque l'on sait que la création de ces pôles est un des moyens imaginés ces dernières années par les pouvoirs publics pour améliorer l'effectivité de la réponse, notamment pénale, aux discriminations³.

Au-delà de cette initiative, le ministère public mérite quelque attention dans le cadre d'une réflexion sur le droit de la non-discrimination. Étant donné que l'inscription des discriminations dans le champ pénal est présentée à la fois comme la preuve de l'engagement des pouvoirs publics et comme une source d'effectivité, il apparaît pertinent de questionner ce privilège –

¹ Par exemple : CAA de Marseille, 7 avril 2015, 14MA01266.

² Propos tenus par un Procureur, magistrat-référent au pôle discrimination et lutte contre le racisme et l'antisémitisme, entretien EN7, 2 décembre 2015.

³ Dépêche du ministère de Justice précisant la mise en place de pôles anti-discriminations du 11 juillet 2007 au sein de chaque parquet un pôle anti-discrimination réunissant tous les acteurs intervenant en matière de discrimination.

théorique – accordé à la voie pénale (i) avant de s'intéresser plus avant au rôle que pourrait tenir, en dehors même du procès pénal, le ministère public (ii).

i. Dépasser la voie pénale

Selon Clara Hervás Hermida, « *le Gouvernement semble vouloir maintenir un certain équilibre entre souplesse et fermeté* ». La souplesse vient de la demande faite par voie de circulaires de développer les alternatives aux poursuites ; la fermeté, de celle de retenir les motifs de discrimination comme circonstances aggravantes d'autres infractions.

D'un côté, les procureurs sont invités à « *recourir, en cas de violences commises en raison de l'orientation sexuelle de la victime ou de l'identité de genre, aux stages de citoyenneté¹ à titre soit d'alternatives aux poursuites² [...], soit de mesure de composition pénale³* », sauf lorsque la gravité des faits s'y opposerait⁴. Cette tendance est confirmée avec la récente circulaire sur les stages de citoyenneté⁵ édictée pour améliorer la réponse pénale dans le cadre de la lutte contre le racisme et les discriminations. Ces stages y sont présentés comme étant « *un mode de réponse pénale pouvant être particulièrement adapté à la commission d'infractions à caractère raciste* ». Le texte rappelle ainsi ce qui semble devenir la philosophie du ministère : « *pour être efficiente, la réponse pénale doit en effet également revêtir un aspect pédagogique* ».

De l'autre, ces circulaires enjoignent aux procureurs de retenir les motifs de discrimination comme aggravants d'autres infractions, que ce soit dans le cadre des discriminations en raison de l'orientation sexuelle⁶, ou en matière de racisme⁷. Elles les invitent à réunir tout élément permettant d'établir le mobile raciste ou antisémite et à retenir la qualification la plus grave.

Sur cette hésitation quant à la place à accorder à la voie pénale et, plus précisément, à la sanction pénale, dans la lutte contre les discriminations, les avis sont partagés. Cette orientation en faveur d'alternatives aux poursuites pénales laisse songeuse la Commission nationale consultative des

¹ Nous soulignons.

² Article 41-1, 2° du Code de procédure pénale.

³ Article 41-2, 13° du Code de procédure pénale.

⁴ Circulaire du 23 juillet 2013 portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre NOR : JUSD1319893C.

⁵ Circulaire du 4 décembre 2015 relative au développement d'une thématique consacrée au racisme et aux discriminations dans les stages de citoyenneté NOR : JUSD1530025C.

⁶ Circulaire du 23 juillet 2013 portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, *op.cit.*

⁷ Circulaire du 12 janvier 2015 n°2015/0213/A13.

droits de l'Homme qui regrette l'abandon du caractère symbolique de la procédure judiciaire pour les infractions relatives aux discriminations alors qu'elles portent atteinte à la dignité de la personne¹. Le Défenseur des droits se montre quant à lui plus favorable au développement de voies autres que pénales pour remédier aux discriminations. Dans son dernier rapport, il pointe l'hétérogénéité des textes concernant le régime applicable aux discriminations. Regrettant plus spécifiquement que, dans l'accès aux biens et services, seuls les critères du sexe et de l'origine soient pris en compte par la loi de 2008 et, en conséquence, soient les seuls susceptibles d'une action au plan civil², il plaidait pour une uniformisation des régimes, de façon à ce que l'ensemble des motifs de discrimination puissent donner lieu à une action civile.

L'intérêt du développement de la voie civile est double. Il permettrait d'abord de lever l'obstacle probatoire, particulièrement aigu dans le champ pénal qui exige d'établir l'intention, du moins, le caractère délibéré de la discrimination. Le risque est que des discriminations soient théoriquement sanctionnables pénalement mais qu'elles demeurent, dans les faits, sans réponse. Or d'aucuns considèrent que, plus que dans le caractère pénal de la sanction, l'essentiel réside dans l'existence d'une réponse judiciaire³. L'intérêt de la voie civile tient ensuite au fait que « *dans bien des situations [...], cette réponse exclusivement pénale est inadaptée* ». Ce qui est souhaité par le Défenseur des droits, c'est un éventail plus vaste de solutions de façon à offrir la possibilité d'une réponse plus adaptée que la sanction pénale car, selon lui, l'intérêt de la victime réside moins dans l'obtention du prononcé d'une peine d'amende ou d'emprisonnement que dans celle d'une compensation. L'autorité constitutionnelle indépendante semble avoir été entendue sur ce point par le législateur qui vient d'acter l'extension de la protection offerte par la loi du 27 mai 2008 en matière civile et administrative à l'accès aux biens et services⁴.

Si cette piste d'une alternative à la voie pénale nous semble ne pas devoir être négligée, on ne peut faire l'économie d'une réflexion plus globale sur l'architecture idéale du dispositif

¹ Rapport 2014 du CNDH, p. 108 et s., spéc. p. 115, consultable sur http://www.cndh.fr/sites/default/files/rapport_racisme_2014.pdf

² Excepté dans le domaine du logement qui depuis la loi ALUR comporte une liste de motifs identique à celle du Code pénal. Autrement dit la voie civile est ouverte comme la voie pénale pour toute discrimination dans l'accès au logement quel que soit le motif considéré.

³ Les procureurs rencontrés dans le cadre de cette recherche ont confirmé l'importance de donner une réponse de quelque nature qu'elle soit et l'intérêt qu'il y aurait dans cette optique à dépasser l'obstacle probatoire en matière pénale (Entretiens EN 6, septembre 2016 et EN 7, octobre 2016). Pour une nuance de cet obstacle probatoire en matière pénale, v. M. Touillier, « Réflexions sur l'opportunité d'étendre l'aménagement du fardeau probatoire en matière pénale », *in* ce rapport).

⁴ Défenseur des droits, Avis du 28 octobre 2015 n° 15-23 relatif au projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle.

juridique de lutte contre les discriminations, en cohérence avec le *corpus* textuel. La première partie de ce rapport fut l'occasion de souligner la valeur symbolique, à divers titres, de l'inscription des dispositions anti-discriminatoires dans le Code pénal. Le fait que, par ailleurs, les membres du parquet ne soient pas toujours incités à poursuivre mais, au contraire, à privilégier des alternatives aux poursuites, tout en développant un réseau entre les différents acteurs de la lutte contre les discriminations (associations, police, pouvoirs publics, délégués du Défenseur des droits) soulève des questions. On ne peut, en outre, totalement écarter que des considérations étrangères à la politique de lutte contre les discriminations, liées au manque cruel de moyens dont souffre la justice, soient à l'origine à la fois de la relative rareté de la sanction pénale et de l'idée actuelle de développer le recours à la voie civile, dans une forme de renoncement guidé par un excès de pragmatisme.

Acteur essentiel de l'action pénale, le ministère public a un rôle qui dépasse ce seul cadre. C'est pourquoi, quelles que soient les orientations, au niveau juridictionnel, de la lutte contre les discriminations, il doit devenir un acteur central eu égard aux possibilités et ressources nombreuses qui sont les siennes.

ii. Développer l'action du ministère public au-delà du procès pénal

Ce qui justifie de voir dans les membres du parquet des acteurs essentiels du dispositif de lutte contre les discriminations, au-delà de la seule question de la voie répressive, c'est la place qu'ils occupent dans l'organisation judiciaire d'une part et le rôle qu'ils ont déjà été invités à jouer en matière de discrimination d'autre part.

La lutte contre les discriminations devenant un sujet majeur de l'agenda politique, il est logique que le ministère public soit perçu par les pouvoirs publics comme un point d'appui important de cette entreprise. Sorte de courroie de transmission entre le politique et le judiciaire, le parquet occupe en effet une position stratégique. Par voie de circulaires, les gardes des Sceaux ont d'ailleurs su insister auprès d'eux sur la nécessité de « *mener une politique pénale volontariste* »¹ dans ce domaine.

¹Circulaire du 23 juillet 2013 portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle, *op.cit.*

Le ministère public s'est aussi vu confier, en France comme en Espagne, un rôle nouveau en matière de lutte contre les discriminations. : en France, dès le début des années 2000¹, sous l'impulsion du ministère de la justice et, en Espagne, un peu plus tard, grâce à l'initiative d'un procureur de l'État (Barcelone), expérience par la suite généralisée à l'ensemble du pays. Que l'inspiration vienne du sommet de l'État ou de sa base, le résultat est là, une forme de service spécialisé dans la lutte contre les discriminations existe au sein des deux parquets².

Ce service est intéressant dans le cadre de la présente étude car il pourrait constituer un levier destiné à accroître l'effectivité de la lutte contre les discriminations en particulier pour améliorer la réponse apportée par la justice aux discriminations subies par les citoyens. Pour développer cette vision quelque peu prospective, il convient préalablement de revenir sur le rôle déjà assigné au ministère public dans ce domaine pour tenter de concevoir certaines pistes d'évolution, tout en tenant compte de sa fonction générale dans l'architecture juridictionnelle.

En France, ce pôle anti-discrimination exerce un certain nombre de missions en matière pénale au cours de la procédure mais aussi au-delà.

En premier lieu, les procureurs référents agissent en dehors de toute action judiciaire, afin d'« *informer et assister les autres magistrats du parquet dans l'exercice de l'action publique ayant pour but la poursuite des infractions à caractère discriminatoire* ». Ils doivent eux-mêmes être informés en retour de toute affaire portant sur ce domaine. Cela permet un recensement utile. À l'extérieur des tribunaux, ils doivent établir une coopération entre les différents acteurs de la société civile. Il leur incombe en effet d'animer un « *réseau local de lutte contre les discriminations* »³. Si, comme en témoignent les procureurs rencontrés, les résultats sont encore modestes en France, Clara Hervás Hermida⁴ montre qu'en Espagne cette mission tournée vers les autres acteurs de la lutte contre les discriminations a permis, en lien avec les forces de police, d'améliorer substantiellement le recueil de la preuve⁵.

¹ Circulaire du 2 mai 2000 relative à l'accès à la citoyenneté et la lutte contre les discriminations NOR: PRMX0004098C.

² On compte 170 magistrats référents en France et une cinquantaine de l'autre côté des Pyrénées.

³ Dépêche du 11 juillet 2007, de la Garde des Sceaux, Rachida Dati, v. <http://www.textes.justice.gouv.fr/autres-textes-10182/depeche-precisant-la-mise-en-place-de-poles-anti-discriminations-14410.html>

⁴ Clara Hervás Hermida, « L'action du ministère public dans la lutte contre les discriminations. Etude comparée France-Espagne, *in* ce rapport.

⁵ Un protocole a été établi avec les forces de police afin de faciliter l'identification des infractions discriminatoires et à ne pas omettre des éléments constituant autant d'indices utiles lors de la phase probatoire. V. Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación, présenté le 15 décembre 2014.

En second lieu, au stade du procès, ce service spécialisé a un rôle assez réduit dans la mesure où, contrairement à son homologue espagnol, le magistrat référent ne dispose pas du monopole de l'action publique en matière de discriminations. Les autres membres du parquet restent compétents. Ils reçoivent simplement un appui du procureur référent. Le Défenseur des droits porte néanmoins un regard positif sur la coopération initiée par ces pôles. Ainsi saluait-il en 2013 la féconde collaboration à l'origine de la tenue, à Bobigny, d'une audience correctionnelle entièrement dédiée au droit de la non-discrimination au cours de laquelle étaient traitées quatre affaires portées par le Défenseur des droits¹.

Il serait envisageable de renforcer le rôle du ministère public en matière de discrimination au-delà des pôles anti-discriminations et de son action dans le procès pénal. C'est ce que propose Clara Hervás Hermida en invitant à repenser son rôle dans le cadre de la procédure civile en matière de discriminations.

Si l'on considère que les discriminations portent atteinte à l'ordre public, alors le ministère public pourrait, en vertu de l'article 423 du Code de procédure civile, agir en tant que partie principale en dehors des cas prévus par la loi. Plusieurs éléments plaident selon la chercheuse pour une telle analyse : le fait, d'une part, que les discriminations constituent une atteinte à la dignité² ; le fait, d'autre part, qu'elles soient interdites par des normes pénales pour nombre d'entre elles³.

Selon l'auteure, la compétence du ministère public en matière civile est donc envisageable. Est-elle pour autant à envisager ? Son principal intérêt pourrait résider dans le remède qu'elle offrirait à l'inaction des victimes⁴. Mais il convient de garder à l'esprit le déséquilibre qui en résulterait et résumé, en ces termes, par l'auteure : « *Quelle prétention pourrait soulever le ministère public si la victime reste inactive ?* ». En matière pénale, la question ne se pose pas puisque l'action publique a pour objet de protéger les intérêts de la société. La chose est évidemment très différente dans le cadre de l'action civile qui vise en priorité à réparer le préjudice subi par une victime.

¹ Le 18 avril 2013, quatre affaires relatives à des discriminations à l'embauche fondées sur l'apparence physique, l'origine et la grossesse, et à un refus d'embarquement fondé sur le handicap sont passées en audience correctionnelle. *Rapport annuel d'activité du Défenseur des droits* 2012, p. 6.

² Dans le Code pénal, les discriminations ouvrent le chapitre V relatif aux atteintes à la dignité de la personne.

³ Article L.1134-4 du Code du travail.

⁴ V.-A. Chappe, *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, Thèse, ENS, 2013.

Conclusion

L'approche proposée dans le cadre de ce travail s'est voulue délibérément critique. Il ne s'agit pas de considérer – loin de là – que tout serait négatif, contreproductif ou inefficace dans les dispositifs actuels de lutte contre les discriminations. Mais l'équipe de recherche reste convaincue que relever les présupposés des politiques publiques, leurs faiblesses, leurs lacunes, les écarts qu'elles présentent entre les objectifs poursuivis et les résultats qui se donnent à voir est l'une des meilleures méthodes pour les évaluer, en mesurer l'impact et, le cas échéant, servir de levier.

Les développements critiques conduits tout au long de cette étude peuvent donc paraître sévères à qui parcourt ne serait-ce que ses intitulés. Ceux-ci désignent des « *insuffisances* », « *absences* », « *manques* », « *limites* », « *obstacles* », autant que des « *verrous* ». Cette situation n'est pourtant pas due à un quelconque désintérêt des pouvoirs publics. Au contraire, inexistante il y a trente ans, la problématique de la lutte contre les discriminations est aujourd'hui omniprésente. Elle irrigue l'ensemble des champs du droit (social, pénal, commercial, civil, le droit de la fonction publique...). Elle préoccupe le législateur à tous les niveaux (international, européen, interne). Il s'ensuit une prolifération de textes ayant pour objet de lutter contre les diverses formes du phénomène discriminatoire, élaborés au coup par coup, et souvent difficiles à articuler. Ce profond et relativement récent investissement en faveur de la lutte contre les discriminations, constitue à l'heure actuelle, l'une des modalités privilégiées de réalisation de l'idéal égalitaire. C'est sous d'autres formes qu'il était antérieurement envisagé.

En France, les politiques publiques ont longtemps donné corps, ou tenté de donner corps, à l'État providence, construit au lendemain de la seconde guerre mondiale autour de cet idéal, à charge, pour la réflexion politique, d'en déterminer les contours. Mais, désormais, se conjuguent, d'une part, un recul de l'État providence – alors que l'aspiration égalitaire demeure culturellement prévalente – et, d'autre part, l'exigence d'intégrer un droit des discriminations d'origine principalement européenne, inspiré d'un projet politique d'essence libérale fondé sur une logique d'effacement des frontières. Tout se passe alors comme si le droit anti-discriminatoire et, au-delà de lui, la politique de lutte contre les discriminations, devenait un

palliatif de l'État providence ou, plus exactement, d'actions politiques ambitieuses de transformation de la société. L'idée d'intégrer la précarité sociale comme motif de discrimination interdite en est une parfaite illustration : ce ne serait rien de moins qu'une voie juridique détournée et *a priori* peu coûteuse pour tenter de faire face à des problèmes sociaux (accès au logement, accès à l'emploi, par exemple) que, politiquement, on est en mal de résoudre.

Vu sous cet angle, on conçoit que « l'effectivité » d'une lutte contre les discriminations qui serait conçue, somme toute, comme le cœur de l'action publique, apparaisse nécessairement insuffisante. Mais on peut aussi inverser la problématique et considérer qu'il est vain de demander à la lutte contre les discriminations davantage que ce qu'elle peut offrir. Il est indéniable que l'action contre les discriminations et le droit sur lequel elle est adossée doivent tenir toute leur place, une place importante, dans notre société. Améliorer l'un et l'autre doit sans aucun doute être un souci permanent des pouvoirs publics. Le jugement négatif que l'on peut porter sur l'effectivité de ce droit et de cette lutte doit donc être relativisé. Les résultats sont, certes, imparfaits. Mais la raison réside moins dans des faiblesses intrinsèques que dans le caractère probablement trop ambitieux des objectifs assignés à ce droit. S'il est vain de demander à la lutte contre les discriminations ce qu'elle ne peut apporter à la société, il est nécessaire en revanche que le politique retrouve ses lettres de noblesses et ses ambitions ; le droit ne peut en être que l'outil ; c'est à cette condition qu'il peut demeurer intelligible, cohérent, complet, accessible, et donc efficace.

Il n'en demeure pas moins que l'outil lui-même est perfectible. L'insistance attachée dans le cadre de cette étude aux obstacles à l'effectivité du droit des discriminations ne manque pas de révéler en négatif, ou encore de suggérer explicitement, de possibles améliorations. Sans doute une meilleure lisibilité d'un dispositif anti-discriminatoire rendu plus cohérent, éventuellement codifié, pourrait être utile aux praticiens. Un travail de sensibilisation des juges et de formation des avocats à la technique du droit de la non-discrimination devrait accompagner ce travail de restructuration législative. La pleine effectivité de ce droit requiert en effet une évolution des cadres de pensée des juristes afin de mieux appréhender des phénomènes discriminatoires souvent dissimulés.

Bibliographie

I. Thèses, monographies, rapports, recueils d'articles et dossiers de revues

Sommaire des contributions parues dans *Les freins à la lutte contre les discriminations*, Dossier thématique de la Revue des droits de l'homme, 2016, n°9, <https://revdh.revues.org/1791>

Thomas Dumortier et Tatiana Gründler et Jean-Marc Thouvenin, « Introduction », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016

Véronique Champeil-Desplats, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016

Sophie Grosbon, « Regard critique des comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016

Ioannis Rodopoulos, « L'absence de la précarité sociale parmi les motifs de discrimination reconnus par le droit français : un frein normatif à l'effectivité de la lutte contre les discriminations ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016

Serge Slama, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016.

Anne Danis-Fatôme, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016.

Frédéric Guimard, « L'action de groupe peut-elle contribuer à lever les freins à l'action contentieuse ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016

Nicolas Hoffschir et Vincent Orif, « La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016

Elsa Fondimare, « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016

Hilème Kombila, « Les entraves à l'approche « intersectionnelle » canadienne de la discrimination », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016

Patricia Rapi, « Le « contrôle abstrait » de constitutionnalité comme obstacle à l'identification des discriminations », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016

Eva Mendiña Gordón, « Le principe de liberté contractuelle, un frein à l'effectivité du droit de la non-discrimination dans l'accès au logement privé ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016

Lauren Leblond, « L'impératif de sécurité sanitaire comme justificatif d'une discrimination (L'exclusion des hommes homosexuels du don de sang) », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016

Dossiers de revues

« Travail de femmes et inégalités », *Revue de l'OFCE*, mars 2004

« Égalité et diversité », *Travail, Genre et Société*, n° 21, 2009

« La construction des discriminations », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004

« Discrimination positive », *Pouvoirs*, n° 111, 2004

« Usages de la diversité », *Raisons Politiques*, n° 35, 2009

« Discriminations et droit », Dossier spécial *Politix*, n°94, vol.24, 2011

« La traduction dans le droit des idées d'égalité/inégalité », *Droit et Cultures* n°65 (2015/1)

« Contrats et discriminations », Dossier, RDC 2010/4.

ABRAMSON B., *Article 2 : the right of non-discrimination*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, xviii + 153 p.

ALLEN R., *Employment Law and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, Lxvii + 514 p.

ASSOCIATION H. CAPITANT, *La discrimination*, 2001, Journées franco-belges de Paris et Gand : Paris, SLC, 2004, 942 p.

ATD Quart Monde France, Institut de recherche et de formation aux relations humaines et ISM Corum, *Discrimination et pauvreté. Livre blanc : analyse, testings et recommandations*, Octobre 2013.

AUVERGNON P. (dir.), *Genre et droit social*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2008, 406 p.

BAMFORTH N. et al., *Discrimination Law: theory and context*, Sweet and Maxwell, 2008, Lxv + 1300 p.

- BENICHOUS S., *Le droit à la non-discrimination « raciale » instruments juridiques et politiques*, Thèse Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2011, 647 p.
- BENN M. W., *La diversité contre l'égalité*, Ed. Liber, 2009
- BLEICH E., *Race Politics in Britain and France: Ideas and Policymaking since the 1960s*, Cambridge University Press, 2003
- BORENFREUND G., VACARIE I., *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, 206 p.
- BORRILLO D. (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, coll. « Recherches », Paris, 2003, 201 p.
- BORRILLO D. (dir.), *HALDE : actions, limites et enjeux*, La Documentation française, coll. « Etudes et Recherches », 2007, 103 p.
- BORRILLO D., FORMOND Th., *Homosexualité et discriminations en droit privé*, La Documentation française, 2007, 276 p.
- BUI-XUAN O., *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, Paris, 2004, 533 p.
- BUNEL M., ENE E., L'HORTY Y., PETIT P., *Effets de quartier, discrimination territoriale et accès à l'emploi - Les résultats d'un testing*, Les documents de l'ONZUS, 2013, (disponible à : http://www.ville.gouv.fr/IMG/pdf/document_onzus_n4_effets_de_quartier_-_discrimination_territoriale.pdf)
- CABRELLI D., *Employment Law*, Pearson Longman, 2010, xxii + 184 p.
- CALS S., *La discrimination à rebours en droit communautaire*, Thèse de droit, Université de Toulouse I, 2001, 568 p.
- CALVES G., *La discrimination positive*, PUF, coll. QSJ, 2010 (3e édition), 128 p.
- CAMAJI L.-E., *La personne dans la protection sociale, Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2008, 502 p.
- CASTEL R., *La discrimination négative. Citoyens ou indigènes ?*, Seuil, coll. « La République des idées », 2007, 129 p.
- CARLES-BERKOWITZ I., « Le droit et les jeunes d'origine étrangère. Une approche par genre des phénomènes de socialisation juridique », L'Harmattan, Paris, 2007, 291 p.
- CAUMES C., *L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux*, thèse Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2010, 343 p.
- CEDIEY E., ARGANT S., *Testing sur le parc locatif privé du département de l'Essonne*, Conseil Général de l'Essonne, 2014, 24 p. (disponible à : http://www.ardis-recherche.fr/files/files_file_109.pdf)
- CENTRE BELGE POUR L'EGALITE DES CHANCES ET LA LUTTE CONTRE LE RACISME, *Prouver la discrimination, La mise en œuvre dynamique de la législation de l'UE sur l'anti-discrimination : le rôle des organismes spécialisés, Rapport de la première réunion d'experts, 14-15 janvier 2003*
- CHAPPE V.-A., *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, Thèse, ENS, 2013, 737 p. (disponible à : <https://tel.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/977374/filename/Chappe2013.pdf>)
- CHAPPE V.-A., *La genèse de la HALDE : un consensus à minima*, Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2010, 196 p.
- CLUZEL-METAYER S., MERCAT-BRUNS M., *Discriminations dans l'emploi – Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, La Documentation Française, 2011, 120 p.
- CNCDH, *La lutte contre le négationnisme : bilan et perspective de la loi du 13 juillet 1990*, La documentation française, 2003, 121 p.
- Commission européenne, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, « *Study on the use of age, disability, sex, religion or belief, racial or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors* », Final Report, Part III : Annexes, prepared by Civic Consulting, July 16th, 2010, 250 p.
- Commission européenne, DG Employment., Social Affairs and Equal Opportunities., « *Study on the use of age, disability, sex, religion or belief, racial or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors* », Final Report, Part I : Main Report, July 16th, 2010, 176 p.
- Conseil de l'Europe, *Vivre en dignité au XXI^e siècle, Pauvreté et inégalité dans les sociétés de droits humains : le paradoxe des démocraties*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2013.
- Cour de cassation, *Rapport annuel de la 2008, Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française 2009
- DAUPHIN S., SENAC-SLAWINSKI R. (dir.), « *Gender Mainstreaming. De l'égalité des sexes à la diversité ?* », *Cahiers du Genre*, n° 44/2008, avril, 270 p.
- DEBET A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, Paris, 2002, 1014 p.

- DECHENEAUD D., *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, Paris, 2008, 606 p.
- Défenseur des droits, *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, Rapport, Mai 2016, 304 p.
- DESAULNAY O., *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, Paris, 2009, 852 p.
- DIJOUX R., *La contractualisation des droits fondamentaux*, Logiques juridiques, L'Harmattan, Paris, 2012, 584 p.
- DOCKES E., *Droit du travail*, Hypercours Dalloz, 4^{ème} édition, Paris, 2009, viii + 699 p.
- Doytcheva M., *Une discrimination à la française ? Ethnicité et territoire dans les politiques de la ville*, La Découverte, 2007, 228 p.
- DUBOUT E., *L'article 13 TCE -La Clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse de droit public, Université de Rouen, 2004, 739 p.
- DUBOUT E., *L'article 13 du traité CE : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, Bruxelles, 2006, xiii + 845 p.
- DUBUJADOUX B., *Le droit à la différence en droit public français*, thèse Université Paris V, 2003, 344 p.
- DUMAS R., *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, L'Harmattan, Paris, 2008, 544 p.
- EYDOUX L., *L'intégration professionnelle des jeunes femmes diplômées issues de l'immigration. Une étude de cas en région parisienne*, L'Harmattan, 2013, 340 p.
- EZAHRAOUI-AIT EL BACHA A., *Le juge européen des droits de l'homme et le principe de non-discrimination*, thèse de droit public, Université de Dijon, 2004, 618 p.
- FASSIN D., Fassin E. (dir.), *De la question sociale à la question raciale ? Représenter la société française*, La Découverte, 2006
- FASSIN E., HALPERIN J.-L. (dir.), *Discriminations : pratiques, savoirs et politiques*, La Documentation française, 2008, p. 131-148
- FINES F., GAUTHIER C., GAUTIER M. (dir.), *La non-discrimination entre les européens*, Pedone, 2012, 286 p.
- FORTIS E., COEURET A., *Droit pénal du travail*, Litec, Paris, 5^{ème} éd., 2012, 566 p.
- GARCIA K., *Le droit civil européen*, Larcier, Paris, 2008, 674 p.
- GARNER H., RECOULES M., *Égalité, diversité, discrimination. Étude de 80 accords d'entreprise sur la diversité, Document d'étude de la DARES*, n°182, Juin 2014, 63 p. (disponible à : <http://travail-emploi.gouv.fr/etudes-recherches-statistiques-de,76/etudes-et-recherches,77/publications-dares,98/documents-d-etudes,327/2014-182-egalite-diversite,17767.html>)
- GAUDEMET S., *La clause réputée non écrite*, Economica, Paris, 2006, 380 p.
- GIUDICCELI-DELAGE G., *Les transformations de la preuve pénale, Perspectives comparées. Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, États-Unis*, vol. n°12, Société de législation comparée, coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris 1, 2006, 374 p.
- GUEZOU O., MANSON S., *Droit public et handicap*, Dalloz, 2010, 344 p.
- GUIOMARD F., ROBIN-OLIVIER S. (dir.), *Diversité et discriminations raciales : une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009, 120 p.
- GUIOMARD F., SERVERIN E., *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité, Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extraits de la base JURICA (2007-2010)*, Décembre 2013, Mission de recherche Droit et Justice.
- HAMEL C., MOISY M., *Immigrés et descendants d'immigrés face à la santé*, INED, Document de travail, n°190, 2013
- HAMMAN P., FRANK C., *Quelle mise en oeuvre de la directive européenne contre les discriminations raciales ? Une comparaison France, Espagne, Royaume-Uni*, éditions De Boeck, collection Ouvertures sociologiques, 2014, 228 p.
- HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M. (dir.), *La loi et le genre, Etudes critiques de droit français*, CNRS Editions, 2014, 1000 p.
- HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, Paris, 2003, xiv + 555 p.
- JACQUEMET N., EDO A., *La discrimination à l'embauche sur le marché du travail français*, Editions ENS, 2013, 80 p.
- LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris, 2000, 592 p.
- LOCHAK D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Les voies du droit, PUF, Paris, 2010, 256 p.

- MANIGOT V., *Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise : réflexions sur un risque*, LexisNexis, 2012
- MARTIN D., *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire - Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 669 p.
- MAURIN L., *Contrat et droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2013, 540 p.
- MERCAT-BRUNS M., *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Dalloz, 2013, 300 p.
- MEURS D., *Hommes/femmes : une impossible égalité professionnelle ?*, Editions ENS, 2014, 106 p.
- MEYNAUD H. Y., *La mixité au service de la performance économique : « conciliation » ou conflit ?*, L'Harmattan, 2009, 261 p.
- MOUTEL B., *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse Université de Limoges, 2006, 495 p.
- MUTABAZI E., Pierre P., *Les discriminations*, Economie & Société, Coll. idées reçues, 2010, 128 p.
- NEIRINCK C. (dir.), *Droits de l'enfant et pauvreté*, Dalloz, 2010, 188 p.
- ONU, Document NU E/C.12/GC/20 du 2 juillet 2009, *Observation générale n° 20 : La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*.
- ONU, *Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme*, présentés par la rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, Madame Sepulveda Carmona, le 18 juillet 2012 (A/HRC/21/39), et adoptés par consensus le 27 septembre 2012 par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU (A/HRC/RES/21/11).
- PECAUT-RIVOLIER L., *Rapport sur les discriminations collectives en entreprise*, remis par au ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, ministre des droits des femmes, porte-parole du gouvernement et ministre de la Justice, décembre 2013
- PELISSON E., *Les discriminations*, Ellipses, coll. « Transversale Débats », 2007, 176 p.
- POTVIN-SOLIS L. (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne. Septièmes journées d'études du pôle européen Jean Monnet, novembre 2006*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 700 p.
- RAYNAUD J., *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 439 p.
- REDOR-FICHOT M.-J. (dir.), *Roms, tsiganes et gens du voyage*, Mare & Martin, 2013, 300 p.
- REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, LGDJ, coll. « A droit ouvert », 2013, 270 p.
- ROBIN-OLIVIER S., *Le principe d'égalité en droit communautaire - Étude à partir des libertés économiques*, PUAM, 1999, 552 p.
- SABBAGH D., *L'Égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003, 452 p.
- SCHWEITZER L., *Les discriminations en France*, Laffont, Paris, 2009, 191 p.
- SALA PALA V., *Discriminations ethniques – les politiques du logement social en France et au Royaume-Uni*, Presses Universitaires de Rennes, 2013, 304 p.
- SENAT, *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, Rapport d'information n°94 (2014-2015), de Mme E. BENBASSA et M. J.-R. LECERF, fait au nom de la commission des lois.
- SENAT, Rapport n° 507 (2014-2015) de M. P. KALTENBACH, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur la proposition de loi de M. Y. VAUGRENARD et plusieurs de ses collègues visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale, déposé au Sénat le 10 juin 2015.
- SIMON P., CLEMENT M., *Rapport de l'enquête "mesure de la diversité". Une enquête expérimentale pour caractériser l'origine*, Documents de travail de l'INED, n° 139, 2006, 68 p. + annexes.^[1]^[2]^[3]^[4]^[5]^[6]^[7]^[8]^[9]^[10]^[11]^[12]^[13]^[14]^[15]^[16]^[17]^[18]^[19]^[20]^[21]^[22]^[23]^[24]^[25]^[26]^[27]^[28]^[29]^[30]^[31]^[32]^[33]^[34]^[35]^[36]^[37]^[38]^[39]^[40]^[41]^[42]^[43]^[44]^[45]^[46]^[47]^[48]^[49]^[50]^[51]^[52]^[53]^[54]^[55]^[56]^[57]^[58]^[59]^[60]^[61]^[62]^[63]^[64]^[65]^[66]^[67]^[68]^[69]^[70]^[71]^[72]^[73]^[74]^[75]^[76]^[77]^[78]^[79]^[80]^[81]^[82]^[83]^[84]^[85]^[86]^[87]^[88]^[89]^[90]^[91]^[92]^[93]^[94]^[95]^[96]^[97]^[98]^[99]^[100]
- SINOPOLI L., OMARJEE I., *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Dalloz, 2014, 292 p.
- SOCIETE FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, A. Pedone, Paris, 1998, 344 p.
- SUDRE F., SURREL H. (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 474 p.
- SURREL H., SUDRE F., *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Anthemis, 2008, 480 p.

SWEENEY M., *L'égalité en droit social. Au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Thèse de droit privé, Université Paris Ouest-Nanterre-La Défense, 2010, 783 p.

THARAUD D., Contribution à une théorie générale des discriminations positives, PUAM, 2013, 610 p.

TOBLER Christa, *Limites et potentiels du concept de discrimination indirecte*, Rapport à la Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, septembre 2008.

WEIL P., *La République et sa diversité. Immigration, Intégration, Discrimination*, Paris, Le Seuil, coll. « La République des Idées », 2005, 111 p.

II. Articles

ABADIE L., « Convention européenne des droits de l'homme et contentieux contractuel », *Dr. et patrimoine*, 2010, n°194, p. 78.

ARNAL P. et DURAND R. (dir.), Dossier « Segmentation et non-discrimination dans l'assurance », *Risques* n°87/septembre 2011, p. 31

BARON F., OMARJEE I., « Dialogue autour de l'égalité dans le droit social de l'Union européenne », Les petites affiches, 14-15 juillet 2008, n°140-141, p. 7.

BEAUCHEMIN C., HAMEL C., LESNE M. et SIMON P., « Les discriminations, une question de minorités visibles », *Population et sociétés*, n° 466, avril 2010

BELLOIR Ph., « Les difficultés de preuve des motifs discriminatoires », GP 8-11 mai 2013, n°128 à 131, p. 2027

BENDICK M. Jr., « Situation Testing for Employment Discrimination in the United States », *Horizons stratégiques*, n° 5, juillet 2007, pp. 17-39.

BENNOUNE K., « Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels comme outil de lutte contre la discrimination à l'égard des femmes : considérations générales et étude de cas sur l'Algérie », *Rev. Internationale des sciences sociales*, 2005, n° 184, pp. 385-403.

BERENI L., « Le discours de la diversité en entreprise : genèse et appropriations », *Sociologie pratique*, n°23, 2011/2012, pp. 9-19.

BERENI L., « Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise. La transformation d'une contrainte juridique en catégorie managériale », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, p. 87-105.

BERNARD N., « Le secteur du logement à l'épreuve des réglementations antidiscrimination », *Les échos du logement*, n° 5, 2006, p. 2

BERTHOU K., « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010 », *Revue de droit du travail*, n° 11, novembre 2010, pp. 635-641.

BORGETTO M., « Egalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », Dossier : Politiques de lutte contre les discriminations, *Informations sociales*, 2008, n° 148, p. 8-17.

BORRILLO D. « La lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit européen et français : égalité et discrimination : EU, France, Europe », *Droit et cultures*, 2005, n° 49, p. 129-145.

BORRILLO D., CHAPPE V. -A., « La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : un laboratoire juridique éphémère ? », *Revue française d'administration publique* 2011/3 (n° 139), p. 369-380.

BOSQUET A. et autres, « Le vote des sujets ayant des altérations des fonctions cognitives : aspects législatifs et éthiques », *Psychologie et neuropsychiatrie du vieillissement*, 2010, vol. 8, n° 1, pp. 33-42.

BOSSUYT M., « Article 14 », in PETTITI L.E., DECAUX E., IMBERT P.-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2003, Economica, p. 475

BOUCHAREB R., « L'action syndicale face aux discriminations ethno-raciales », *Sociologie pratique*, n°23, 2011/2012, pp. 69-81.

BOUMAHDJ R., « Droit et économie de la discrimination sur le marché du travail », *Travail et Emploi*, 2005, n° 104, p. 55-68.

BOUVIER G., NIEL X., « Les discriminations liées au handicap et à la santé », INSEE, *Enquêtes et études démographiques*, n° 1308, juillet 2010 (disponible à : http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip1308)

BOUZAT P., « La loyauté dans la recherche des preuves » in *Mélanges Hugueney. Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey, 1964, p. 172.

BURNIER F., PESQUINE B., « Test de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques*, n° 5, juillet 2007, pp. 60-67.

- CALVES G., « Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009) », *Revue de droit sanitaire et social*, 2009, n°6, pp. 991-1002.
- CALVES G., « Le cas du droit de la non-discrimination », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, J.-B. AUBY (dir.), Dalloz, 2010, p. 485.
- Calvès G., « Au service de la connaissance et du droit : le testing », *Horizons stratégiques*, La Documentation française, 2007/3 n° 5, p. 12
- CARADEC V., LEFRANÇOIS C., POLI A., « Quand la discrimination et la diversité se déclinent selon l'âge : émergence, appropriations, ambivalences », *Cahiers internationaux de sociologie*, n° 127, 2009, p. 223-245.
- CARLES I., « L'élaboration des politiques publiques de lutte contre les discriminations raciales: trois exemples européens », *Asylon(s)* n°5, Septembre 2008, en ligne.
- CARLES I., « Usage du droit et discriminations multiples : le genre des plaintes visant à lutter contre les discriminations raciales », *Ce que le genre fait à la psychanalyse*, Champ psy, 2010, n° 58, pp. 175-197.
- CARLES I., « Les discriminations multifactorielles fondées sur le genre et l'origine ethnique. Les leçons du projet européen GendeRace », *Revue Hommes et Migrations*, 2011, n°1292, pp. 48-56.
- CEDIEY E., « Questions sur la mesure : que mesure-t-on ? Pour quoi ? Comment ? », Intervention d'ouverture du colloque *La mesure des discriminations liées à l'origine*, ISM- Corum, Lyon, 22 octobre 2007, 5 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « La politique antidiscriminatoire de l'Union européenne », in BORRILLO D. (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Vol.1., La Découverte, Paris, 2003, p. 139-152.
- CHAPPE V.-A., « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologie pratique*, n°23, 2011/2012, pp. 45-55.
- CHAPPE V.-A., « Le cadrage juridique, une ressource politique ? La création de la HALDE comme solution au problème de l'effectivité des normes anti-discrimination (1998-2005) », *Politix* 2011/2 (n°94), p. 107-130
- CHASSAGNARD-PINET S., « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel, Contrat et Convention européenne des droits de l'homme », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, Paris, 2008, p. 230.
- CHASSANG C., « Étrangers et discriminations en droit pénal », in *Droit international et nationalité*, Pedone, Paris, 2012, p. 443.
- Chiss R., « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité. Réflexions sur l'inégalité des armes », *JCP S* 2010 1339
- Cluzel-Métayer L., « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309.
- COEURET A., « Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations », in *Les droits et le droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 221.
- COGNET M. et autres, « Entre droit aux soins et qualité des soins », Dossier : Santé et droits des étrangers : réalités et enjeux, *Hommes & migrations*, 2009, n° 1282, p. 54.
- COLLET-ASTRI L., « Testing or not testing ?, la chambre criminelle de la Cour de cassation valide le mode de preuve, serait-il déloyal... », *D.*, 2003, p. 1309-1314.
- DANTI-JUAN M., entrée « Discriminations », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2016.
- DAUGAREILH I., « Les discriminations multiples : une opportunité pour repenser le droit à la non-discrimination », Dossier : Les discriminations au féminin pluriel, *Hommes et migrations*, 2011, n° 1292, p. 34-46.
- DE BECO G., « Le protocole n°12 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2010, p. 591.
- DE FONTBRESSIN P., « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, LGDJ-Bruylant, Paris-Bruxelles, 1995, p. 158.
- DE SCHUTTER O., « Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination », in *Prouver la discrimination, la mise en œuvre dynamique de la législation de l'UE sur l'anti-discrimination : le rôle des organismes spécialisés Bruxelles*, secrétariat Equinet/Migration Policy Group, 2003, pp. 22-37.
- DE VAUPLANE H., « La banque et la discrimination », *RDBF*, janv-fév 2013, p 102-109.
- Désidéri J.-P., « Les discriminations dans le choix de son contractant », *Droit et patrimoine* 1998, n°60 p. 52
- DESORTES F., « Discrimination », *J.-Cl. Pénal* 2006
- DIJOUX R., « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux », *LPA*, 2011, n°214, p. 12.
- DUBE R., « La fonction du droit criminel moderne : de la protection de la société à la stabilisation des attentes normatives », *Droit et société*, 2012, n°82, pp. 661-688
- DUBUISSON B., « Solidarité, segmentation et discrimination en assurances », *Mélanges Bigot*, LGDJ Lextenso 2010 p. 105
- DUMAS R., « Les droits fondamentaux : source nouvelle de la matière commerciale », *J.-Cl. Commercial*, Fasc. 30, 2007.

DUPRAY A., MOULLET S., « Discrimination statistique à l'embauche et apprentissage des employeurs : une analyse selon le genre », CEREQ, Net.doc, n° 106, 2012, 39 p. (disponible à : <http://www.cereq.fr/index.php/publications/Net.Doc/Discrimination-statistique-a-l-embauche-et-apprentissage-des-employeurs-une-analyse-selon-le-genre>)

EWALD F., « À quelles conditions la sélection d'un risque constitue-t-elle une discrimination ? », in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, Mélanges Lambert*, Dalloz, 2002, p. 167.

FALCOZ C. et BECUWE A., « La gestion des minorités discréditables : le cas de l'orientation sexuelle », *Travail, genre et sociétés*, n° 21, 2009, p. 69-89.

FASSIN D., « L'invention française de la discrimination », *Revue française de science politique*, vol. 52-4, août 2002, p. 403-423.

FERCOT C., PICHARD M., « L'identification des motifs de discrimination dans la loi. Étude légistique », Colloque annuel ARDIS : *Discriminations : état de la recherche : Critères, catégories et stéréotypes*, 9 octobre 2015 http://www.ardis-recherche.fr/files/files_file_171.pdf.

FERRE N., « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme : la construction des discriminations », *Sociétés contemporaines*, 2004, n° 53, p. 33-55.

FORTIS E., « Répression pénale de la discrimination syndicale et écoulement du temps », *Droit ouvrier*, 2005, p. 234.

FORTIS E., « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *AJ pénal*, 2008, p. 303.

FOULON-PIGANIOL J., « Réflexions sur la diffamation raciale. Éléments constitutifs du délit et imperfections du texte actuel », *D. 1970, chron.*, p. 133.

GARRONE P., « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTD*, 94, p. 425.

GAUDU F., « Droit du travail et religion », *Droit social*, 2008, n°9-10, pp. 959-968.

GRASS E., « Discriminations en fonction du sexe dans les assurances : les contre-pieds de l'arrêt Test-Achats », *Droit social*, 2011, n° 6, p. 689-693.

GROSBON S., « La décision *Test-achats contre Belgique* (CJUE 1er mars 2011) à l'aune de l'analyse féministe du droit: proposition de lectures d'un exemple concret », in Régine, *Ce que le genre fait au droit*.

GUIRAUDON V., « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive « race » », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004, p. 11-32.

HEATH A., LIEBIG T., SIMON P., « Discrimination envers les immigrés – mesures, incidence et instruments politiques » in *Perspectives des migrations internationales 2013*, OECD Publishing, 13 juin 2013, pp. 203-246.

HENNETTE-VAUCHEZ S., « [Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires du voile](#) », *AJDA*, 2012, pp. 163-167.

HYNES P., LAMB M., « The sociology of human rights », *Sociology*, 2012, vol. 46, n° 5197.

ICELAND J., DOUZET F., « Mesurer la ségrégation raciale et ethnique dans les milieux », *Hérodote*, 2006/3, pp. 25-43.

ILIOPOULOU-PENOT A., « Conv. EDH, art. 14 : Non-discrimination », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2014.

IZORCHE M.-L., « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 53 et s., n° 33, p. 65.

KARSENTI J., « Contrôle d'identité : comment lutter contre le contrôle au faciès », *Gaz. du pal.*, janvier 2012, n°13-14, pp. 19-20.

KELLER M., « La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations », *D. 2002 chron.*, p. 1355.

KIOUS B., « Genetic non discrimination and Health care as an Entitlement », *The Journal of medicine and philosophy*, 2010, vol. 35, n° 2, p. 86-100.

KOMBILA H., « Les entraves à l'approche « intersectionnelle » canadienne de la discrimination », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 07 mars 2016. URL : <http://revdh.revues.org/205>

KOURILSKY-AUGEVEN C., DEYSINE A., « Egalité et Discrimination : États-Unis, France, Europe », *Droit et Cultures*, n°49, 2005/1.

KOURILSKY-AUGEVEN C., BONNAN J.-C., « Quotas, réservations et discrimination positive en Inde », *Droit et Cultures*, n°53, 2007/1.

LABELLE M., « Lecture du débat sur les accommodements raisonnables », *Globe*, 2007, vol. 10, n° 1, pp. 121-136.

- LAGARDE X., « Variations sur l'actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales », *Sem. soc.* Lamy 2007, n°1312, p. 7.
- LANQUETIN M.-T., « Un tournant en matière de preuve de discrimination », *Droit social*, n° 6, 2000, p. 589.
- LANQUETIN M.-T., « Discriminations à raison du sexe. Sur la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve », *Droit social*, 1998 p. 688.
- LANQUETIN M.-T., « La preuve de la discrimination, l'apport du droit communautaire », *Droit social*, 1995, p. 435.
- LANQUETIN M.-T., LATRAVERSE S. et PATARIDZE N., « Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve », *Note n°2 du GELD*, oct. 2000, p. 4.
- LANQUETIN M.-T., « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés* 2009/1 (N° 21), p. 91-106
- LANTERO C., « L'impact de la reconnaissance institutionnelle des minorités sur la discrimination », *RDP*, 2008, n° 3, p. 891.
- LASSERRE CAPDEVILLE J., MOUREY L., « Le banquier dispensateur de crédit face au risque de discrimination », in J. LASSERRE CAPDEVILLE et M. STORCK (dir.), *Le crédit : aspects juridiques et économiques*, Dalloz, Coll Thèmes & commentaires, 2012, pp. 57-66.
- LATRAVERSE S., « L'ouverture de la jurisprudence en matière d'accès à la preuve : le défi de la mise en œuvre du droit de la discrimination en France », Documentation pour le séminaire^[1] « Lutte contre les discriminations dans la pratique », E.R.A. (Académie du droit européen), Trèves, 8-9 mai 2006, 7^[1]_{sep}pp.
- LAUFER J., « L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est-elle soluble dans la diversité ? », *Travail, genre et sociétés*, n° 21, 2009, pp. 29-54.
- LAUFER J., SILVERA R., « L'égalité des femmes et des hommes en entreprise. De nouvelles avancées dans la négociation ? », *Revue de l'OFCE*, 2006.
- LE BERRE C., « Les gens du voyage : une catégorie ambiguë, source de discrimination indirecte », *RDP*, 2012, n°4, p. 1078.
- LECLERC O., « Égalité des personnes et modes de preuve. À propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations », in G. BOREUNFREUND, I. VACARIE, *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz, 2013, Thèmes et commentaires, p. 77.
- LEJEUNE A., ORIANNE J.-F., « Choisir des cas exemplaires : la Strategic litigation face aux discriminations », *Déviance et société*, 2014, vol. 38, n° 1, p. 55-76.
- LEGER N., « Preuve du harcèlement moral et de la discrimination : précisions jurisprudentielles », *JCP S.*, 2009, p. 602.
- LEMAIRE F., « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *Revue française de droit administratif*, 2010, p. 301.
- LENAERTS K., « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *CDE*, 1991, p. 3.
- LHERNOULD J.-Ph., « Le chantier des discriminations en raison de l'âge », *Revue de jurisprudence sociale*, 2007, p. 595.
- LHERNOULD J.-P., « Non-discrimination en raison de la nationalité en matière sociale », *Droit social* 2011, n° 6, p. 694-703.
- LHERNOULD J.-P., « Les discriminations indirectes fondées sur le sexe et la Cour de cassation », *Revue de jurisprudence sociale*, 2012, p. 731.
- LOCHAK D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987, p. 778-790.
- LOCHAK D., « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », in FENET A., SOULIER G. (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, L'harmattan, Paris 1989, p. 111-184.
- LOCHAK D., « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », *Dr. soc.* 1990, p. 76.
- LOCHAK D., « La race : Une catégorie juridique ? », *Mots*, n° 33, 27, 1992, p. 291.
- LOCHAK D., « Loi du marché et discrimination » in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, 2003, p. 15
- LOTTE L., SERAPHIN G., « Le handicap psychique : un concept ? Une enquête auprès de la population majeure protégée : handicaps : entre discrimination et intégration », *Ethnologie française*, 2009, vol. 39, n° 3, pp. 453-462.
- LYON-CAEN G., « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge : l'âge en droit social », *Droit social*, 2003, n° 12, p. 1047-1050.
- LYON-CAEN A., « Variations sur la discrimination ou le pluriel derrière le singulier », in BORENFREUND G., VACARIE I. (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, p. 51.
- MADOU M., « La couleur de l'emploi. Marché du travail et discrimination à l'embauche », *Sociologia del Lavoro*, n°95, 2007, pp. 42-56.

- MARGUENAUD J.-P., « L'assujettissement du contrat à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDciv.*, 2009, p. 281.
- Martin D., « Discriminations, entraves et raisons impérieuses dans le traité CE, trois concepts en quête d'identité », *Cahiers de droit européen*, 1998, p. 261 et 561.
- MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? : Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, pp. 585-608.
- MAZOUZ S., « Ni juridique, ni politique. L'anti-discrimination en pratique dans une Commission pour la promotion de l'égalité des chances et la citoyenneté : faire avec ou défaire le Droit en fabriquant du droit », *Droit et société*, 2014, n°86, p. 11.
- MENDUINA GORDON E., « Copropriété, accessibilité et non-discrimination : vers une obligation d'aménagement raisonnable ? », *Revue de droit sanitaire et social*, n°3, mai-juin 2011.
- MERCAT-BRUNS M., « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », *Revue de droit du travail*, n°6, 2007, p. 360.
- MERCAT-BRUNS M., « Discrimination fondée sur le sexe aux EU : une notion juridique sous tensions : variations France/EU », *Travail, genre et sociétés*, 2012, n° 28, p. 63-87.
- MERCAT-BRUNS M., « La personne au prisme des discriminations indirectes », *Dalloz*, 2013, p. 2475.
- MERCAT-BRUNS M., « Discrimination fondée sur l'âge et fin de carrière », *Retraite et société*, n° 36, 2002, p. 109-135.
- MICHEA F., « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge : retour sur la jurisprudence récente de la CJUE », *Droit social*, 2010, p. 1060.
- MINE M., « Le régime probatoire de la discrimination », In *Lutte contre la discrimination : les nouvelles directives de 2000 sur l'égalité de traitement*, Documentation pour le séminaire organisé par l'Académie de droit européen et la Commission européenne, Trèves, 1er-2 octobre 2004, 11 p.
- MINE M., « Discrimination (accès à la preuve) : le rôle confirmé de l'inspecteur du travail devant le juge civil » (note d'arrêt), *Revue de droit du travail*, 2014, p. 188.
- MINE M., « La discrimination raciale dans l'emploi et la formation professionnelle à l'épreuve du droit : lutte contre des discriminations raciales : le rôle de la formation », *Actualités de la formation permanente*, 2005, n° 194, p. 50-54.
- MINET C., « Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail », *JCP E.*, 2003, pp. 894-897.
- MOLINA E., « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *Revue de sc. crim.*, avril-juin 2002, pp. 263-282.
- MONFORT, J.-Y., « Pratiques administratives : le regard de la HALDE », in *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, SAULNIER-CASSIA E., TCHEN V. (dir.), Dalloz, 2009.
- MORAND E., « Agir sur les discriminations en entreprise », *Sociologie pratique*, n°23, 2011/2012, pp. 83-94.
- MOREAU M.-A., « Les justifications des discriminations », *Droit social*, n°12, décembre 2002, p. 1112
- MORRI J., « La Cour suprême des États-Unis souffle le chaud et le froid sur le traitement juridique de la discrimination raciale », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 14 septembre 2013.
- NOGUERO D., « Sélection des risques. Discrimination, assurance et protection des personnes vulnérables », *RGAT* 2010 p. 633
- PETIT P., « Comment évaluer la discrimination à l'embauche ? », *Revue Française d'Économie*, vol. 17, n° 3, 2003, pp. 55-87.
- PEZERIL C., « Paradoxe de la lutte contre les discriminations : la question de la visibilité des personnes séropositives », *Sociologie pratique*, n°23, 2011/2012, pp. 31-44.
- PORTA J., « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », *RDT* 2011, p. 290 et « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation », *RDT* 2011, p. 354.
- PORTA J., « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité », in BORENFREUND G., VACARIE I., (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, p. 9.
- QUARANTA A., « L'emprise de la discrimination », *Juris tourisme* (Dalloz), 2014, n°170, p. 19.
- RICHARD J.-L., « Présomption de discrimination à l'encontre des enfants d'immigré(s) africain(s) », *Migrations Société*, vol. 18, n° 105-106, mai-août 2006.
- ROBIN-OLIVIER S., BARON C., « Fédéralisme et dialogue sur l'égalité : une comparaison des droits des EU et de l'UE : Egalité et discrimination : EU, France, Europe », *Droit et cultures* 2005, n° 49, p. 147-166.

- ROMAN D., « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante en droit français », D. 2013, chr., p. 1911.
- ROMAN D., GRÜNDLER T., « L'éducation sexuelle devant le comité européen des droits sociaux : entre protection de la santé et lutte contre les discriminations », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, pp. 685-703.
- SENAC-SLAWINSKI R., « L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'emploi : réflexions sur l'évolution récente du droit français : droit et politique face aux inégalités de genre », *Droit et société*, 2006, n° 62, p. 67-93.
- SHEPPARD C., « Visualiser l'évolution de la législation contre les discriminations et les inégalités et élargir la notion d'inégalité dans le droit international du travail », *Revue internationale du travail*, 2012, vol 151, n° 1-2, p. 1-23.
- SILBERMAN R., FOURNIER I., « Jeunes issus de l'immigration : une pénalité à l'embauche qui perdure », *Bref du Céreq*, 2006, n° 226.
- SIMON P., « Statistiques 'ethniques' et lutte contre les discriminations », Actes de la conférence internationale « Statistiques sociales et diversité ethnique. Doit-on compter, comment et à quelles fins ? », CIQSS/INED, Montréal, 6, 7 et 8 décembre 2007, 18^{SEP} p.
- SIMON P., MADOU M., « Le marché du travail à l'épreuve des discriminations », *Sociologie pratique*, n°23, 2011/2012, pp. 1-7.
- SIMON P., « L'évaluation des discriminations par la statistique en France », in M. Boucher (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, Paris, L'Harmattan, 2001, pp. 491-508.
- SIMON P., « La mesure des discriminations ethniques et raciales : comparaisons internationales », in *Discriminations : pratiques, savoirs et politiques*, in FASSIN E. et HALPERIN J.-L. (dir.), La Documentation française, 2008, p. 131-148.
- SIMON P., « Les statistiques, les sciences sociales françaises et les rapports sociaux ethniques et de "race" », *Revue française de sociologie*, 49-1, 2008, pp. 153-162.
- SIMON P., ESCAFRET-DUBLET A., « Représenter la diversité en politique. Une reformulation de la dialectique de la différence et de l'égalité par la doxa républicaine », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, p. 125-141.
- THIBAULT J.-P., « Discriminations et droit du travail dans l'entreprise. Présentation de la réglementation en vigueur », *Humanisme et entreprise*, 2009, n° 295, p. 1-11.
- SIMON P., CLEMENT M., « Comment décrire la diversité des origines en France ? Une enquête exploratoire sur les perceptions des salariés et des étudiants », *Population et Sociétés*, n° 425, juillet-août 2006, 4 p.
- SLAMA S., « Délégitimer les discriminations fondées sur la nationalité », in *Défendre la cause des étrangers en justice*, GISTI, Dalloz, 2009
- SLAMA S., « La discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *AJFP*, n°4/2003, pp. 4-9.
- SLAMA S., « Toute discrimination entre ressortissants de l'Union européenne, même indirecte, est interdite », note sous CE 18 octobre 2002 *Spaggiari*, *AJ Fonction publique*, n°2/2003, p. 12.
- SLAMA S., « Délégitimer les discriminations fondées sur la nationalité. Une stratégie politique et contentieuse », in *Défendre la cause des étrangers en justice*, sous l'égide du Gisti, Dalloz-Gisti, coll. « Thèmes & commentaires », 2009, pp. 99-125.
- SLAMA S., « L'accès des enfants entrés en dehors du regroupement familial aux prestations familiales. Le droit et le déni du droit », *AJ Famille*, 2009, p. 289.
- SLAMA S., « L'obstacle constitutionnel » in *Commission alternative de réflexion contre les « statistiques ethniques » et les discriminations (CARSED)*, *Le retour de la race. Contre les « statistiques ethniques »*, L'aube, sept. 2009, pp. 193-202.
- SLAMA S., « Cristallisation des pensions et contrôle de constitutionnalité : le milieu du gué de la QPC n° 1 (Cons. const. 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC *consorts Labane*) », *Constitution*, n°3, juil-sept. 2010, p. 441.
- SOUVIGNET X., « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, n° 2, 2013, pp. 315-325.
- STIRN B., « Le juge administratif et les discriminations », in *Dix ans de droit de la non-discrimination*, Colloque organisé par le Défenseur des droits, 5 octobre 2015 (disponible sur le site du Conseil d'Etat).
- TARAN P., « L'action de l'Organisation internationale du travail contre les discriminations », *Sociologie pratique*, n°23, 2011/2012, pp. 25-30.
- VALADE H., « Réussir les assises de la citoyenneté », *Hommes & migrations*, 2000, n° 1224, pp. 83-88.
- VERGE P., ROUX D., « Personnes handicapées : l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien », *Droit social*, 2010, n°9-10, p. 965.
- VIALLA F., « Le refus de soins peut-il introduire une discrimination ? La réforme annoncée de l'article L.1110-3 du Code de la santé publique », *Méd. et droit janv.* 2009, n°94 p. 2.

WOEHLING J.-M., « Le droit français de la lutte contre les discriminations à la lumière du droit comparé », Dossier : Politiques de lutte contre les discriminations, *Informations sociales* 2008, n° 148, p. 58-71.

ZARCA A. « Le retour du genre dans le droit des pensions de la fonction publique ou les vicissitudes d'un stéréotype bien intentionné », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M. (dir.), *La loi et le genre, Etudes critiques de droit français*, CNRS Editions, 2014, p. 431.

Table des matières détaillée comprenant la liste des annexes

Introduction générale	1
I - Organisation et séquençage des travaux	1
II – Hypothèses initiales	4
III – Plan du rapport final	7
 I. Les insuffisances du dispositif juridique	 11
A. Les manques pour penser les discriminations	11
1. Les angles-morts du droit des discriminations	12
a. Des motifs manquants	12
i. Des absences : des innomés	14
ii. Une surabondance : des trop nommés	20
b. Des notions manquantes	24
i. Des manques dans l’appréhension du phénomène discriminatoire	25
ii. Des manques dans l’appréhension des motifs existants	29
2. Une hiérarchie impensée des motifs de discrimination	32
a. Les interdits au sein des textes	32
i. Des interdits aux champs variables	33
ii. Des interdits de valeur variable	36
b. La portée des interdits	39
i. Les causes de discrimination justifiées à titre dérogatoire	40
ii. Les justifications objectives aux différences de traitement	41
B. Des manques pour établir les discriminations	44
1. La promotion des actions collectives en question	45
a. Des actions collectives d’efficacité limitée	45
b. Une action de groupe symbolique ?	47
2. Une adaptation incomplète du régime probatoire	49
a. L’allègement partiel de la charge de la preuve	50
i. L’inscription de l’aménagement de la charge de la preuve en droit français	51
ii. Les domaines exclus	53
iii. La portée	58
b. La diversité relative des modes de preuve	62
i. Une limite de principe : le refus des statistiques ethniques	62
ii. Une limite en pratique : la difficile banalisation du testing	65
 II. Les obstacles à la mise en œuvre juridictionnelle	 71
A. Des obstacles exogènes	72
1. Un premier verrou : des principes juridiques opposés	72
a. Droit privé et liberté contractuelle	72
b. Droit public et pouvoir discrétionnaire	76
2. Un second verrou : l’ <i>habitus</i> du juge	79
a. Des modes de raisonnement trop souvent inchangés	79

i. Principe d'égalité contre non-discrimination	80
ii. Contrôle abstrait contre non-discrimination	84
b. Des pouvoirs d'instruction rarement mobilisés	85
i. L'exigence d'un commencement de preuve	86
ii. Les mesures d'instruction avant procès : une voie prometteuse ?	89
B. Des obstacles endogènes	90
1. La difficile identification juridictionnelle des discriminations	91
a. L'obstacle de la comparaison	91
i. La comparaison des situations	92
ii. La comparaison des effets	96
b. L'obstacle des justifications	100
i. Les objectifs légitimes : une catégorie relativement ouverte	100
ii. L'appréciation de la proportionnalité : une large marge d'appréciation	105
2. L'inadéquation de la réponse aux discriminations établies	107
a. Des sanctions insuffisantes	108
i. Des sanctions souvent faibles	108
ii. Des sanctions inadaptées	111
b. Des alternatives à l'approche répressive ?	113
i. Dépasser la voie pénale	114
ii. Développer l'action du ministère public au-delà du procès pénal	116
Bibliographie	122
I. Thèses, monographies, rapports, recueils d'articles et dossiers de revues	122
II. Articles	126
Table des matières détaillée comprenant la liste des annexes	134
Résumé	Erreur ! Signet non défini.
La note de synthèse	Erreur ! Signet non défini.
 ANNEXES	
Table des matières détaillée des annexes	463

Résumé de la recherche

LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS A L'EPREUVE DE SON EFFECTIVITE

Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations

Depuis la loi du 1^{er} juillet 1972 qui sanctionne les discriminations raciales, le droit de la lutte contre les discriminations s'est, sous l'influence du droit européen développé en France. Outre l'extension de la liste des critères protégés contre les discriminations -, au nombre de 25 aujourd'hui - et l'affinement de l'approche des comportements discriminatoires (discrimination directe, indirecte, par association...), l'un des points culminants de ce développement reste la création au début des années 2000 de la Haute autorité de lutte contre les discriminations, absorbée en 2011 par le Défenseur des droits.

Bien que depuis une vingtaine d'années, les textes juridiques foisonnent et les autorités chargées de tout ou partie de leur mise en œuvre se multiplient, au point qu'ils peuvent susciter un sentiment de trop plein, la lutte contre les discriminations laisse un goût d'inachevé. Elle présente des manques, des lacunes d'ordre, tout à la fois, conceptuel, textuel, procédural et juridictionnel. Ainsi, au moment où son institutionnalisation dans le droit français arrive à maturité, la lutte contre les discriminations se trouve confrontée à l'épreuve de son effectivité. L'objectif de la recherche est en conséquence, d'une part, de prendre la mesure de ces faiblesses, et, d'autre part, si elles sont avérées, de déterminer les lieux où des politiques publiques et jurisprudentielles pourraient agir.

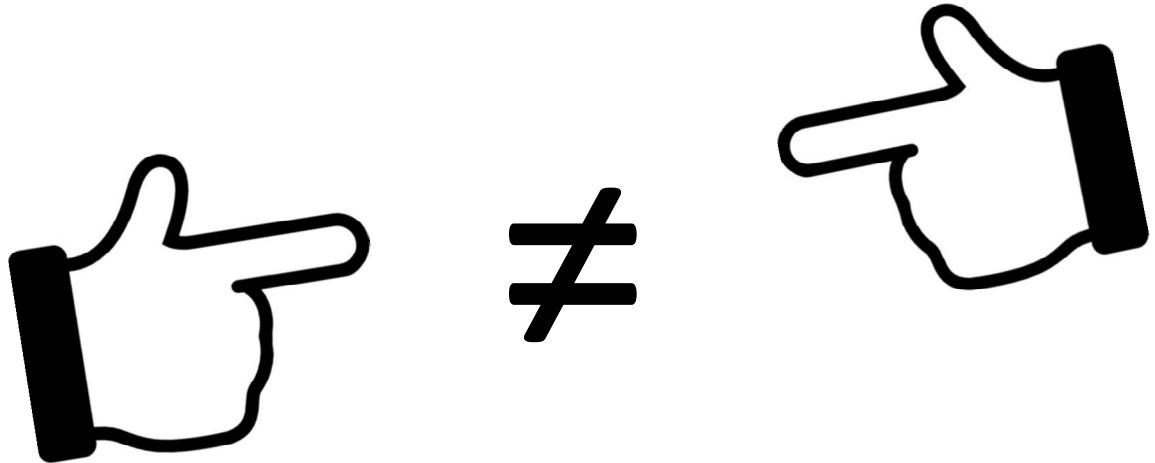
L'équipe de recherche, composée d'une trentaine d'enseignants-chercheurs, docteurs et doctorants, couvrant toutes les branches du droit (droit international, droit européen, droit processuel, droit civil, droit administratif, droit du travail, droit constitutionnel, mais aussi, à l'occasion, théorie et histoire du droit) a mené un travail alternant réflexion personnelle, en sous-groupes et en séminaires communs - fermés ou ouverts de façon à présenter à des personnalités expertes et extérieures les avancées de la recherche -. Les analyses proposées prennent appui sur l'étude systématique des textes internationaux, nationaux et de droit comparé et le dépouillement de nombreuses jurisprudences. Des entretiens avec des magistrats – français et espagnols – tout comme avec des membres du Défenseur des droits ont également nourri la réflexion commune.

L'issue de ce travail confirme que le droit de la lutte contre les discriminations français présente bien des défauts de cohérence entre ses multiples sources juridiques et de cohésion entre les différentes instances chargées de sa mise en œuvre. Il se caractérise aussi par des insuffisances quant aux instruments d'identification des discriminations et aux réponses apportées à celles qui sont établies. Toutefois le tableau qu'offre la France en cette matière n'est pas d'une totale noirceur. Nombre de critiques négligent que les objectifs poursuivis par cette lutte, notamment l'idéal d'égalité, le sont aussi par des dispositifs institutionnels de protection sociale et de redistribution des richesses qui ont structuré depuis longtemps les politiques publiques françaises et les innervent encore aujourd'hui. Par conséquent, le jugement négatif que l'on peut porter sur l'effectivité de ce droit et de cette lutte, doit être nuancé par la prise en compte de la place relative que ceux-ci occupent au sein des politiques sociales de réduction des inégalités et de lutte contre les exclusions en France.



LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS A L'EPREUVE DE SON EFFECTIVITE

Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations



Sous la direction de
Tatiana GRÜNDLER, Maître de conférences, UPOND CTAD-CREDOF
Jean-Marc THOUVENIN, Professeur, UPOND CEDIN

Avec la participation de
Thomas DUMORTIER, Docteur, Post-doctorant sur le projet

NOTE DE SYNTHESE DU RAPPORT FINAL

Recherche réalisée avec le soutien de la mission de recherche Droit et Justice
Juin 2016

I. Problématique retenue et objectifs de la recherche

Depuis la loi du 1^{er} juillet 1972 contre le racisme qui sanctionne les discriminations raciales, le droit consacré à la lutte contre les discriminations s'est, sous l'influence du droit européen, développé en France. Il a d'abord connu l'extension de la liste des critères protégés contre les discriminations. Vingt-cinq peuvent dorénavant être invoqués. Après la loi du 28 décembre 2015, dernière en date à intégrer un nouveau critère à la **loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, il est dorénavant prévu** que « *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, 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* ». Par ailleurs, l'identification des comportements discriminatoires s'est considérablement affinée. Il a été pris acte de l'existence de discriminations non plus seulement directes, mais indirectes, par ricochet, par association... Mais l'un des points culminants de ce développement des dispositifs anti-discriminatoires reste en France la création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations par la loi du 30 décembre 2004⁴⁴¹, absorbée en 2011 par le Défenseur des droits.

Bien que depuis une vingtaine d'années, les textes juridiques foisonnent et les autorités chargées de tout ou partie de leur mise en œuvre se multiplient, au point qu'ils peuvent susciter un sentiment de trop plein, la lutte contre les discriminations laisse aussi un goût d'inachevé. Elle présenterait des manques, des lacunes, notamment dans le domaine social face à des discriminations multiples, en matière probatoire ou encore quant à la préparation des juges à ce type de contentieux. En somme, au moment où son institutionnalisation dans le droit français arrive à maturité, la lutte contre les discriminations se trouve confrontée à l'épreuve de son effectivité. L'objectif de la recherche est, en conséquence, de prendre la mesure de ses faiblesses, d'analyser les obstacles à l'effectivité du droit de la lutte contre les discriminations de tenter d'en expliquer les raisons et, enfin, d'identifier les manières dont les politiques publiques et jurisprudentielles pourraient y remédier.

⁴⁴¹ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004.

II. Choix méthodologiques effectués

L'étude réalisée repose sur une équipe composée de trente-huit chercheurs relevant de la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en Droit (FIND) et du Centre international du Droit de Nanterre (CEDIN). Les compétences ainsi mobilisées relevaient de toutes les branches du droit.

Les membres de l'équipe se sont d'abord répartis entre quatre pôles de recherche, structurés en fonction des *corpus* étudiés : le premier pôle avait pour objet l'étude des textes de droit interne et international relatifs au droit de la non-discrimination ; le deuxième pôle s'intéressait aux règles de procédure ; le troisième pôle concernait le traitement de la discrimination par le Défenseur des droits ; le quatrième pôle était relatif à la mise en œuvre juridictionnelle de ce droit. Plusieurs séances de travail collectif, auxquelles des professionnels ou des spécialistes du droit de la non-discrimination ont été invités, ont permis de clarifier l'objet de la recherche, et de la réorganiser. Au terme des échanges assurés à l'occasion de ces réunions, notre projet initial, qui consistait à étudier l'effectivité de la lutte contre les discriminations, a été recentré sur la problématique des obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations. Cette redéfinition du sujet a eu pour effet d'écarter, d'une part, les dispositifs législatifs destinés à favoriser certaines catégories d'individus et, d'autre part, le traitement des saisines par le Défenseur des droits.

Afin de mettre à l'épreuve les premiers résultats obtenus par certains membres de l'équipe de recherche, une journée d'études a été organisée le 7 décembre 2015 à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense. Outre les chercheurs associés au projet de recherche, étaient également présents, pour réaction, des chercheurs et spécialistes extérieurs reconnus pour leur expertise dans le domaine. Cette journée a permis de nourrir la réflexion générale et de préparer la réalisation du rapport.

III. Terrains ou données ayant servi de support à la recherche

L'objet de la recherche étant d'identifier les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations, l'analyse s'est portée sur les textes du droit de la non-discrimination et sur leur mise en œuvre juridictionnelle. Le but était non seulement d'identifier les défauts du dispositif

textuel, mais encore de relever les obstacles de différentes natures qui pèsent sur l'identification et la sanction juridictionnelles des discriminations.

Pour ce qui est des textes, le *corpus* finalement retenu a couvert soixante-trois codes et huit grandes lois pour ce qui concerne le droit interne, et l'ensemble des conventions internationales évoquant la discrimination à titre principal ou subsidiaire. Les rapports des comités internationaux, à divers échelons, ont aussi été étudiés afin de mieux cerner la portée conceptuelle de ces textes. Les dispositions législatives de droit interne ont donné lieu à une étude légistique de vaste ampleur offrant un panorama quasiment complet des dispositions anti-discriminatoires en droit français.

Les jurisprudences civile, pénale, administrative et constitutionnelle relatives aux discriminations ont fait l'objet d'une analyse détaillée, encore que les chercheurs se soient parfois heurtés à l'absence, ou du moins à la quasi-absence, de contentieux (par exemple en matière de logement ou d'assurance).

Afin de compléter ce *corpus* composé d'éléments strictement juridiques, plusieurs entretiens ont été menés avec des procureurs en charge de l'animation des pôles anti-discriminations au sein des Parquets. Ces rencontres ont permis d'apporter un éclairage précieux sur la mobilisation des acteurs juridiques en charge de la lutte contre les discriminations. Les saisines du Défenseur des droits en matière de discrimination ont également largement nourri cette recherche sans faire l'objet d'une étude autonome.

IV. Principales conclusions de la recherche

Le parti pris emprunté par les chercheurs impliqués dans l'étude était d'identifier les éléments propres au droit de la non-discrimination, et plus largement au système juridique, susceptibles de remettre en cause sa pleine mise en œuvre. Ce faisant, l'objectif était dans un premier temps de mettre en avant les insuffisances du cadre juridique relatif à la non-discrimination puis, dans un second temps, de porter un regard critique sur son application dans l'arène juridictionnelle.

Tout d'abord, le droit de la non-discrimination est incontestablement caractérisé par une profusion de dispositions législatives, réparties dans de très nombreux codes et dans diverses lois. Il ressort de l'analyse fouillée de ces textes un manque flagrant de cohérence qui confine parfois à la contradiction. Le problème, relevé par l'étude, ne provient donc pas d'un manque d'intervention du législateur, mais de sa manière d'intervenir. D'un côté, il multiplie les motifs

de discrimination prohibés afin d'appréhender au mieux certains phénomènes discriminatoires bien connus (par exemple, le lieu de résidence) mais parfois aussi conceptuellement discutés (cas de la notion de perte d'autonomie), tandis que, d'un autre côté, il ne consacre pas des motifs de discrimination régulièrement dénoncés tels que la précarité sociale. Plus largement, l'approche catégorielle de la discrimination, retenue par le droit français et par le droit de l'Union européenne, présente des limites soulignées par l'étude. En établissant une liste limitative de motifs, non seulement le législateur passe sous silence certaines causes de discrimination, mais encore, il enferme le juge dans un carcan, celui-ci s'estimant obligé de ne sanctionner que les seuls motifs de distinction prévus par la loi.

L'étude montre par ailleurs que le régime probatoire propre au droit des discriminations, importé du droit de l'Union européenne, se heurte à des limites, susceptibles d'être en partie surmontées. L'aménagement de la charge de la preuve, en droit pénal, se voit classiquement opposer, le principe de la présomption d'innocence. Pourtant, ce dernier ne constitue pas un obstacle dirimant. En effet, l'allègement de la charge probatoire pesant sur le plaignant, à l'égard duquel il est exigé d'établir des faits laissant « présumer » une discrimination, s'applique déjà à l'égard de certains délits. Le droit pénal n'est donc pas totalement hostile à l'aménagement des procédures malgré la présomption d'innocence. Par ailleurs, des modes de preuve utiles à l'établissement d'une discrimination ou, du moins à sa vraisemblance, tels que le *testing* ou les études sociologiques et statistiques, pourraient être davantage utilisés par les juges.

De manière générale, les juridictions ne paraissent pas se saisir pleinement des notions du droit de la non-discrimination, ni assumer un rôle suffisamment actif dans la reconnaissance juridique des discriminations. Des principes fortement ancrés dans la culture juridique, tels que la liberté contractuelle ou le pouvoir discrétionnaire de l'administration encore attaché en grande partie aux décisions prises dans l'intérêt du service, constituent des obstacles juridiques et même cognitifs serait-on tenté d'ajouter, à l'identification des discriminations. Bien que l'aménagement de la charge de la preuve en droit de la non-discrimination allège le fardeau probatoire des victimes de discrimination, du moins, en dehors du champ pénal, il n'est pas encore suffisant pour amoindrir l'« épreuve de la preuve » qui pèse sur elles. En effet, en cas de doute sur la réalité de la discrimination -et le doute est fréquent dans la mesure où les motifs de discrimination sont rarement explicités dans les décisions litigieuses-, les juges ont tendance à privilégier la position du défendeur. De surcroît, au quotidien, les juges recourent très

rarement à la possibilité qui leur est donnée d'ordonner des mesures d'instruction pour pallier les obstacles probatoires auxquels se heurtent les victimes.

Enfin, bien que le législateur affiche une volonté résolue de lutter contre les discriminations en prévoyant des sanctions pénales relativement lourdes, en pratique, les sanctions prononcées sont le plus souvent très inférieures aux peines maximales envisagées. En droit civil et en droit administratif, les réparations apportées aux victimes de discriminations ne sont pas plus satisfaisantes. Le montant des dommages et intérêts ne couvre pas toujours l'intégralité du préjudice subi. Par ailleurs, certains principes du droit commun se heurtent au prononcé de sanctions dissuasives et pleinement réparatrices. Les pôles anti-discriminations mis en place au sein des Parquets peinent encore à mettre en œuvre toutes les potentialités attachées par le ministère à leur création : coordination de réseaux locaux de lutte contre les discriminations, poursuites accrues, etc. Les instructions ministérielles incitent également à diversifier les peines requises contre les auteurs de discrimination, insistant dans certains cas sur le caractère pédagogique de la sanction plutôt que sur sa dimension répressive. Les débats relatifs à la pertinence des sanctions prononcées contre les auteurs de discrimination concernent fondamentalement la mission dévolue au droit et la place qu'on lui assigne dans la lutte contre les discriminations.

Finalement, l'un des apports de cette étude est de mettre en évidence que la lutte menée à l'heure actuelle contre les discriminations, par les moyens du droit, n'est que le prolongement d'une action publique plus largement engagée contre les inégalités depuis la Libération et le développement de l'État providence. Le droit de la non-discrimination constituerait donc un changement de paradigme relatif à l'action sociale de l'État, mutation qui n'est d'ailleurs pas sans rapport avec le développement du néo-libéralisme.

V. Pistes de réflexion ouvertes

Le droit de la non-discrimination est marqué par des incohérences manifestes entre les textes qui lui sont consacrés : la liste des motifs prohibés varie d'une référence législative à l'autre ; les dérogations admises à l'interdiction de discriminer sont parfois formulées dans des termes contradictoires ; une hiérarchie entre les motifs discriminatoires semble pouvoir se dégager des textes sans raison toujours apparente. La mise en évidence de ces défauts devrait inviter le législateur à repenser les bases de ce droit.

L'approche catégorielle des discriminations qui a présidé jusqu'à maintenant à l'élaboration du droit national et du droit de l'Union européenne connaît ainsi certaines limites. En outre, l'intégration de nouveaux motifs de discrimination ces dernières années et, parfois, le retrait de certains d'entre eux, renvoie l'image d'un législateur sans vision ou politique d'ensemble, s'efforçant d'étendre toujours plus le champ des discriminations prohibées, sans jamais parvenir à cerner totalement la diversité et la complexité des phénomènes discriminatoires. D'un côté, certains motifs sont absents, alors qu'ils correspondent à une réalité indiscutable, telle que la précarité sociale, tandis que, d'un autre côté, la longue énumération des motifs prohibés fixe un cadre que les juges appréhendent de façon rigide et limitative. Ils raisonnent à partir des seules catégories qui leurs sont proposées, et paraissent en outre réticents à envisager des discriminations multiples.

D'abord, le législateur pourrait remédier aux défauts de cette approche catégorielle ciblée sur des caractéristiques qui se veulent toujours plus précises, toujours plus proches du réel, en optant pour des catégories génériques moins nombreuses mais plus souples et aptes à appréhender la singularité et la complexité des faits. Celles-ci seraient susceptibles de couvrir des réalités discriminatoires diverses et multiformes, en accordant dans ce domaine une plus grande liberté d'interprétation et d'adaptation aux juges. Peut-être cela pourrait-il aussi permettre une prise en compte accrue des phénomènes de discriminations multiples ou intersectionnelles

Ensuite, la hiérarchie implicite entre les motifs prohibés, observable dans la diversité des régimes de protection et l'étendue variable, en fonction des motifs, des dérogations admises à la prohibition de la non-discrimination, suscitent des interrogations. Certains membres de la doctrine plaident pour une hiérarchie assumée et cohérente des critères de discrimination, structurée autour des catégories génériques évoquées. Il convient ici de souligner que la reformulation en catégories génériques n'implique pas, par elle-même, l'idée d'une hiérarchie. Mais certains estiment que les motifs actuels ne revêtiraient pas la même importance : il y aurait des motifs relatifs à la dignité humaine et d'autres qui concerneraient la liberté. Selon cette conception des choses, les premiers mériteraient une protection absolue – l'interdiction pure et simple de discriminer – tandis que les seconds seraient susceptibles de dérogation. Cependant, cette typologie ainsi que les implications juridiques qui lui sont attachées, présentent des limites conceptuelles et axiologiques. D'abord, d'un point de vue théorique, le rattachement de critères à telle ou telle catégorie suscite des difficultés : le critère de la grossesse par exemple, renvoie-t-il à la dignité humaine ou à une liberté ? Mais surtout, les conséquences juridiques attachées

à cette hiérarchie méritent une attention particulière. Ainsi, si on peut admettre que l'interdiction de discriminer en fonction d'une supposée race, origine, ethnie ou du sexe relève *a priori* de la dignité humaine, pourquoi peut-elle trouver une limite dans le champ artistique, pour le choix des acteurs par exemple (c'est possible à l'heure actuelle) ?

En définitive, en invitant à une réflexion générale sur l'approche catégorielle des discriminations, et sur la cohérence des catégories retenues, l'étude suggère également de reprendre la réflexion sur les dérogations admises aux comportements ou actes discriminatoires.

VI. Applications envisageables.

Appel à un chantier législatif

L'une des caractéristiques majeures des textes juridiques relatifs à la non-discrimination est leur incohérence, parfois leurs contractions. Sans doute cette incohérence pourrait-elle être mise à profit par le praticien – juge ou avocat – pour interpréter ces dispositions en fonction des fins qu'il poursuit. Mais cela n'est pas pleinement satisfaisant : ni pour les justiciables, qui éprouvent les plus grandes difficultés à cerner tout autant les contours des discriminations prohibées, ou au contraire admises, que les voies juridictionnelles disponibles ; ni pour les praticiens soucieux de pouvoir se référer à des textes relativement univoques. C'est pourquoi cette étude constitue une invitation, à destination du législateur, à remettre à plat les différentes sources du droit de la non-discrimination, et à les réintégrer dans un ensemble plus cohérent. Par ailleurs, la création d'un code pourrait constituer un outil particulièrement utile aux praticiens du droit et plus globalement à l'ensemble des juristes.

La formation des juges

Cette étude a révélé la faible réponse généralement apportée par les juridictions aux discriminations. La difficulté majeure du droit des discriminations repose sur la dissimulation des motifs prohibés et sur l'impossibilité bien souvent, pour les parties, d'apporter des éléments de preuve au soutien de leurs requêtes ou de leurs plaintes. Or, les juges se montrent souvent réticents à rééquilibrer le rapport de force entre les parties, *a priori* défavorable à celle qui s'estiment victime d'une discrimination. Ils recourent très rarement à des mesures d'instruction pour « enquêter » sur la situation litigieuse. Ce constat est observable autant devant les juridictions pénales que civiles et administratives. Tout laisse à penser que les magistrats ont tendance à présumer l'absence de discrimination, alors même que des études sociologiques, des

sondages, relèvent l'importance du phénomène discriminatoire, selon les motifs considérés et dans certains domaines en particulier. C'est pourquoi des modules de formation à destination des magistrats, dans le cadre de la formation initiale et de la formation continue, pourraient s'avérer très utiles. Ils pourraient consister à présenter la réalité des phénomènes discriminatoires dans la société actuelle, à partir de travaux sociologiques, ainsi que les concepts majeurs du droit de la non-discrimination (discrimination systémique, discrimination indirecte, multiples, etc.)

La formation des avocats

La rareté des décisions de justice reconnaissant une discrimination ne s'explique pas exclusivement par la difficulté des juges à l'identifier. Les mémoires des parties témoignent bien souvent d'une faible mobilisation, ou d'une mauvaise utilisation, des ressources offertes par le droit de la non-discrimination. Cela témoigne d'une méconnaissance de ce droit par de nombreux avocats. En ce sens, une formation qui leur serait destinée contribuerait indubitablement à l'amélioration des mémoires en défense tout comme à mieux outiller ceux qui ont en charge des victimes de discrimination.

En allant plus loin, il pourrait d'ailleurs être judicieux d'intégrer un enseignement du droit de la non-discrimination dans les universités, en master 1 ou 2, comme l'ont fait un certain nombre d'entre elles, stant la complexité, le caractère transversal et les potentialités de la matière pour la défense des droits fondamentaux au quotidien, sont importants.

Table des matières des contributions annexées

I. Aspects conceptuels et comparatistes

Robin Médard, Les écueils du contentieux anti-discriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne

Véronique Champeil-Desplats, De quelques obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations

II. Les discriminations dans les textes internationaux

Marianne Lamour et Rachel Lucas, La contribution des conventions du Conseil de l'Europe à la lutte contre les discriminations

Tatiana Gründler, Quelle effectivité de la lutte contre les discriminations ? Les enseignements du système de la Charte sociale européenne

III. Les discriminations dans les textes nationaux

Céline Fercot et Marc Pichard, La lutte contre les discriminations dans le discours législatif. Étude légistique

Robin Médard, L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne.

François Desprez, L'absence d'harmonie du dispositif de lutte contre les discriminations en droit pénal du travail

Louis Thibierge, Les sanctions des discriminations

IV. Aspects procéduraux de la lutte contre les discriminations

Marc Touillier, Réflexions sur l'opportunité d'étendre l'aménagement du fardeau probatoire en droit pénal.

Clara Hervás Hermida, L'action du ministère public dans la lutte contre les discriminations. Étude comparée France-Espagne

Nicolas Hoffschir et Vincent Orif, Les stratégies relatives à l'établissement de la discrimination

V. Les juges face aux discriminations

Patricia Rrapi, Les obstacles à la lutte contre les discriminations devant le juge constitutionnel

Jacqueline Domenach, Le Conseil d'État et le contrôle des discriminations. Entre les doutes et la réalité de la prise en compte des discriminations

Thomas Dumortier, L'appréhension juridictionnelle des discriminations dans la fonction publique

Isabelle Carles, Le Défenseur des droits et les acteurs juridictionnels de la lutte contre les discriminations : quelle complémentarité possible ?

VI. De l'étude de quelques domaines

Anne Danis-Fatôme, La lutte contre les discriminations en droit des assurances

Eva Menduiña Gordón, La discrimination dans le logement privé

Abdelghani Azi, La lutte contre les discriminations dans le secteur bancaire et financier

I. Aspects conceptuels et comparatistes

Les écueils du contentieux anti-discriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne

Robin Médard

Doctorant, Université de Paris Ouest Nanterre La Défense

Il serait sans doute surfait de rapprocher la figure du juge se frottant aux écueils du contentieux anti-discriminatoire à celle d'un navigateur en eaux troubles. Pourtant, la modernité de ce contentieux l'érige en explorateur décelant par l'expérience les récifs susceptibles de freiner sa course. La pratique judiciaire a ainsi permis de faire émerger une série d'obstacles de natures diverses qui se dressent entre la victime alléguée et la sanction de la discrimination. Située à la croisée d'une conception *in abstracto* des règles de droit et de leur mise en œuvre dans les cas d'espèce, cette pratique judiciaire apparaît comme un révélateur efficace des points de friction en ce qu'elle opère le passage vers le champ de l'expérience. De surcroît, sa position « *en bout de chaîne* » rend d'autant plus visible l'agglomération des blocages d'ordre conceptuel, normatif ou procédural qui prennent leurs sources en amont de l'intervention du juge. En aval, il en résulte en dépit de progrès non négligeables un questionnement de l'efficacité de la lutte contre les discriminations. Si ce questionnement ne saurait en aucun cas se limiter à une mise en cause de la voie juridictionnelle, une analyse du mode opératoire des cours permet en revanche de cartographier une vision d'ensemble – ou presque – des obstacles qui entravent la matérialisation de l'interdiction de la discrimination. Une fois ciblés ces écueils, il importe d'en envisager les modalités de dépassement, que celles-ci procèdent de l'intervention du législateur ou des juridictions elles-mêmes.

Dans cette optique, l'interrogation des expériences étrangères est susceptible d'offrir une distance critique supplémentaire voire de présenter quelques perspectives salutaires. Un regard transatlantique pourrait à cet effet se proposer d'examiner l'attitude des juridictions canadiennes dans le traitement du contentieux anti-discriminatoire. *A priori*, quatre arguments semblent *a minima* soutenir l'opportunité d'une telle analyse. Premièrement, car la lutte contre les discriminations se situe indéniablement au cœur de la conception des droits et libertés au Canada – comme l'illustrent les intitulés des Codes ou Lois de consolidation anti-

discriminatoires généreusement qualifiés de Codes ou Lois sur les « *droits de la personne* »¹. Ensuite, parce qu'à l'issue de quatre à cinq décennies d'existence dans certaines provinces, le contentieux anti-discriminatoire possède à ce jour une certaine teneur et a d'ores et déjà fourni l'occasion aux juges de faire leurs premières armes. Troisièmement, car la voie de la spécialisation institutionnelle empruntée dès les années soixante a permis de faire émerger une solide expertise au sein de juridictions spécifiquement dédiées au traitement des litiges fondés sur une allégation de discrimination. Enfin, parce que, loin des affirmations péremptoires, la conception de l'office du juge confère une large place à l'argumentaire critique et à la motivation des décisions, érigeant de ce fait les décisions des cours en doctrine de première main. Il s'agirait alors, par ce regard transatlantique, de saisir la jurisprudence en examinant les positionnements adoptés par le juge canadien en réponse aux problématiques rencontrées au gré du développement contentieux. L'utilité de la démarche serait néanmoins conditionnée par une similitude des problématiques soulevées afin de permettre une éventuelle mise en relation des expériences. Pour ce faire, une approche duale et chronologique pourrait servir de guide au raisonnement, s'attachant dans un premier temps aux défis de l'appréhension conceptuelle et technique de la discrimination (Section 1) pour ensuite examiner les modalités dialectiques et stratégiques liées à la résolution du litige (Section 2).

Section 1. L'appréhension contentieuse de la discrimination : le juge face aux défis conceptuels et techniques

Dans la perspective du recours contentieux, l'appréhension de la discrimination se présente comme une problématique liminaire qui repose sur deux dimensions essentielles. D'une part, l'appréhension conceptuelle s'avère indispensable pour saisir les faits et penser la discrimination, dans toute sa diversité et en dépit des potentielles limitations du droit positif (§1). D'autre part, une appréhension technique se révèle tout aussi déterminante en vue d'établir la discrimination, notamment par l'intermédiaire du régime probatoire, lui conférant ainsi une dimension juridique propre à faire émerger le litige (§2).

§1. La conception de la discrimination à l'épreuve de sa délimitation

Aussi bien dans l'énonciation des motifs (A) que des modalités de manifestation du phénomène (B), la définition de la discrimination présente, presque inévitablement, des carences et interstices suscitant de possibles inquiétudes quant aux « *angles morts* » de la lutte contre les

¹ Sur quatorze législations (provinciales et fédérale), seuls la Charte québécoise des droits et libertés et les Codes de la Saskatchewan et du Yukon possèdent un objet plus vaste que la lutte contre les discriminations.

discriminations. Au vu de ce constat, le choix d'une appréhension juridictionnelle extensive voire créatrice s'avère un palliatif efficace – certes facilité par le système juridique canadien et les largesses qu'il octroie aux cours.

A. Face au spectre du motif manquant : le choix d'une interprétation extensive et d'une liste non exhaustive

Si certains instruments juridiques canadiens – notamment fédéraux – se cantonnent à des énumérations relativement restreintes, ces énumérations se trouvent néanmoins enrichies par deux mécanismes jurisprudentiels : l'un, classique, relatif aux modalités d'interprétation (1), l'autre, plus audacieux, relatif à la découverte de motifs non énumérés dits « *motifs analogues* » (2).

1. Les largesses d'interprétation des motifs énumérés

Selon ses propres termes, la Cour suprême prône une « *interprétation extensive des motifs* » dans la mesure où cela « *appuie la réalisation de l'objectif général des lois anti-discrimination [sic], soit la prévention des distinctions défavorables établies sur le fondement de caractéristiques personnelles non pertinentes* »¹. Un bref passage en revue de la jurisprudence suffit à illustrer la concrétisation de ces intentions qui conduisent les cours à retenir des acceptions relativement larges des motifs énumérés, qu'il s'agisse du handicap (*e.g.* handicap temporaire², dépendance aux drogues ou à l'alcool³, anxiété et dépression⁴, bégaiement⁵), de la condition sociale (*e.g.* susceptible de découler de la scolarité, de l'emploi ou des origines familiales⁶, englobant notamment les statuts d'étudiant⁷ ou de pigiste⁸), de l'origine nationale ou ethnique (*e.g.* patronyme⁹) de la langue (*e.g.* langue maternelle, langue d'usage et de communication¹⁰), etc. De surcroît, l'interprétation extensive peut également être conduite au nom de l'harmonisation interprovinciale. En droit canadien, il existe indiscutablement une disparité réelle des

¹ *B c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2002] 3 RCS 403, p. 404.

² *Hill v. Spectrum Telecom Group Ltd.*, 2012 HRTO 133, §23 ou encore *CDPDJ c. Société du portefeuille du Groupe Desjardins*, (1997) RJQ 2049 (TDP).

³ *CDPDJ c. Doucet*, (1999) REJB 1999-14100 (TDP), ou encore *Ontario (Disability Support Program, Director) c. Tranchemontagne*, (2011) 324 DLR (4th) 87.

⁴ *Ottawa (City) v. Ottawa-Carleton Public Employees' Union, Local 503*, 2007 CanLII 5524 (ON SCDC).

⁵ *CDPDJ c. Commission scolaire des Draveurs*, REJB 1999-12851 (TDP).

⁶ *Québec (CDP) c. Ianaro*, (1997) 29 CHRR D/79 (TDPQ).

⁷ *Lévesque c. PG Québec*, (1988) RJQ 223 (QCCA).

⁸ *CDPDJ c. Sinatra*, REJB 1999-14672 (TDP).

⁹ *Ledeuff et Commission de l'emploi et de l'immigration*, DTE 87T-987 (TDP).

¹⁰ *Forget c. Québec (Procureur general)*, [1988] 2 RCS 90.

énumérations des motifs – ou « *caractéristiques protégées* » – en fonction des instruments juridiques. Au niveau fédéral, l'article 15(1) de la Charte canadienne se limite à neuf caractéristiques et la Loi sur les droits de la personne à treize. Les instruments juridiques provinciaux, codes, lois de consolidation ou Charte, en comportent généralement davantage : quinze en Colombie-Britannique et en Alberta, seize au Québec, dix-sept en Ontario ou vingt-six au Manitoba. Au sujet de cette disparité, la Cour suprême rappelle que les lois anti-discriminatoires « *doivent être interprétées en fonction de l'objet visé* » et qu'en conséquence, « *les différences de formulation entre les provinces ne devraient pas masquer les fins essentiellement semblables de ces dispositions* »¹. Sur ce fondement, il arrive que les cours invoquent cet impératif pour soutenir une interprétation large du champ d'application d'un motif énuméré. Récemment, c'est en s'appuyant sur les législations de plusieurs provinces énumérant l'ascendance comme motif (Ontario, Colombie-Britannique, Manitoba...²) que le Tribunal canadien des droits de la personne a affirmé que, même non énumérée par la législation fédérale, l'ascendance devait être conçue comme découlant implicitement des motifs de l'origine et de la situation de famille³. Au soutien de sa démarche, il précisait que « *les cours ont souhaité ardemment qu'il y ait uniformité au sein des lois canadiennes sur les droits de la personne* » et que statuer autrement irait à l'encontre des objectifs de la loi⁴.

2. La découverte de motifs analogues

Ensuite, si l'article 15(1) de la Charte canadienne comporte la liste de motifs la moins fournie, elle possède la particularité d'être non exhaustive : « *la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques* ». Après une entrée en vigueur de cet article en avril 1985⁵, la Cour suprême a saisi la première occasion pour consacrer l'existence de « *motifs analogues* » aux côtés des motifs énumérés : « *[l]es motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ne sont pas exhaustifs. Les motifs analogues à ceux énumérés sont également visés et il se peut même que la disposition soit plus générale que cela* »⁶. Sur ce fondement, furent progressivement reconnus comme motifs

¹ *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 RCS 353, p. 373.

² *Tanner c. Première Nation Gambler*, 2015 TCDP 19 (CanLII), §28-29.

³ Voir *idem*, §23 à 39.

⁴ *Idem*, §24-25.

⁵ *Nota bene* : soit trois années après les autres dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés.

⁶ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143, p. 145.

analogues : la citoyenneté¹, l'état matrimonial², l'orientation sexuelle³, la qualité de membre hors réserve d'une bande indienne⁴, les convictions politiques⁵, la langue⁶, la situation d'enfant adopté⁷, la méthode de conception⁸, la fait de ne pas avoir d'enfants⁹, etc¹⁰. Les ferments de cette spécificité ne sont pas dénués d'intérêts. Ils dénotent d'une considération des motifs comme simples « indices »¹¹ de discriminations potentielles, c'est-à-dire des éléments « communément utilisé[s] pour établir des distinctions qui ont peu ou pas de lien rationnel avec la matière traitée, traduisant généralement l'existence d'un stéréotype »¹². Sans rapport hiérarchique, les motifs énumérés ou analogues diffèrent simplement à raison de la source juridique qui les considère. Alors que les motifs énumérés constituent des indicateurs législatifs¹³, les motifs analogues sont quant à eux des indicateurs jurisprudentiels. *In fine*, ils constituent tous « des indicateurs permanents de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle »¹⁴.

Lorsqu'elle encadre le processus de découverte de nouveaux motifs analogues, la Cour suprême s'inscrit dans un paradigme d'interprétation téléologique en affirmant que « [s]i l'on n'est pas en présence d'un motif énuméré ou d'un motif analogue déjà reconnu, la considération fondamentale [...] est la question de savoir si la reconnaissance du fondement de la différence de traitement comme motif analogue favoriserait la réalisation des objets du par. 15(1) »¹⁵. Au soutien de cette reconnaissance, le juge fonde habituellement sa décision en sollicitant plusieurs critères¹⁶, parmi lesquels : le fait que le groupe identifié par cette caractéristique ait subi un désavantage historique ou qu'il constitue une « minorité discrète et isolée »¹⁷, le fait que la caractéristique en cause possède une certaine similitude avec l'un des motif énuméré ou qu'elle

¹ *Idem*, p. 152-153. Pour une justification générale, voir p. 146.

² *Miron c. Trudel*, [1995] 2 RCS 418, p. 160. Pour une justification voir p. 156.

³ *Egan c. Canada*, [1995] 2 RCS 513, p. 603.

⁴ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203, p. 209 et par. 6. À dissocier d'une reconnaissance du lieu de résidence comme motif analogue. Sur ce point voir par. 15.

⁵ *Condon v. Prince Edward Island*, 2002 PESCTD 41 (CanLII), §80 (autorisation de pourvoi refuse par [2006] CSCR n°138).

⁶ *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 RCS 238, §12.

⁷ *Strong v. Marshall Estate*, 2009 NSCA 25 (CanLII), §32.

⁸ *Pratten v. British Columbia (Attorney General)*, 2011 BCSC 656 (CanLII), §234, confirmée in 2012 BCCA 480 (CanLII), §36.

⁹ *Noseworthy v. Smith*, 2007 NLTD 191 (CanLII), §27.

¹⁰ Alexandre Morin évoque en sus une décision de la cour d'appel de l'Alberta (*Murley c. Hudye* (1997), 141 DLR (4th) 25) reconnaissant le statut d'enfant né hors mariage comme motif analogue (Morin, A., *Le droit à l'égalité au Canada*, 2^{ème} éd., Montréal, LexisNexis, 2012, p. 96).

¹¹ *Miron c. Trudel*, *op. cit.*, §132.

¹² *Idem*, p. 424.

¹³ *Corbiere c. Canada*, *op. cit.*, §7.

¹⁴ *Idem*, §8.

¹⁵ *Corbiere c. Canada*, *op. cit.*, §208.

¹⁶ Pour une approche synthétique, voir *idem*, par. 13 ou *Miron c. Trudel*, *op. cit.*, p. 148.

¹⁷ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 152 et p. 158 ou encore *R. c. Turpin*, [1989] 1 RCS 1296, p. 1332-1333.

soit d'ores et déjà reconnue par les législateurs provinciaux et la doctrine comme un motif potentiellement discriminatoire¹ ou encore, le fait que cette caractéristique soit immuable ou modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle et dont l'abandon ne saurait légitimement être exigé comme un préalable à l'égalité de traitement². Quant à la portée de cette reconnaissance, elle a vocation à la fois à la permanence et à la généralisation. D'une part, une fois reconnus, les motifs analogues « *constituent des indicateurs permanents de l'existence d'un processus décisionnel suspect* »³. D'autre part, ils conditionnent les interprétations des juridictions provinciales relatives à l'art. 15(1) de la Charte canadienne et influent sur l'interprétation des instruments provinciaux dès lors que « *l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne doit s'harmoniser avec celle de dispositions comparables dans d'autres ressorts* »⁴. Sur le papier, les listes des motifs énumérés, si riches et abondantes soient-elles, possèdent inexorablement des failles dans la mesure où les législateurs ne sauraient anticiper la totalité des fondements potentiels de discrimination. Face à ce constat, la jurisprudence canadienne, favorisée par un système juridique propice aux initiatives prétoriennes, oppose ainsi une interprétation non seulement extensive mais également créatrice.

B. Face à la polymorphie du phénomène : la multiplication des acceptions

« *Égalité et discrimination sont des notions aussi variées en forme qu'elles sont complexes en substance* »⁵. Directe, indirecte, par association, intersectionnelle, systémique... comme le souligne la juge L'Heureux-Dubé, nombreuses sont les modalités de manifestation du phénomène discriminatoire et une difficulté majeure pour le droit réside dans la capacité à fournir des éléments de qualification et de réponse adéquate à ces variantes⁶. Si les instruments provinciaux présentent quelques éléments de définition, le dispositif législatif fédéral et *a fortiori* le dispositif constitutionnel restent relativement muets face à aux impératifs de précision et de clarification conceptuelles. À cet égard, c'est la jurisprudence qui offre les perspectives les plus instructives.

¹ *Egan c. Canada*, *op. cit.*, §176-178.

² *Idem*, §5 ou encore *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 SCR 493, §90.

³ *Corbiere c. Canada*, *op. cit.*, §8.

⁴ *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, [2008] 2 R.C.S. 604, par. 68. Voir encore *Québec (CDPDJ) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (CDPDJ) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 RCS 665 (ci-après *Ville de Montréal*), §42 et 45.

⁵ *Egan c. Canada*, *op. cit.*, p. 557.

⁶ Il aurait également pu être fait référence à la notion de « *discrimination en série* ». Sur ce point, nous nous contenterons de renvoyer aux décisions du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario : *Chintaman v. Toronto District School Board*, 2009 HRTO 1225, §11, *Pakarian v. Chen*, 2010 HRTO 457, §25, *Savage v. Toronto Transit Commission*, 2010 HRTO 1360, §9, *Farrell v. Barrie Police Services Board*, 2011 HRTO 1442, par. 18, *Twyne v. Dominion Colour Corporation*, 2013 HRTO 1769, ou encore *Dewdney v. Toronto Transit Commission*, 2014 HRTO 23, §21.

1. Discrimination directe et indirecte

Forte des expériences qui agitaient son homologue étatsunienne¹ et à la suite des premières approches de la discrimination indirecte par les Commissions d'Ontario², du Canada fédéral³ et de l'Alberta⁴, la Cour suprême s'essaya en 1985 à la formalisation de cette modalité de discrimination, en apparence neutre. Ancrée dans le domaine du travail, elle esquaissa alors la notion de discrimination « *par suite d'un effet préjudiciable* », entendue comme un « *genre de discrimination [qui] se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale [...], des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés* »⁵. Cette approche fut réaffirmée dans la jurisprudence ultérieure⁶.

En 1989, toujours sous la plume du juge McIntyre, fut posée la définition générale de la discrimination faisant aujourd'hui encore office de référence. Depuis cette date, la discrimination est définie comme « *une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société* »⁷. En dépit d'évolutions notables dans la méthode juridictionnelle de qualification des actes discriminatoires, cette définition fut successivement reconduite par les arrêts de principes relatif à l'article 15(1) de la Charte canadienne⁸. Néanmoins, bien qu'englobant les deux phénomènes⁹, la définition de référence de la Cour suprême ne laisse pas transparaître de dualité entre discrimination directe et indirecte.

¹ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 US 424 (1971).

² *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.*, Ontario Human Rights Board of Inquiry, décision inédite du 31 mai 1977, et *Rand v. Sealy Eastern Ltd.* (1982), 3 CHRR D/938 (comm. d'enquête Ont.).

³ *Marcotte v. Rio Algom Ltd.* (1983), 5 CHRR D/2010 (Tribunal d'appel, Commission canadienne des droits de la personne).

⁴ *Christie v. Central Alberta Dairy Pool* (1984), 6 CHRR D/2488 (Comm. d'enquête Alb.).

⁵ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 RCS 536, § 18.

⁶ Voir not., *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 RCS 489, p. 506 ou *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 RCS 525, p. 541. 539-540.

⁷ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 174.

⁸ D'abord in *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497, par 26, ensuite in *R. c. Kapp*, [2008] 2 RCS 483, par. 18, enfin in *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 RCS 61, § 187 et 322.

⁹ À l'instar de l'article 10.1 de la Charte québécoise comme englobant la discrimination indirecte, voir *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *op. cit.*, p. 539-540, ou, plus récemment, in *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, § 32.

Loin de témoigner d'une obsolescence de la terminologie, cette généralité de l'acception relève d'un choix délibéré de la Cour d'Ottawa, explicité en 1999¹. Entre 1985 et 1999, la notion de discrimination par suite d'un effet défavorable (*i.e.* discrimination indirecte) fut sollicitée à de multiples reprises et la jurisprudence avait développé une méthode dite « *conventionnelle* » consistant à classer la discrimination dans la catégorie directe ou indirecte afin d'en faire dériver la méthode de qualification et la réparation potentielle². Tout en admettant « *un progrès important du fait qu'elle reconnaissait pour la première fois le mal de la discrimination [indirecte]* »³, la Cour opta pour l'harmonisation de sa méthode et profita de ces considérations pour reconnaître la dimension accessoire voire inopportune de la distinction entre discrimination directe et indirecte. Deux arguments essentiels s'inscrivent en soutien de ce point de vue : la porosité de la distinction⁴ et sa tendance incidente à hiérarchiser le degré de réprobation, généralement plus souple concernant la discrimination indirecte⁵. Par la relégation de cette dualité première ayant caractérisée la jurisprudence de 1985 à 1999, la Cour suprême fit le choix d'une approche radicalement téléologique, peu soucieuse des modalités d'action et focalisée sur les seuls effets de la discrimination, tout en durcissant le ton à l'égard des discriminations indirectes⁶. Pour autant, la notion de discrimination indirecte ne se trouve pas bannie des prétoires et demeure sollicitée, notamment en Ontario sur le fondement de l'article 11(1) du Code des droits de la personne. Simplement, l'approche téléologique la relègue à un plan secondaire⁷.

2. Discrimination par association

La question de la discrimination par association fut soulevée au niveau fédéral dans le cadre de la contestation des régimes d'octroi de la citoyenneté, différant, pour les individus dont l'un des parents était canadien, en fonction du sexe de ce parent. Dans une opinion dissidente, le juge Linden de la Cour d'appel fédérale soulevait en 1993 que « *si le fait d'être victime de discrimination par association n'est pas la même chose que le fait de souffrir directement des préjugés et des stéréotypes [...] la discrimination par association n'est pas moins intolérable que la discrimination directe* »⁸. En l'espèce, la Cour suprême reconnut par la suite la discrimination, considérant qu'elle était fondée sur le lien existant entre un enfant et ses parents et

¹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3.

² *Idem*, p. 4-5. Plus largement, sur la méthode conventionnelle et ses failles, voir §19-49.

³ *Idem*, §25.

⁴ Voir *idem*, §27-29.

⁵ Voir *idem*, §49.

⁶ *Nota bene* : la discrimination ne relève pas du Code criminel canadien et se cantonne à la sphère du droit civil.

⁷ *E.g. Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 RCS 657, §42 et 57, *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 RCS 396, par. 64, ou plus récemment *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc.*, *op. cit.*, §32 : « [d]epuis plus de 30 ans, notre Cour reconnaît que la discrimination peut se manifester sous diverses formes, qu'elle peut notamment être « indirecte » ou résulter « d'un effet préjudiciable » ».

⁸ *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, 1993 CanLII 2978 (CAF).

qu'il « s'agissait d'une forme indirecte de discrimination sexuelle, fondée sur l'association de l'appelant avec un groupe de personnes »¹. Néanmoins, la dimension byzantine de la décision adoptée réside dans les lignes suivant immédiatement ces motifs et précisant qu'ils n'ont pas vocation à consacrer un principe général de discrimination par association. La Cour préféra en effet s'arrêter au milieu du gué et laisser expressément à une autre occasion l'examen de cette question² que les cours provinciales du Québec et de Colombie-Britannique ont à ce jour refusé de trancher³.

Face à cette situation en suspens, depuis 1990, le Code ontarien consacre quant à lui la discrimination par association *via* son article 12, qui dispose : « *constitue une atteinte à un droit reconnu dans la partie I le fait d'exercer une discrimination fondée sur des rapports, une association ou des activités avec une personne ou un groupe de personnes identifiées par un motif illicite de discrimination* ». Le Tribunal ontarien des droits de la personne considère au sujet de cet article : « *it is obviously intended to catch situations where there is discrimination, but the victim's circumstances do not fit squarely into the wording in Part I of the Code* »⁴. Après une décision pionnière en 1977⁵, fut ainsi sanctionné au regard de l'article 12 le fait de licencier ou de traiter de manière défavorable un employé sur le fondement de la maladie de son épouse (e.g. VIH et hépatite C)⁶ ou de son lien de parenté avec une employée elle-même soumise à des pratiques discriminatoires à raison de son handicap⁷. En outre, l'article 12 a également trouvé à s'appliquer au bénéfice d'individus soumis à un traitement défavorable pour s'être ouvertement érigés à l'encontre de pratiques discriminatoires ne les affectant pas personnellement. Constituent par conséquent des discriminations par association le fait de sanctionner un employé ayant protesté contre des propos racistes⁸, le fait de licencier un employé ayant soutenu une collègue lors de sa confrontation avec son employeur l'ayant sexuellement agressée⁹ ou encore, le fait de mettre un terme à l'autorisation d'occupation d'un emplacement de marché par une artisane pour avoir refusé de se séparer de ses collaboratrices transgenres¹⁰. En somme, la discrimination par association est sollicitée à titre subsidiaire, lorsque la protection principale ne bénéficie pas à la victime en dépit d'un traitement

¹ *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 RCS 358, §26.

² *Idem*, p. 362.

³ *McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153 (CanLII), §94 et *Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 3555 (CanLII), §103-104.

⁴ *Knibbs v. Brant Artillery Gunners Club*, 2011 HRTO 1032 (CanLII), par. 174. Voir encore *Cunanan v. Boolean Development Ltd*, 2003 HRTO 17 (CanLII), §68.

⁵ *John v. Johnstone* (September 16, 1977), n°82, Eberts (Ont. Bd. Of Inquiry).

⁶ *Giguere v. Popeye Restaurant*, 2008 HRTO 2 (CanLII).

⁷ *Knibbs v. Brant Artillery Gunners Club, Op. Cit.*, §174.

⁸ *Barclay v. Royal Canadian Legion, Branch 12* (1997), 31 CHRR D/486 (Ont. Bd. Of Inq.).

⁹ *Metcalfe v. Papa Jie's Pizza & Chicken Inc*, 2005 HRTO 46.

¹⁰ *Salsman v. London Sales Arena Corp.*, 2014 HRTO 775 (CanLII), §50 et 83.

défavorable illégitime initialement fondé sur l'un des motifs énumérés ou analogues. En dépit de son utilité manifeste, cette notion demeure en attente de généralisation hors des frontières ontariennes¹.

3. Discrimination intersectionnelle

Autre concept attestant de la complexité du phénomène discriminatoire, la notion de discrimination intersectionnelle a intégré le raisonnement des juges canadiens au début des années 1990. Elle fut le fruit de la difficulté à identifier avec certitude le motif fondant l'acte discriminatoire, dans certains cas, au regard de l'alternative offerte par des actes complexes, semblant trouver leur source dans le rejet de plusieurs caractéristiques. Si les tribunaux canadiens acceptaient d'ores et déjà l'invocation de multiples motifs au soutien de l'allégation de discrimination, il s'agissait désormais d'affiner la qualification en admettant l'inopportunité de faire primer une caractéristique unique comme facteur déterminant et par conséquent, comme point d'ancrage intime du préjudice². Face à ces configurations, émergea le choix d'une reconnaissance juridique de la discrimination intersectionnelle, conçue comme le résultat d'une influence combinée de caractéristiques personnelles considérées également et de manière concomitante³. Ces initiatives exploratoires suscitèrent rapidement un écho au sein de la Cour suprême *via* les opinions dissidentes de la juge L'Heureux-Dubé. Celle-ci avançait en 1993, au sujet des configurations spécifiques ci-dessus envisagées, que « *classer ce genre de discrimination comme étant principalement fondée sur [l'un ou l'autre motif], c'est mal concevoir la réalité des actes discriminatoires tels qu'ils sont perçus par les victimes. Il peut y avoir discrimination fondée sur plusieurs motifs de distinction et, lorsque cela se produit, il n'est pas réellement important de déterminer lequel des motifs l'emporte* »⁴. Un an plus tard, elle ajoutait, toujours en dissidence, que « *les formes de discrimination ne peuvent être réduites à des compartiments étanches ; il arrive fréquemment qu'elles se chevauchent largement* »⁵.

Depuis, les juridictions spécialisées ont progressivement donner corps à ces propos, souvent de manière implicite, plus rarement de manière frontale. Le Tribunal ontarien des droits de la personne a ainsi ouvertement désigné l'analyse intersectionnelle : « *an intersectional analysis of discrimination is a fact-driven exercise that assesses the disparate relevancy and impact of*

¹ Pour nuancer : la discrimination par association figure également au sein du Code des droits de la personne du Manitoba (art. 9(1)) et du *Newfoundland and Labrador Human Rights Act* (art. 9(4)).

² Voir *Frank v. AJR. Enterprises*, [1993] 23 CHRR D/228 (BCCHR), p. 234.

³ Voir *Sparks v. Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority*, 1993 CanLII 3176 (NS CA), p. 234.

⁴ *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 RCS 554, p. 643-644.

⁵ *Egan c. Canada*, [1994] 2 RCS 513, p. 563.

the possibility of compound discrimination »¹. En outre, il s'est notamment chargé d'expliquer les bienfaits de cette approche face aux carences d'une approche moniste (« *the reliance on a single axis analysis where multiple grounds of discrimination are found tends to minimize [or even obliterate²] the impact of the other ground of discrimination* »³) ou même d'une approche compartimentée ou cumulative⁴ (« *the law must acknowledge that she is not a woman who happens to be Black, or a Black person who happens to be female, but a Black woman [...] the whole is more than the sum of the parts* »⁵). Ainsi, lorsqu'elle permettait d'affiner l'appréhension du stéréotype et, par voie de conséquence, du préjudice subi, l'approche intersectionnelle fut retenue par les tribunaux⁶.

Néanmoins, cette approche fut rejetée lorsqu'elle n'était pas justifiée par la spécificité de la perception externe de la victime soit la codétermination de l'acte discriminatoire par les différents motifs en cause⁷. Or, son rejet dans certains cas semble au moins aussi crucial que peut l'être sa considération à d'autres occasions. La pertinence de l'intersectionnalité demeure en effet attachée à l'évaluation, soit de l'assignation identitaire et négative située à la source de l'acte discriminatoire, soit des mécanismes concourant à l'effet discriminatoire. En aucun cas elle ne doit servir à caractériser les particularités de la victime qui collectionnerait les motifs potentiellement discriminatoires. Certes, cet outil conceptuel s'avère indiscutablement pertinent lorsqu'il s'agit d'affiner la compréhension de la discrimination et, en écho, la détermination des sanctions appropriées. En revanche, il ne saurait s'agir d'une méthode de caractérisation des sujets de la discrimination et encore moins d'internalisation de l'analyse juridictionnelle, déplaçant le cœur de l'analyse de la perception externe ou des mécanismes d'action de l'effet défavorable vers la sacralisation du point de vue interne de la victime.

4. Discrimination systémique

¹ Baylis-Flannery v. DeWilde (*Tri Community Physiotherapy*), 2003 HRTO 28 (CanLII), §143.

² *Idem*, §144.

³ *Flamand v. DGN Investments*, 2005 HRTO 10 (CanLII), §140.

⁴ Sur les qualifications de ces approches, moniste, compartimentée et cumulative, voir Bilge, S. et Roy, O., « La discrimination intersectionnelle : la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire », 25 Can. J.L. & Soc. 51 2010.

⁵ Baylis-Flannery v. DeWilde, *op. cit.*, §145.

⁶ *McAllister-Windsor c. Canada (Développement des ressources humaines)*, 2001 CanLII 20691 (TCDP), §52 ; *Falkiner v. Ontario (Minister of Community and Social Services)*, 2002 CanLII 44902 (ON CA), §82-93 ; *Arias v. Desai*, 2003 HRTO 1 (CanLII), point 6(1) ; *Ontario Human Rights Commission v. Motsewetsho*, 2003 HRTO 21 (CanLII), par. 231 et 234 ; *Radek v. Henderson Development (Canada) Ltd.*, [2003] 48 CHRR D/43 BCHRT 67, §53 ; *Gorzasas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 458 (CanLII), §36.

⁷ E.g. *M.D.R. v. Ontario (Deputy Registrar General)*, 2006 CanLII 19053 (ON SC), par. 176, ou encore *Hogan v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2006 HRTO 32 (CanLII), §209 (objet de la dissidence du juge Hendricks).

Autre marque de complexité et de diversité du phénomène discriminatoire, le concept de discrimination systémique fut véritablement saisi par la Cour suprême en 1987¹, trois années après le rapport de la Commission royale sur l'égalité en matière d'emploi conduit par la juge Abella². Ce premier pas fut celui de l'amorce d'une réflexion, liant le phénomène discriminatoire à une logique de système, à la fois en amont, en ce qu'elle procède d'une multiplicité de facteurs hétérogènes, mais aussi en aval, en ce qu'elle tend à alimenter un cercle vicieux de perpétuation du préjugé initial. En amont, la discrimination systémique est pour la Cour ce « *qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination* »³. Ainsi, « *la discrimination systémique est souvent involontaire. Elle résulte de pratiques et de politiques établies qui, en fait, ont une incidence négative sur les perspectives d'embauche et d'avancement d'un groupe particulier* »⁴. Mais l'effet systémique s'accumule en aval puisque, à cela, « *s'ajoutent les attitudes des administrateurs et des collègues de travail qui acceptent une vision stéréotypée des compétences et du « rôle approprié » du groupe touché, laquelle vision conduit à la conviction ferme que les membres de ce groupe sont incapables de faire un certain travail, même si cette conclusion est objectivement fausse* »⁵. Par conséquent, le phénomène s'auto-perpétue « *du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces « naturelles »* »⁶.

La seconde étape jurisprudentielle fut celle du cadrage conceptuel, visant à saisir les caractéristiques essentielles de la discrimination systémique. En 1996, la Cour d'appel fédérale complétait : « *le concept de la discrimination systémique est axé sur les formes de discrimination les plus subtiles [...]. Il est fondé sur la reconnaissance du fait que les mœurs sociales et culturelles de longue date transmettent des présomptions de valeur qui contribuent à créer de la discrimination sous des formes totalement ou presque entièrement voilées et inconscientes* »⁷. Il s'agit d'un « *un phénomène continu qui a des origines profondes dans*

¹ *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 SCR 1114.

² Commission sur l'égalité en matière d'emploi (Abella, R. S.), *Égalité en matière d'emploi : rapport d'une Commission royale*, Ottawa, gouvernement du Canada, 1984, 282 p.

³ *CN c. Canada*, *op. cit.*, p. 1139. Voir encore p. 1138 : « *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* ».

⁴ *Idem*, p. 1143.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Idem*, p. 1139. Voir encore *CDPDJ c. Gaz métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24 (CanLII), §28 : l'exclusion initiale des femmes « *a engendré à son tour l'absence de prise en compte de leur point de vue, de leur expérience et de certaines de leurs caractéristiques lors de l'élaboration de normes ou de standards institutionnels* ».

⁷ *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, 1996 CanLII 4067 (CAF), §14.

l'histoire et dans les attitudes sociétales »¹. Reconnaisant la difficulté à avancer une définition claire et précise², les juridictions ontariennes ont également tenté de cerner les émanations du phénomène : « *[s]ystemic discrimination is a complex underlying social process which is revealed by incidents, acts and consequences and is recognized by its impact on specific classes of people. Policy and procedures underlie the system and personnel visibly represent it* »³. Elles ont en outre affirmé la dimension inclusive de la discrimination systémique : « *it can include direct or overt discrimination as well as the more subtle forms of discrimination such as adverse impact discrimination and entrenched and long held discriminatory attitudes and beliefs* »⁴. Pour autant, la Cour suprême a pris le soin de distinguer la discrimination systémique de la discrimination « *individuelle* », insistant sur la différence liée à la quantité de personne défavorisées ou exclues⁵. Quant au Tribunal québécois des droits de la personne, il s'est quant à lui chargé d'insister, au-delà de l'hétérogénéité des causes, sur la distinction entre discrimination systémique et discrimination indirecte : la seconde étant axée sur la systématique de l'exclusion ou de la défaveur opposée aux personnes caractérisées par le motif en cause quand la première est axée sur l'effet disproportionné – mais non systématique – de cette exclusion ou de cette défaveur⁶.

Lorsqu'elle se trouve confrontée à des cas de discrimination systémique⁷, la Cour suprême semble continuer à se référer à ses premières considérations de 1987 en dépit d'une définition sectorielle attachée à l'égalité en emploi⁸. Cela étant, il serait possible d'insister sur une nouvelle définition jurisprudentielle⁹, avancée par le Tribunal québécois en 2008. Outre le fait d'être énoncée de manière générale, sans ancrage spécifique au sein du domaine de l'emploi, elle possède le double mérite de la synthèse et de la clarté en présentant la discrimination systémique comme « *la somme d'effets d'exclusion disproportionnés qui résultent de l'effet conjugué d'attitudes empreintes de préjugés et de stéréotypes, souvent inconscients, et de*

¹ *Idem*, par. 16. Voir encore *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du trésor)*, 1996 CanLII 1874 (TCDP), §82.

² *Brome v. Ontario (Human Rights Commission)*, (1999) 171 D.L.R. (4th) 538 (Ont. Div. Ct.), §50 : « *it is insidious and by its very nature as difficult to define as it is to pinpoint* ».

³ *Idem*, §16.

⁴ *Ibid.* Voir encore *Pivot Legal Society v. Downtown Vancouver Business Improvement Assn. (No. 6)*, 2012 BCHRT 23, §581.

⁵ *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2012] 3 RCS 360, §58.

⁶ *CDPDJ c. Gaz métropolitain inc.*, *op. cit.*, §28.

⁷ À titre non exhaustif, pour des analyses jurisprudentielles de discrimination systémique potentielle, voir *Goyette c. Syndicat des Employés Terminus Voyageur Colonial*, 1997 CanLII 1815 (TCDP), *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, *op. cit.*, *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du trésor)*, *Op. Cit.*, *Société canadienne des postes c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2008] 4 RCF 648, *Murray c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, 2009 TDFP 33 (CanLII) et *Murray c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2014 CF 139 (CanLII).

⁸ En ce sens, voir *Moore c. Colombie-Britannique*, *op. cit.*, §59.

⁹ Pour une rare définition de la discrimination systémique en droit positif, voir art. 9(3) du Code des droits de la personne du Manitoba.

politiques et pratiques généralement adoptées sans tenir compte des caractéristiques des membres de groupes visés par l'interdiction de la discrimination »¹.

En conclusion, au vu de ce large panel conceptuel, il importe de relever l'activité cruciale des juridictions canadiennes dans l'interprétation évolutive des lois anti-discriminatoires afin d'appréhender le phénomène dans sa diversité, permettant « *de constater l'existence de nouvelles formes de discrimination au fur et à mesure qu'elles se manifestent dans notre société* »².

§2. L'émergence du litige comme enjeu du régime probatoire

Au-delà de ces difficultés d'ordre conceptuel, face à la nécessité de faire émerger le litige, le régime général de preuve s'est longtemps présenté comme un défi technique de l'appréhension contentieuse de la discrimination. Si quelques assouplissements salutaires ont été introduits (A), certaines problématiques persistent, notamment face aux *hard cases* et aux modalités de preuve de la discrimination systémique (B).

A. Le régime général de preuve : une souplesse nécessaire

Entre règles classiques et assouplissements spécifiques, les rouages du régime probatoire en matière de discrimination reposent tant sur le degré d'exigence de la preuve que sur la répartition entre les parties du fardeau qu'elle constitue, sur la détermination de son objet ainsi que sur l'admissibilité des modes de preuve.

1. Le degré et la charge de la preuve

En raison de l'absence de traitement pénal de la discrimination au Canada, le degré de preuve exigé correspond à celui requis en droit civil, reposant sur la prépondérance des probabilités³. Pour satisfaire ce critère, la preuve doit être complète, suffisante, claire et convaincante⁴. En l'absence de norme objective, l'appréciation de ces caractéristiques demeure néanmoins discrétionnaire pour les juridictions⁵. Quant à la charge de la preuve, elle est classiquement répartie en deux temps. Dans un premier temps, il appartient au demandeur de démontrer l'existence d'une discrimination *prima facie*, ce qui revient à présenter les éléments de faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination. S'il y parvient, dans un second temps,

¹ CDPDJ c. Gaz métropolitain inc., op.cit., §36.

² Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc., op. cit., §34.

³ Voir *idem*, §65.

⁴ Voir *ibid.* et F.H. c. McDougall, [2008] 3 RCS 41, §46.

⁵ En ce sens, voir F.H. c. McDougall, [2008] 3 RCS 41, §46.

l'intimé devra justifier la conduite ou la pratique en cause en suivant le régime d'exemptions législatives. S'il échoue, le tribunal conclura à l'existence d'une discrimination. À l'inverse, s'il justifie la pratique en cause, la requête sera rejetée, en dépit de la reconnaissance d'une discrimination *prima facie*¹.

Afin de démontrer la preuve d'une discrimination *prima facie*, les étapes diffèrent légèrement en fonction de l'instrument juridique invoqué. De manière synthétique, si la violation alléguée est celle du Code ontarien, de la Charte canadienne ou de la Loi fédérale sur les droits de la personne, le demandeur doit démontrer trois éléments : l'existence d'un traitement défavorable (*e.g.* décision, mesure, conduite, etc.), le fait que l'un des motifs énumérés ou analogues lui a été assigné, et que ce motif a été un facteur dans l'administration du traitement mis en cause². En revanche, la rédaction particulière de l'article 10 de la Charte québécoise – similaire à l'article 14 de la CEDH – impose une étape supplémentaire. En sus, doit-être démontré que le traitement défavorable (*i.e.* « *distinction, exclusion ou préférence* ») a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté garanti par la Charte³.

2. L'objet de la preuve

Si la charge de la preuve telle que présentée ci-dessus ne constitue guère une spécificité propre au Canada, il en va autrement de l'objet de la preuve que les considérations jurisprudentielles ont progressivement allégé par le biais d'une interprétation favorable aux requérants. Trois particularités majeures méritent d'être soulignées, relatives à l'intention de l'intimé, à la relation entre la discrimination et le motif invoqué, ainsi qu'à l'approche multidimensionnelle ou contextuelle du motif.

Premièrement, en 1985, la Cour suprême a affirmé la nécessité d'émanciper la qualification de discrimination vis-à-vis de l'intention de son auteur : « *la preuve de l'intention, une exigence nécessaire dans notre façon d'aborder une loi criminelle et punitive, ne devrait pas être un facteur déterminant dans l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne qui vise à éliminer la*

¹ Voir notamment *Moore c. Colombie-Britannique*, *op. cit.*, §33 ou encore *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc.*, *op. cit.* p. 791 et §64.

² Récemment, *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc.*, *op. cit.*, §42 et 52. Pour l'Ontario, voir *Shaw v. Phipps*, 2010 ONSC 3884 (CanLII), §47 ou encore *Peel Law Association v. Pieters*, 2013 ONCA 396 (CanLII), §56.

³ *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 90, p. 98, *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712, par. 78, *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 790, p. 817 ; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 RCS 279 ; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 RCS 525, p. 538.

discrimination »¹. Cette position, constamment réaffirmée depuis², s'inscrit en continuité de la démarche jurisprudentielle focalisée sur les effets discriminatoires. Par ailleurs, comme souligné dès 1990, elle demeure indispensable afin de lutter contre la discrimination systémique : « *l'accent mis sur les effets, et non sur l'intention, s'explique facilement si l'on tient compte du fait que la discrimination systémique est beaucoup plus répandue dans notre société que la discrimination intentionnelle. Inclure dans des dispositions relatives aux droits de la personne l'exigence subjective de l'intention, au lieu de permettre aux tribunaux de porter uniquement leur attention sur les effets, ferait donc échec à l'un des principaux objectifs des lois interdisant la discrimination* »³.

Ensuite, en 1989, la Cour suprême a considéré que, pour que soit retenue la violation, il suffit que l'attribution d'une caractéristique énumérée ou analogue « *constitue un facteur du traitement dont il fait l'objet* »⁴. En clair, cela signifie d'une part que le motif n'a pas à constituer l'unique fondement de la pratique en cause : « *[i]l n'est pas essentiel que ce lien soit exclusif : il suffit que le motif ait contribué aux décisions ou aux gestes reprochés pour que ces derniers soient considérés discriminatoires* »⁵. Cela signifie en outre qu'il n'a pas à constituer le fondement essentiel ou principal de la pratique : « *it does not have to be the only or primary reason* »⁶. Dans la perspective d'une preuve de la discrimination *prima facie* : « *[a]ll that is required is that there be a "connection" between the adverse treatment and the ground of discrimination. The ground of discrimination must somehow be a "factor" in the adverse treatment* »⁷. Par conséquent, il n'est « *ni approprié ni juste* » de recourir aux termes de « *lien causal* » pour caractériser la prise en compte du motif en vue de l'imposition de la discrimination⁸. Pour la Cour suprême, « *[c]onclure autrement reviendrait à faire abstraction du fait que, comme les actes d'un défendeur peuvent s'expliquer par une multitude de raisons, la preuve d'un tel rapport pourrait imposer un fardeau trop exigeant au demandeur* »⁹.

Enfin, en 2000, la Cour a amorcé une nouvelle approche dite « *contextuelle* » ou « *multidimensionnelle* ». Théorisée au sujet du handicap, cette approche se refuse à enfermer la caractéristique en cause dans « *une définition étanche et dépourvue de souplesse* ». Elle lui préfère une définition inclusive, conduisant les juges à tenir compte de la dimension socio-

¹ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, *op. cit.*, §14.

² *E.g. Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 173; *Ville de Montréal*, *op. cit.*, §35.

³ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 RCS 892, p. 931.

⁴ *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 SCR 1252, p. 1288-1289.

⁵ *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc.*, *op. cit.*, p. 792 et §45, 48 et 49. Voir encore *Ontario (Human Rights Comm.) v. Gaines Pet Foods Corp.*, 1993 CanLII 5605 (ON SC), par. 7, *Dominion Mangement v. Velenosi*, 1997 CanLII 14482 (ON CA), par. 1, *McLean v. DY 4 Systems*, 2010 HRT0 1107, §62.

⁶ *Macan v. Strongco*, 2013 HRT0 841, §100.

⁷ *Peel Law Association v. Pieters*, 2013 ONCA 396 (CanLII), §59.

⁸ *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc.*, *op. cit.*, §51.

⁹ *Ibid.*

politique du motif invoqué¹. La Cour considère ainsi que l'interdiction de la discrimination sur le fondement du handicap vise, selon l'approche multidimensionnelle, à mettre un terme au « *phénomène social du handicap* »² (« *une personne peut n'avoir aucune limitation dans la vie courante sauf celles qui sont créées par le préjudice et les stéréotypes* »³). Plus que la cause, l'origine ou même la véracité du handicap, c'est alors la perception de celui-ci qui est au cœur de la preuve. Que le handicap soit réel ou imputé à tort, que les limitations en raison du handicap soient avérées ou simplement supposées, la personne sera protégée par le droit anti-discriminatoire. Là encore, cette approche répond à une interprétation téléologique dès lors que « *les objectifs de la Charte [...] ne sauraient se réaliser à moins que l'on reconnaisse que les actes discriminatoires puissent être fondés autant sur les perceptions, les mythes et les stéréotypes que sur l'existence de limitations fonctionnelles réelles* »⁴.

En résumé, au regard de ces interprétations jurisprudentielles, l'objet de la preuve consiste en la démonstration que la perception – même erronée – d'une caractéristique énumérée ou analogue constituait un facteur – même secondaire – d'un traitement défavorable, et ce, indépendamment de l'intention de son auteur.

3. Les modes de preuve

Comme la Cour suprême l'a relevé récemment, bien que le degré de la preuve exigé soit calqué sur le standard en matière civile, il existe en vertu des législations anti-discriminatoires des règles assouplies concernant l'admissibilité et l'administration de la preuve⁵. Concrètement, les tribunaux des droits de la personne peuvent accepter tout moyen de preuve : écrit, présomption, témoignage, *affidavit*, aveu, élément matériel, statistique, expertise, *testing*, etc. Ce choix s'explique par la volonté de favoriser le règlement des litiges pour discrimination « *de façon plus expéditive et moins coûteuse devant des juridictions plus accessibles et moins formalistes* »⁶. Par ailleurs, en raison de la nature subtile voire intentionnellement masquée de la discrimination, les cours provinciales et fédérales ont eu l'occasion d'affirmer à de maintes reprises qu'il serait inopportun d'exiger du requérant une preuve directe. En alternative, ce sont

¹ *Ville de Montréal, op. cit.*, p. 667.

² *Idem*, §83.

³ *Idem*, §77.

⁴ *Idem*, §39 et 48. Pour illustration, voir *James obo James v. Silver Campsites and another (No. 2)*, 2011 BCHRT 370 (CanLII), §178-179 ou encore *Lipskaia v. Fabcor*, 2013 BCHRT 2 (CanLII), §20.

⁵ *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc., op. cit.*, §67. Au Québec, voir art. 123 de la Charte québécoise et art. 1 des Règles de procédure et de pratique du Tribunal des droits de la personne (chapitre C-12, r. 4). En Ontario, voir art. 43(1) du Code.

⁶ *Idem*, §67-68.

essentiellement des éléments de preuve et des déductions circonstanciels qui sont attendus¹. Bien qu'elle ne soit pas indispensable, la comparaison intergroupe peut constituer l'un de ces éléments², tout comme la simple concordance temporelle³.

Parmi les différents modes de preuve, l'un d'entre eux, le témoignage, mérite une attention particulière en raison de son aspect absolument déterminant devant les Tribunaux des droits de la personne, notamment ceux dont la saisine est directe (e.g. Ontario, Colombie-Britannique) – impliquant une absence d'enquête et d'expertise préalables de la Commission⁴. Sa simplicité, sa rapidité d'évaluation, son accessibilité et sa gratuité l'érigent en mode de preuve essentiel. Néanmoins, sa pertinence demeure conditionnée par l'extrême rigueur de son évaluation, ce qui a conduit les juridictions anti-discriminatoires à s'approprier et à développer la jurisprudence existante liée à la technique d'évaluation des témoignages. Cette évaluation est notamment fondée sur la crédibilité, reposant elle-même sur deux critères : l'honnêteté et la fiabilité⁵. Le premier relève de la sincérité du témoin, le second se réfère à un alliage complexe de facteurs cognitifs, psychologiques, rhétoriques, culturels, temporels et contextuels qui affectent la précision de la perception du témoin, sa mémoire des événements et la forme même de son témoignage⁶. La probabilité de la preuve repose alors sur le lien logique interne au témoignage et sur sa concordance avec les éléments externes soulevés⁷. Aux fins d'évaluation, les cours ont développé un faisceau d'indices permettant de servir la pertinence des déductions du juge : étendue des connaissances du témoin, capacité d'observation, de discernement, de mémorisation, de description⁸, motivations personnelles, relation avec les parties, cohérence interne des éléments probants, incohérences et contradictions au regard des éléments de preuve externes au témoignage, manière rhétorique d'amener les éléments probants⁹, intérêt personnel connexe à la solution du litige, incapacité à mobiliser des témoins ou des éléments clefs permettant de trancher les faits disputés¹⁰, constance des souvenirs, capacité à résister à la

¹ En ce sens, voir, entre autres, *Khiamal v. Canada (Human Rights Commission)*, 2009 FC 495 (CanLII), §59, *Phipps v. Toronto Police Services Board*, 2009 HRTD 877 (CanLII), par. 16, *Ebrahimi v. Durham District School Board*, 2011 HRTD 2319 (CanLII), §45, *Byaruhanga v. Toronto Police Services Board*, 2013 HRTD 1028, par. 27, ou encore *Siddoo v. International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Local 502*, 2015 CHRT 21 (CanLII), §21.

² *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75 ou encore *Lavender Cooperative Housing Assn. v. Ford*, 2011 BCCA 114, §73-77.

³ *Morris v. Kingsway Asset Management Ltd. and Elsafadi*, 2012 AHRC 9, par. 61 ou encore *Kooner-Rilcof v. BNA Smart Payment Systems and another*, 2012 BCHRT 263 (CanLII), §59 : “the timing alone would indicate a nexus such that an explanation from the respondents is required”.

⁴ Selon les provinces, la saisine peut être directe (Ontario, Colombie-Britannique) ou filtrée par une Commission des droits de la personne (Canada fédéral *de jure*, Québec *de facto*).

⁵ *Faryna v. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354, §10-11.

⁶ *R. v. Taylor*, 2010 ONCJ 396 (CanLII), §58 ou encore *R. v. Morrissey*, 1995 CanLII 3498 (ON CA).

⁷ *Visic v. Elia Associates Professional Corporation*, 2011 HRTD 1230, §54.

⁸ *Faryna v. Chorny*, *op. cit.*, §10-11, ou encore *R. v. Morrissey*, *op. cit.*

⁹ *Cugliari v. Telefficiency Corporation*, 2006 HRTD 7, §26.

¹⁰ *Shah v. George Brown College*, 2009 HRTD 920 (CanLII), §14.

modification de ces souvenirs en vue de renforcer leur utilité, récusation partielle sous l'épreuve, aspect déraisonnable, impossible ou improbable des faits relatés, attitude générale du témoin¹, etc². *In fine*, au regard de l'ensemble de ces indications, il appartiendra au juge d'apprécier discrétionnairement³ les éléments considérés pour évaluer la preuve, selon la prépondérance des probabilités.

B. La problématique des modes de preuve dans le traitement des *hard cases*

Au-delà de ces précisions d'ordre général, l'administration de la preuve a de surcroît été éprouvée dans des cas plus spécifiques où la complexité et la subtilité du phénomène discriminatoire interroge avec une prégnance particulière l'adéquation des modes de preuve. Au premier plan de ces *hard cases* se trouve la discrimination systémique, qu'elle soit manifestée dans le domaine de l'emploi ou sous la forme du contrôle au faciès.

1. La discrimination systémique

En même temps qu'il représente un progrès considérable, le traitement juridictionnel de la discrimination systémique soulève des défis d'une envergure comparable qui tendent à éprouver les cours. Et si ce traitement juridictionnel distingue les dimensions individuelle et systémique, cela n'écartera pas la possibilité que celles-ci se retrouvent conjointement au sein d'une même requête. C'est pourquoi, une exigence préliminaire repose sur la clarification des interrelations susceptibles d'exister entre ces dimensions. À cet égard, dans un premier sens, il est possible de faire dériver l'élément systémique de l'élément individuel. Ainsi, le juge canadien reconnaît la possibilité d'être saisi de problématiques d'ordre systémique par un requérant n'agissant que pour lui-même⁴. Alors, l'élément systémique peut se manifester dans les considérations du juge tant au niveau de l'analyse sur le fond que, le cas échéant, au niveau des mesures de redressement prononcées. La prétention individuelle joue de la sorte un rôle de catalyseur qui permet d'envisager la réalisation de la législation anti-discriminatoire à une échelle élargie. Dans un second sens, l'élément individuel peut à son tour être affecté par l'élément systémique. Ainsi, lorsqu'une plainte vise le prononcé de mesures d'ordre

¹ *Bradshaw v. Stenner*, [2010] BCSC 1398, §186.

² *Loomba v. Home Depot Canada*, 2010 HRTO 1434 (CanLII), §16, *Visic v. Elia Associates Professional Corporation*, 2011 HRTO 1230, §54, ou encore *Van Hartevelt v. Grewal*, [2012] BCSC 658, §30.

³ *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 RCS 3, §65, *R. v. Taylor, Op. Cit.*, §60, ou encore *Visic v. Elia Associates Professional Corporation, op. cit.*, §54.

⁴ Explicite in *British Columbia (Ministry of Public Safety and Solicitor General) v. Mzite*, 2014 BCCA 220, §72-73. E.g. *Kelly v. B.C. (Ministry of Public Safety and Solicitor General) (No. 2)*, 2009 BCHRT 363 (CanLII), ou encore *Gichuru v. The Law Society of British Columbia (No. 4)*, 2009 BCHRT 360 (CanLII).

systémique, il est envisageable de lui reconnaître un intérêt public – non systématique¹. De manière plus significative, sous condition d'un lien suffisant, la preuve d'une discrimination individuelle *prima facie* peut dériver de l'établissement d'une discrimination systémique² – la réciprocité du mécanisme n'étant évidemment pas admise.

Au-delà de ces précisions et en dépit des différences substantielles, le régime de preuve applicable est globalement identique. La Cour d'appel fédérale a notamment précisé que la dimension systémique n'imposait pas un rehaussement du seuil de la preuve au-delà de tout doute raisonnable, maintenant à l'inverse un degré d'exigence calqué sur la prépondérance des probabilités³. La répartition de la charge de la preuve obéit aux mêmes règles qu'en cas de discrimination individuelle et les étapes de la preuve d'une discrimination *prima facie* demeurent inchangées⁴. La principale difficulté repose alors sur les modes de preuve adéquats en vue de la démonstration de l'existence d'une discrimination systémique *prima facie*. À ce titre, l'outil statistique est un indicateur de choix. Dans le domaine de l'emploi, il permet notamment de quantifier l'effet disproportionné de l'exclusion par l'analyse des taux de réussite aux tests d'embauche⁵ ou par la mise en relation du taux d'utilisation (*i.e.* nombre de femmes ou de membres d'un groupe protégé⁶ pour un travail particulier) avec le taux de disponibilité (*i.e.* nombre de femmes ou de membres d'un groupe protégé disposant des qualités requises dans le bassin d'emploi considéré)⁷. Le problème principal repose néanmoins sur l'accessibilité difficile de cet instrument statistique. Son obtention dépend, entre autres choses, de la collaboration de l'institution concernée, de la collecte statistique nationale adéquate à une analyse séquencée en fonction des motifs de discrimination, du recours concomitant à une expertise en vue du décryptage et du maniement parfois complexe des données, sans compter la difficulté du recueil statistique dans certains secteurs comme la fourniture de biens et services⁸. Or, les exigences en matière de preuve ne doivent pas rendre la tâche impossible pour le requérant⁹. Les juridictions canadiennes se sont opposées en ce sens à ce que les impératifs de la preuve impliquent « *que le demandeur doive produire des données ou autres éléments de preuve du domaine des sciences sociales qui ne sont pas accessibles à tous* » ou, plus

¹ *A and B v. Famous Players Films and C*, 2005 BCHRT 432. Cet intérêt public, dérivé de la dimension systémique, a parfois contribué à la recevabilité exceptionnelle d'une requête soumise tardivement. En ce sens, voir *L v. B.C. (Ministry of Children and Family Development)*, 2011 BCHRT 214, §99.

² *Murray c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, *op. cit.*, §103.

³ *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada*, *op. cit.*

⁴ *Coast Mountain Bus Company Ltd. V. National Automobile Aerospace et Transportation and General Workers of Canada (CAW-Canada), Local 111*, 2010 BCCA 447 par. 59-61.

⁵ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *op. cit.*, §11.

⁶ Essentiellement : femmes, personnes en situation de handicap, Autochtones, membres des minorités visibles.

⁷ *CDPDJ c. Gaz Métropolitain*, *op. cit.*, p. 56.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Radek v. Henderson Development (Canada and Securiguard Services (No. 3))*, 2005 BCHRT 302, §507.

généralement, qu'il fasse « *la preuve de questions qu'on ne peut pas raisonnablement supposer être de sa connaissance* »¹. En alternative, la Cour suprême envisage que les tribunaux s'appuient, dans les cas opportuns, « *uniquement sur la connaissance d'office et sur le raisonnement logique pour trancher la question* »². Ainsi, en dépit d'une utilité manifeste lorsqu'elle est disponible, la preuve par instruments statistiques n'est pas indispensable au soutien de l'allégation de discrimination systémique et le mode de preuve peut varier en fonction de la nature et du contexte particulier de la plainte³. Dès lors, l'accessibilité délicate et le coût éventuel des statistiques invitent les juridictions à penser des modes de preuves alternatifs, tant en matière de discrimination systémique en emploi qu'en matière de contrôle au faciès.

2. La discrimination systémique en emploi

En emploi, l'impact disproportionné peut notamment être démontré par un retour aux principes premiers dégagés par le rapport *Abella* de 1984 et l'arrêt de principe de la Cour suprême de 1987, reposant sur l'analyse directe « *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* »⁴. Pour le Tribunal québécois des droits de la personne, la preuve de discrimination systémique repose dans ce cas de figure « *essentiellement sur un ensemble de faits tels que des politiques institutionnelles, des processus décisionnels, des comportements et des attitudes* »⁵. C'est en conséquence une lecture transversale de cet ensemble de faits au prisme de l'interdiction de la discrimination systémique qui permettra de satisfaire les exigences de la preuve. Il sera ainsi question d'analyser « *des pratiques concrètes ayant cours en matière de recrutement, de sélection, d'embauche, de promotion et de conditions de travail* »⁶. Dans un cas d'espèce emblématique, outre la sous-représentation des femmes dans les emplois manuels, la juridiction s'est penchée sur les exigences préalables du poste, sur le processus de recrutement externe ainsi que sur la culture organisationnelle au sein de l'entreprise⁷. Dans une autre affaire, l'experte intervenant au soutien de la requête faisait référence à « *trois éléments diagnostiques : le taux de représentation, les politiques et pratiques d'embauche (les systèmes d'emploi) et la culture*

¹ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497, §77 et 80. Considérations appliquées à la discrimination systémique par *Radek v. Henderson Development*, *op. cit.*, §511.

² *Ibid.*

³ *Radek v. Henderson Development*, *op. cit.*, §509 et 504.

⁴ Commission sur l'égalité en matière d'emploi (*Abella, R. S.*), *Égalité en matière d'emploi*, *op. cit.*, p. 2, et *CN c. Canada*, *op. cit.*, p. 1138.

⁵ *CDPDJ c. Gaz métropolitain inc.*, *op. cit.*, §67.

⁶ *Idem*, §40.

⁷ *Idem*, §90.

organisationnelle »¹. En bref, selon la Cour fédérale, la preuve de la discrimination systémique appelle une étude multidisciplinaire², au cas par cas, incitant les tribunaux à « *faire preuve de souplesse lorsqu'il s'agit d'évaluer quel type d'élément de preuve ou de méthode est suffisant pour établir le bien-fondé* » des plaintes, considérant au besoin des « *renseignements génériques* »³.

3. Le contrôle au faciès

Parmi les phénomènes de discrimination systémique, le cas du contrôle au faciès – ou « *profilage racial* » outre-Atlantique – mérite une insistance particulière⁴. Après plusieurs formulations par les juridictions d'appel⁵, la Cour suprême a récemment arrêté une définition faisant office de référence, relayant les considérations de la Commission québécoise et englobant « *toute action prise par une ou des personnes en situation d'autorité à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes, pour des raisons de sûreté, de sécurité ou de protection du public, qui repose sur des facteurs d'appartenance réelle ou présumée, tels la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale ou la religion, sans motif réel ou soupçon raisonnable, et qui a pour effet d'exposer la personne à un examen ou à un traitement différent* »⁶. Le Tribunal ontarien des droits de la personne a quant à lui déterminé trois causes potentielles au phénomène : une manifestation ouverte de racisme, une influence inconsciente de stéréotypes ou une revendication d'efficacité de l'action. Au sujet de ce dernier élément causal, il précisait : « *another potential cause for profiling is the belief that if police experience demonstrates that certain groups are involved in certain types of crimes more than other groups, then it would be an efficient use of police resources to target those groups. This is no longer an accepted method of policing and is not openly acknowledged or taught as a proper method of police procedure* »⁷. À l'inverse, la Cour d'appel relevait dans une autre affaire : « *racial profiling will also ultimately undermine effective policing both by misdirecting valuable and limited resources and by alienating law-abiding members of the community who are members of the targeted race* »⁸.

¹ *Murray c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, op. cit., §43.

² *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, 1999 CanLII 9380 (CF), §130.

³ *Société canadienne des postes c. Alliance de la fonction publique du Canada*, op. cit., §198-203.

⁴ Sur la dimension systémique du profilage racial, voir *Nassiah v. Peel (Regional Municipality) Services Board*, 2007 HRTO 14 (CanLII), §113.

⁵ Voir *R. v. Richards*, 1999 CanLII 1602 (ON CA) réaffirmée in *R. v. Brown*, 2003 ONCA 52142 (CanLII), par. 7, *Peart v. Peel Regional Police Services*, 2006 CanLII 37566 (ON CA), §90, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Service de police de la ville de Montréal) (SPVM)*, 2012 QCTDP 5, §173, ou encore *Pierre-Louis c. Québec (Ville de)*, 2014 QCCA 1554 (CanLII), §59.

⁶ *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc.*, op. cit., §33.

⁷ *Nassiah v. Peel (Regional Municipality) Services Board*, op. cit., §127-129.

⁸ *Peart v. Peel Regional Police Services*, op. cit., §93.

Si elle sera prochainement facilitée en Ontario par l'instauration à compter du 1^{er} janvier 2017 d'un récépissé, la preuve demeure complexe à ce stade¹. Là encore, la preuve directe n'est pas indispensable et c'est en alternative la preuve circonstancielle qui permettra de démontrer la discrimination *prima facie*². De même, il suffit que la caractéristique ait concouru au profilage sans qu'elle n'en constitue nécessairement le facteur principal³. Ainsi, un officier de police qui constate l'accélération d'un véhicule et décide de l'arrêter en partie en raison de la couleur de peau du conducteur commet, pour les juridictions canadiennes, un acte de profilage racial, et ce, en dépit du fait que la vitesse du véhicule aurait pu justifier son action⁴. Enfin, le profilage discriminatoire ne peut en aucun cas être justifié *a posteriori*, par le fait que le ciblage ait permis la découverte d'un fait illicite⁵. Cela reviendrait purement et simplement à légitimer rétroactivement un acte discriminatoire par l'effet qu'il produit.

Partant de la jurisprudence canadienne, la Commission québécoise des droits de la personne a dressé une liste de huit critères principaux permettant la preuve circonstancielle du profilage racial ou contrôle au faciès⁶. Sont considérés : le motif de l'intervention ou de l'arrestation (*e.g.* prise en considération du fait qu'un jeune homme noir conduise une voiture de sport, une voiture de luxe, qu'il s'arrête dans une zone non prévue à cet effet ou encore la prise en compte de son style vestimentaire⁷) ; la présence d'investigation non appropriées ou abusives dans le cadre de la prévention du crime (*e.g.* recherche dans les fichiers d'un signalement de véhicule volé en amont de l'interception, fouille illégale de véhicule, recherche de casier judiciaire sans motif de suspicion légitime, filature arbitraire, réitération de fouilles corporelles en l'absence de tout indice justifiant une telle insistance⁸) ; les éventuels comportements inadéquats témoignant d'une certaine intransigeance (*e.g.* agressivité manifeste d'un gardien de sécurité ou prononcé des propos xénophobes⁹) ; la prise de décision inhabituelle (*e.g.* recours à une force excessive ou demande préventive et disproportionnée de renfort¹⁰) ; une pratique

¹ Voir *R. v. Brown*, *op. cit.*, §8 ou encore *Peel Regional Police Services*, *op. cit.*, p. 93.

² *R. v. Brown*, *Op. Cit.*, p. 44 ou encore *Johnson v. Halifax Regional Police Service* (2003), 48 CHRR D/307 (NS Bd. Of Inq.), §8, 9 et 44.

³ *CDPDJ c. Montréal (SPVM)*, *op. cit.*, §191 : « l'existence d'autres motifs légaux d'intervention ne peut justifier le profilage ainsi exercé ».

⁴ *Peart v. Peel Regional Police Services*, 2006 CanLII 37566 (ON CA), §91.

⁵ *R. v. Khan*, *op. cit.*, §69.

⁶ *CDPDJ (Turenne, M.), Prouver le profilage racial : perspectives pour un recours civil*, Montréal, Direction de la recherche et de la planification, 2006, 65 p.

⁷ Respectivement : *R. v. Brown*, *op. cit.*, §46, *R. v. Khan*, *op. cit.*, §68, *CDPDJ c. SPVM*, *op. cit.*, §222, et *R. v. Campbell*, *op. cit.*, §76-83.

⁸ Respectivement : *R. v. Brown*, *op. cit.*, §46 et 54, *R. v. Khan*, *op. cit.*, §67, *CDPDJ c. SPVM*, *op. cit.*, §263, *R. v. Campbell*, *op. cit.*, §93, et *Nassiah v. Peel*, *op. cit.* §166.

⁹ Respectivement : *Radek v. Henderson Development*, *op. cit.*, §471, *CDPDJ c. SPVM*, *op. cit.*, §239, et *Nassiah v. Peel*, *op. cit.* §107.

¹⁰ *Johnson v. Halifax Regional Police Service*, *op. cit.*, p. 30.

organisationnelle révélant en transparence une technique de profilage systémique¹ ; la fragilité des explications fournies par les intimés² (e.g. contradictions voire fabrication d'éléments de preuve *a posteriori*³) ; une comparaison interindividuelle ou intergroupe (e.g. par le biais de témoignages) ; et, enfin, l'analyse du contexte social (e.g. *via* des expertises permettant d'élargir l'approche à une dimension macro-sociétale propre à situer le fait litigieux en filiation de pratiques systémiques⁴).

Ces premières considérations esquissent d'ores et déjà la place déterminante qu'occupe l'initiative du juge en vue du dépassement des obstacles liés à l'appréhension conceptuelle et probatoire de la discrimination. Son action permet notamment une modernisation en temps réel des formes de discrimination juridiquement reconnues et une adaptation sur mesure des modalités de preuve. Poursuivre l'analyse de l'expérience judiciaire canadienne ne fait que confirmer l'instrumentalisation de l'herméneutique du juge au profit de l'efficacité du traitement contentieux.

Section 2. Le traitement contentieux de la discrimination : entre dialectique et stratégie juridictionnelle

Une fois la discrimination *prima facie* appréhendée par le juge, celui-ci peut librement amorcer son raisonnement. Lors de cet exercice, la dialectique ne saurait être résumée à un pur syllogisme dans la mesure où le volontarisme dont le juge fait preuve l'érige en un outil stratégique manifeste. D'une part, le raisonnement se trouve amplement influencé par *l'habitus* du juge et ses tendances axiologiques lorsque ce dernier se trouve confronté aux droits de la personne (§1). D'autre part, ce raisonnement aboutit le cas échéant à un dispositif sanctionnant la discrimination, dispositif que le juge est susceptible d'instrumentaliser en vue de décupler la portée de son action, au-delà du seul aspect réparateur (§2).

§1. L'*habitus* du juge comme matrice de l'analyse contentieuse

Lors de l'instance, à la lueur des faits présentés, il appartient au juge d'apprécier la pertinence des allégations et arguments respectifs du requérant et de l'intimé. À ce stade, *l'habitus* du juge peut raisonnablement être présenté comme un facteur déterminant, notamment au regard de son

¹ *Radek v. Henderson Development*, par. 126 et 604.

² *R. v. Khan*, *op. cit.*, §66 et 68.

³ *R. v. Brown*, *op. cit.*, §46, et *R. v. Campbell*, *op. cit.*, §98.

⁴ *Nassiah v. Peel*, *op. cit.* §34.

influence sur les exigences et tolérances de ce dernier face aux impératifs de l'égalité (A) et au bien-fondé des justifications avancées (B).

A. Le paradigme d'interprétation téléologique : une exigence de l'égalité

En matière d'interprétation, il est opportun de situer les considérations suivantes au sein d'un système juridique qui, à certains égards, se pare d'une fonction de catalyseur du volontarisme jurisprudentiel. Cela étant, les répercussions de ce volontarisme servent indubitablement le droit anti-discriminatoire, tant en matière d'interprétation du contenu des dispositions, de leur valeur juridique ou encore en matière d'acception du principe d'égalité.

1. L'effectivité comme prisme interprétatif

En matière anti-discriminatoire, la Cour suprême fonde utilement son office sur l'exigence de primauté de l'interprétation « *la plus pratique et la plus efficace* »¹. Cette optique rejoint la *Loi d'interprétation* de 1985 qui précise que « *tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet* »². Pour le juge McIntyre, le Code ontarien des droits de la personne devait ainsi être interprété « *dans un sens plus large que le sens le plus étroit que peuvent avoir les termes qui y sont employés* » afin de « *promouvoir ses fins générales* »³. Plus explicitement, toujours au sujet des lois anti-discriminatoires, la juge La Forest énonçait en 1987 l'impératif d'une interprétation « *juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets* », « *à promouvoir les considérations de politique générale qui l[es] sous-tendent* » en vue de « *reconnaître et de donner effet pleinement aux droits énoncés* »⁴. Constattement réaffirmée par les cours, cette « *méthode d'interprétation large et libérale* »⁵ se limite aux dispositions interdisant la discrimination. Les exceptions à ces dispositions sont quant à elles assujetties à une interprétation restrictive⁶. Brièvement, parmi les autres principes directeurs,

¹ *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 RCS 275, p. 284.

² *LRC 1985*, c I-21. Art. 12.

³ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, *op. cit.*, §12.

⁴ *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 RCS 84, §8.

⁵ *Ibid.* Voir encore *Ville de Montréal, Op. Cit.*, par. 71, *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 RCS 345, par. 42, *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 RCS 571, p. 572 et 578, *Québec (CDPDJ) c. Maksteel Québec inc.*, [2003] RCS 228, par. 10, *CDPDJ c. Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis*, 2007 QCTDP 29, par. 205, *CN c. Canada, op. cit.*, p. 1115, *Université de la Colombie-Britannique c. Berg, op. cit.*, p. 370, etc.

⁶ *Bhinder c. CN*, [1985] 2 RCS 561, §44.

figurent en outre la dimension souple et évolutive de l'interprétation¹ ainsi que l'harmonisation interprovinciale².

2. La nature « *quasi-constitutionnelle* » des dispositions anti-discriminatoires

De manière plus audacieuse, alors que les Codes et les Lois de consolidation sur les droits de la personne bénéficient formellement d'un statut législatif – à l'exception de la Charte canadienne de valeur constitutionnelle –, l'axiologie du juge a contribué au renforcement de leur valeur juridique. En 1982, le juge Lamer précisait en effet que la loi anti-discriminatoire « *et les valeurs qu'elle tend à promouvoir et à protéger, sont, hormis les dispositions constitutionnelles, plus importantes que toutes les autres. En conséquence à moins que le législateur ne se soit exprimé autrement en termes clairs et exprès [...], il a voulu qu['elle] ait préséance sur toutes les autres lois lorsqu'il y a conflit* »³. Le juge McIntyre appuyait ces propos en précisant trois ans plus tard qu'une telle loi « *est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitutionnelle [...]. Elle est cependant d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions* »⁴. Vint ensuite le temps des superlatifs concrétisant sémantiquement la considération juridictionnelle privilégiée des lois anti-discriminatoires, instruments juridiques « *d'une nature qui sort de l'ordinaire* »⁵, « *quasi constitutionnelle* » et « *unique* »⁶, jouissant d'un « *statut spécial* »⁷, sorte de « *loi[s] fondamentale[s], d'ordre public, quasi constitutionnelle[s], qui commande[nt] une interprétation large et libérale* »⁸. Au-delà d'une démarche symboliquement forte, cette nature spéciale possède un impact crucial sur les relations inter-normatives en évacuant la problématique de leur conciliation avec les dispositions législatives hors droits et libertés. Précisément, les premières considérations du juge Lamer mentionnées ci-dessus furent développées en écho à la problématique de la conciliation revendiquée entre le Code anti-discriminatoire et l'*Insurance Act* de Colombie-Britannique. Par conséquent, cette initiative prétorienne impose désormais que toute disposition

¹ *Québec (CDPDJ) c. Maksteel Québec inc.*, op. cit., §11, ou encore *CDPDJ c. Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis*, op. cit., §205.

² *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, op. cit., p. 373, *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, op. cit., p. 48, ou encore *Entrop v. Imperial Oil Limited*, 2000 CanLII 16800 (ON CA).

³ *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 RCS 145, p. 158.

⁴ *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 RCS 150, p. 156.

⁵ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, op. cit., §12.

⁶ *Canada (Procureur général) c. Mossop*, op. cit., p. 611-612.

⁷ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, op. cit., §42.

⁸ *Idem*, p. 116. Voir encore *B c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, op. cit., p. 404.

juridique soit nécessairement interprétée conformément au sens large et libéral des dispositions favorisant la lutte contre les discriminations en raison de leur valeur « *quasi-constitutionnelle* ».

3. L'acception de l'égalité

Quant à l'interprétation du concept d'égalité, tel qu'exprimé par les quatre droits constitutionnels (*i.e.* droit à l'égalité devant la loi, à l'égalité dans la loi, à l'égal protection et à l'égal bénéfice de la loi), elle fut tranchée sans ambages lors du premier cas d'espèce relatif à l'article 15 de la Charte canadienne. À l'occasion de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, la plume du juge McIntyre admettait avec un mérite certain la complexité et la subjectivité de la notion. En premier lieu, il reconnaît qu'il s'agit d'un « *concept difficile à saisir qui, plus que tous les autres droits et libertés garantis dans la Charte, ne comporte pas de définition précise* »¹. Il se réfère ensuite aux écrits de John H. Schaar, présentant l'égalité comme une notion à signification variable qui constitue « *l'un de ces symboles politiques -- liberté et fraternité en sont d'autres -- dans lesquels les hommes ont enfoui les désirs les plus profonds de leur cœur* », avant d'ajouter que chaque conception, nécessairement particulière, « *relève à la fois de la psychologie, de l'éthique, d'une conception des relations sociales et d'une vision de la société juste* »². Loin des incantations dogmatiques, la dimension idéologique – et subjective – du concept est ici frontalement assumée.

S'en suit une charge virulente convoquant les dérives historiques dont s'accommoderait – et a pu s'accommoder – une conception – certes ultra minimaliste – de l'égalité formelle (lois de Nuremberg, *Plessy v. Ferguson* et précédentes décisions de la Cour suprême canadienne relatives aux femmes et aux membres des bandes indiennes³). Au sens de la Charte de 1982, le fondement du blâme repose ici sur les désastres de l'égalité devant la loi sans l'égalité dans la loi, c'est à dire l'application égale de la loi sans l'application à tous (« *une mauvaise loi ne peut être sauvegardée pour la simple raison qu'elle s'applique également à ceux qu'elle vise* »⁴). De surcroît, le raisonnement de la Cour, conduit par le juge McIntyre, s'inscrit en filiation des propos du juge Frankfurter in *Dennis v. United States* (« *it was a wise man who said that there is no greater inequality than the equal treatment of unequals* »)⁵ et de certaines observations du Stagirite issues d'*Éthique à Nicomaque* au sujet de l'égalité formelle (« *[s]i les personnes ne sont pas égales, elles n'obtiendront pas dans la façon dont elles seront traitées l'égalité* »)⁶. La critique repose cette fois

¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 164.

² *Ibid.*

³ Voir not. *R. c. Drybones*, [1970] RCS 282 et *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 RCS 183.

⁴ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 167.

⁵ 339 U.S. 162 (1950), p. 184.

⁶ Tel que cité in *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 166.

sur l'insuffisance de l'égalité devant la loi (*i.e.* la loi s'applique également à tous), même cumulée à l'égalité dans la loi (*i.e.* la loi ne fait acception de personne), dès lors que les sujets diffèrent en substance. Ce positionnement théorique opère alors un basculement dans la perception de la loi, non plus simplement comme instrument devant s'abstenir d'accroître les inégalités, mais comme instrument devant rétablir l'égalité.

Pour ce faire, la Cour suprême emprunte la voie d'une égalité matérielle ou plus exactement d'une égalité matérialisée, c'est-à-dire qui « *ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée* »¹. Puisque l'on admet que l'identité de traitement entre individus peut occasionner des situations d'inégalité selon les différences de caractéristiques personnelles et de situations, pour s'approcher de l'idéal d'égalité, « *la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu* ». L'égalité s'apprécie alors en aval, au niveau des effets de la loi et par conséquent à la suite – ou en anticipation – du résultat de son application. C'est ce stade que concrétisent juridiquement deux des quatre droits constitutionnels à l'égalité, ajoutés en 1982 : le droit à l'égale protection et le droit à l'égal bénéfice de la loi. Selon cette conception, la règle de l'égalité comme traitement identique de situations analogues et de traitement différent de situations différentes peut persister. Simplement, l'analogie ou de la divergence des situations ne saurait être appréciée en amont, préalablement aux effets du traitement. Cela conduirait à négliger toute une série de points de friction entre caractéristiques personnelles et modalités d'application du traitement qui déboucheraient *in fine* sur une situation d'inégalité considérée comme illégitime². En clair : « *tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. [...] [S]elon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre* »³.

Certes, cette conception protectrice n'est guère source de simplification et peut – à juste titre – sembler partisane dans la mesure où la subjectivité irrigue l'égalité par l'appréciation de la légitimité des contraintes ou des défaveurs et, *in fine*, de l'opportunité de leur correction. Néanmoins, à l'opposé, il serait fallacieux de croire qu'une égalité cantonnée à une méthode objective suffirait à exfiltrer la dimension subjective et idéologique du concept et à l'ériger de ce

¹ *Idem*, p. 164.

² Voir *R. c. Turpin*, [1989] 1 RCS 1296, p. 1298 : « *nul ne doit supporter un inconvénient plus grand que les autres en raison du fond ou de l'application de la loi* ».

³ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 165.

fait en un principe neutre. Dès lors qu'il est admis que l'indifférence aux inégalités sociales qui altèrent potentiellement le bénéfice ou la protection de la loi conduit à leur maintien, la neutralité s'apparente inévitablement à un choix partisan. À cet égard, la Cour suprême a pu souligner qu'« *interpréter les lois sur les droits de la personne principalement en fonction de l'égalité formelle mine la promesse d'égalité réelle qu'elles comportent et empêche l'examen des effets de la discrimination systémique* »¹. Elle poursuit : « *la norme qui fait inutilement abstraction des différences entre les personnes va à l'encontre des interdictions contenues dans les lois [anti-discriminatoires] et doit être remplacée* »². La conception de l'égalité se trouve alors en parfaite adéquation avec une analyse juridique de la discrimination focalisée sur les effets de la pratique ou de la mesure, au détriment de ses modalités d'application – et explique au passage la dimension secondaire de la frontière entre discrimination directe et indirecte, précisément caractérisée par la modalité d'application du traitement (*i.e.* traitement différent ou traitement identique en apparence neutre).

B. L'appréciation des justifications avancées : une tolérance encadrée

Au-delà des exemptions législatives particulières (*e.g.* liées à l'âge, aux conditions de nationalité, etc.) il existe plusieurs justifications possibles d'une mesure en apparence discriminatoire. Mise à part la clause de justification générale de la Charte canadienne³, trois justifications potentielles sont régulièrement soumises à l'appréciation du juge : la nature de programme spécial, l'exigence professionnelle justifiée et la contrainte excessive.

1. Les programmes spéciaux

Bien qu'il s'agisse moins d'une justification potentielle de l'atteinte à l'égalité que d'une modalité particulière de sa réalisation⁴, au Canada, la nature de « *programme spécial* » fait échec aux allégations discriminatoires. À cette fin, les législations provinciales prévoient généralement dans leur Code – Loi ou Charte – sur les droits de la personne une disposition qui reconnaît leur vocation correctrice (*i.e.* éliminer les obstacles discriminatoires de nature

¹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *op. cit.*, §41.

² *Idem*, §68.

³ Art. 1 : « *La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique* ». Sur ce point, voir notamment *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 RCS 906, *Egan c. Canada*, *op. Cit.*, *Miron c. Trudel*, *op. cit.* ou encore *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 RCS 256.

⁴ En ce sens, voir *R. c. Kapp*, [2008] 2 RCS 483, §37 : « *[l]e paragraphe 15(2) favorise la pleine expression de l'égalité plutôt que la dérogation à celle-ci* ».

systemique) et qui les place hors du champ d'application de l'interdiction de la discrimination¹. La Cour suprême admet cette spécificité tout en insistant sur le fait qu'elle se trouve évidemment conditionnée par la démonstration de l'objet améliorateur du programme et de son application à un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue². Inévitablement, en voulant aider certains groupes, ces programmes en excluent d'autres. La Cour reconnaît à cet égard la possibilité d'établir des priorités et estime qu'imposer aux institutions – gouvernementales ou non – qui s'engagent sur la voie de ces programmes de favoriser l'ensemble des groupes affectés par la discrimination systémique « *entraînerait une perte d'occasions réelles de réduire les désavantages et les préjugés* »³. Ces programmes spéciaux permettent ainsi de renforcer l'égalité réelle par l'amélioration de la situation des membres de groupes défavorisés ayant souffert de discriminations dans le passé⁴ sans qu'ils ne soient considérés comme des mesures inconstitutionnelles ou des mesures de « *discrimination à rebours* »⁵.

2. L'exigence professionnelle justifiée

Plus proche du statut de justification de la discrimination admissible par le juge, l'exigence professionnelle justifiée fut l'objet de considérations détaillées de la Cour suprême en 1999. Dans son arrêt dit « *Meiorin* », celle-ci a conçu et exposé le test jurisprudentiel encadrant la recevabilité du bien-fondé de cette justification. En l'espèce, il était question de la validité d'une règle posant une norme minimale – commune aux femmes et aux hommes – de condition physique pour les pompiers forestiers de Colombie-Britannique⁶. Ses effets ayant révélé une discrimination *prima facie*, le problème de droit reposait sur les critères de détermination de l'exigence professionnelle justifiée. La Cour a alors adopté un test composé de trois étapes, imposant à l'employeur de démontrer : qu'il a adopté la mesure dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause ; en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but ; et, enfin, que la mesure est véritablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail⁷.

¹ E.g. art. 15(2) de la Charte canadienne des droits et libertés, art. 16(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne, art. 14(1) du Code ontarien, art. 42(1) du *Human Rights Code* de Colombie-Britannique, art. 86 de la Charte québécoise, art. 11 du Code du Manitoba, etc.

² *R. c. Kapp*, *op. cit.*, §41. Pour une analyse détaillée voir §27-55.

³ *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2 RCS 670, §41.

⁴ Voir *idem*, §40 ou encore *R. c. Kapp*, *op. cit.*, §37.

⁵ *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, *op. cit.*, §41 ou encore *R. c. Kapp*, *op. cit.*, §37.

⁶ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *op. cit.*, p. 3.

⁷ *Idem*, §54. Pour un cas d'application, voir notamment *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 SCR 868, §15-45.

La première étape du test repose sur l'identification à la fois de l'objet général de la règle ou de la pratique contestée et des exigences objectives du travail, afin de déterminer le lien rationnel susceptible d'unir ces deux éléments. Lorsqu'il n'existe aucun lien rationnel, l'objet général ne sera pas retenu par le juge comme légitime et la règle ou la pratique ne pourra constituer une exigence professionnelle justifiée¹. Dans l'hypothèse inverse, il importe de poursuivre la démarche par l'examen de la deuxième étape qui repose sur l'élément subjectif du test. Même rationnellement envisageable, encore convient-il de démontrer que la règle ou la pratique était jugée raisonnable et n'était pas motivée par une animosité discriminatoire². Si tel est le cas, il incombera enfin à l'employeur d'établir que la règle ou pratique est véritablement nécessaire, c'est-à-dire qu'il est « *impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive* »³. Au sujet de cette dernière étape, la Cour suprême précise que « *les cours de justice et les tribunaux administratifs devraient tenir compte des diverses manières dont il est possible de composer avec les capacités d'un individu. Outre les évaluations individuelles visant à déterminer si la personne a les aptitudes ou les compétences requises pour exécuter le travail, il y a lieu de prendre en considération, lorsque cela est indiqué, la possibilité d'exécuter le travail de différentes manières tout en réalisant l'objet légitime lié à l'emploi que vise l'employeur* »⁴. Conscient de la délicatesse de la démarche, la Cour dresse une liste de six questions permettant de guider le raisonnement⁵. *In fine*, s'il est conclu à la possibilité de composer avec des différences individuelles sans que l'employeur ne subisse de contrainte excessive, la mesure ou pratique sera illégitime aux yeux du juge. En revanche, si l'employeur apporte cumulativement satisfaction aux trois étapes du test, alors il pourra se prévaloir d'une exigence professionnelle justifiée⁶.

3. La contrainte excessive

À la fois composante de l'ultime étape du test de l'exigence professionnelle justifiée et justification autonome – lorsqu'est en cause non une règle ou pratique mais un cas spécifique d'accommodement raisonnable –, la contrainte excessive a été progressivement encadrée par les considérations jurisprudentielles⁷. En pratique, cette notion est intimement liée à l'obligation juridique d'accommodement raisonnable, elle-même dérivée de l'interdiction de

¹ *Idem*, §57-59.

² *Idem*, §60.

³ *Idem*, §62-64.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Idem*, §65.

⁶ *Idem*, §67.

⁷ Voir notamment *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears*, *op. cit.*, et *Bhinder c. CN*, *op. cit.*

discrimination¹. Cette obligation vise à empêcher que des personnes aptes ne soient injustement exclues alors que les conditions de travail pourraient être raisonnablement adaptées². Pour ce faire, une obligation juridique pèse sur l'employeur qui se doit d'offrir des mesures d'accommodement dès lors que cela n'occasionne pas de contrainte excessive. Concernant les modalités de l'accommodement envisageable selon le juge, elles sont aussi nombreuses qu'hétérogènes : horaires de travail variables, assouplissement de la tâche de l'employé, autorisation de déplacement personnel, aménagement physique du poste de travail, instauration d'un temps partiel, attribution d'un nouveau poste, etc³. Quant au degré de contrainte exigé pour que l'obligation juridique disparaisse, les tribunaux rejettent l'invocation d'inconvénients « négligeables » et ne retiennent que l'« atteinte réelle, non pas anodine mais importante »⁴. C'est ce que traduit l'apposition de l'adjectif « excessive » à la contrainte, la dissociant ainsi d'une contrainte acceptable qui ne constituerait aux yeux du juge que la contrepartie légitime et raisonnable du droit à l'égal protection ou à l'égal bénéfice de la loi⁵.

La problématique essentielle demeure alors la détermination des éléments contraignants permettant de franchir le point de basculement cristallisant l'excès. À cet égard, il est bien établi que l'obligation d'accommodement n'a pas pour objet de dénaturer l'essence du contrat, c'est-à-dire l'obligation pour l'employé de fournir une prestation de travail en contrepartie de la rémunération⁶. En conséquence, l'employeur n'a pas l'obligation de modifier les conditions de travail de façon fondamentale⁷. En clair, pour la Cour suprême, « l'obligation d'accommodement qui incombe à l'employeur cesse là où les obligations fondamentales rattachées à la relation de travail ne peuvent plus être remplies par l'employé dans un avenir prévisible »⁸. Quant aux manifestations concrètes de la contrainte excessive, la jurisprudence a souligné le rôle particulier de plusieurs facteurs : le coût financier – sans en faire un critère absolu⁹ –, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel, l'interchangeabilité et la capacité d'adaptation des effectifs et des installations, la sécurité, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent¹⁰, la taille de l'entreprise et les conditions économiques

¹ Ibidem.

² *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 RCS 561, §14.

³ Ibidem, §17.

⁴ *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 SCR 970, p. 984.

⁵ Ibidem.

⁶ *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, op. cit., §15.

⁷ Ibidem, §16.

⁸ Ibidem, §19.

⁹ Sur l'absence de caractère systématiquement justificatif du seul coût financier, voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 RCS 624, par. 87-94, *Conseil des Canadiens avec déficience v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 RCS 650, §128.

¹⁰ *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 RCS 489, p. 491.

auxquelles elle est confrontée, la capacité de déplacer ou de récupérer les coûts de l'accommodement, la possibilité de financement externe (*i.e.* déductions fiscales)¹, etc. Cette énumération n'est en aucun cas exhaustive et demeure extensible au vu des particularités des cas d'espèce et des principes directeurs de la jurisprudence².

§2. La résolution du litige comme finalité curative et opportunité préventive de la discrimination

Une fois le litige saisi et pleinement appréhendé par les juridictions, encore convient-il de trancher le contentieux et de lui apporter une réponse par l'intermédiaire du dispositif. À ce stade, deux paramètres s'avèrent essentiels au prononcé d'une réponse appropriée et efficace au regard de l'impératif de réalisation du dispositif anti-discriminatoire : la nature de la réponse apportée (A) et son degré de sévérité (B).

A. La nature de la réponse juridictionnelle : dualité et complémentarité des mesures ordonnées

Au Canada, le choix du dépassement de l'approche punitive a conduit les juridictions à concevoir la sanction sous deux angles complémentaires : l'imposition de mesures de réparation du préjudice et, le cas échéant, l'imposition de mesures préventives.

1. Le dépassement de l'approche répressive

En continuité des motivations ayant mené à l'adoption des législations provinciales sur les droits de la personne (*i.e.* notamment le fait que les sanctions pénales ne produisaient pas les effets escomptés³), la jurisprudence a écarté la méthode répressive, mettant l'accent sur l'impératif d'éradication de la discrimination⁴, estimé être servi avec davantage d'efficacité par une voie civile et des tribunaux spécialisés. Au sein de ce système, la finalité ne repose pas sur la sanction de l'auteur, responsable de la discrimination, mais sur l'offre d'une voie de recours efficace, propre à assurer l'effectivité du droit⁵ – lui-même interprété largement en vue de la réalisation de son objet. De cette perspective découle le désintérêt à la fois pour l'intention et pour la faute : « *[l]es*

¹ *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, *op. cit.*, §131-132.

² *Idem*, §131.

³ À ce sujet, voir Morin, A., *Le droit à l'égalité au Canada*, *op. cit.*, p. 33-34. Parmi les raisons en soutien : les blocages et craintes au niveau du dépôt de plaintes, les blocages au niveau de l'instruction, l'absence de caractère réparateur pour la victime, le manque d'audace des tribunaux, etc.

⁴ Notamment *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, *op. cit.*, §14.

⁵ En ce sens, *Ontario Human Rights Commission v. Farris*, 2012 ONSC 3876 (CanLII), §36.

théories, étant axées sur la faute, n'ont absolument aucune pertinence [...] car [...] une loi relative aux droits de la personne a un but essentiellement réparateur qui consiste à éliminer des conditions antisociales sans égards aux motifs ou intentions de ceux qui en sont à l'origine »¹. Elle « ne vise pas à déterminer la faute ni à punir une conduite. Elle est de nature réparatrice. Elle vise à déceler les actes discriminatoires et à les supprimer »². Pour éradiquer les effets de la discrimination, deux réponses s'avèrent complémentaires. La réparation constitue une réponse à l'égard de la discrimination spécifiquement alléguée par le requérant. Elle prendra généralement la forme d'une indemnisation du préjudice subi. En sus, la prévention constitue une réponse à l'égard du système discriminatoire, notamment en cas de caractère systémique avéré³.

2. Les sanctions préventives et mesures de redressement systémique

De manière constante, les cours ont admis que la prévention de la discrimination systémique exige des sanctions à caractère systémique⁴. À ce sujet, contrairement à ce qui est parfois avancé, les mesures de redressement ne visent pas la réparation des discriminations passées mais la prévention des discriminations futures. Si elle peut sembler illégitime de prime abord, l'imposition de mesures préventives contraignantes résulte de la probabilité de l'occurrence de ces discriminations qui, elle-même, découle généralement du constat de la dimension systémique perpétuant les effets discriminatoires en dépit de la reconnaissance et de la sanction juridictionnelle du système en cause en l'espèce. Simplement, c'est l'expérience du passé qui fonde l'élaboration des correctifs ayant vocation à faire obstacle aux discriminations futures⁵. Dit autrement : « *l'objectif n'est pas d'indemniser les victimes du passé ni même d'ouvrir de nouveaux horizons à des individus particuliers qui, par le passé, se sont vu refuser inégalement un emploi ou une promotion [...] [mais] de faire en sorte qu'à l'avenir les postulants et les travailleurs du groupe touché n'aient pas à faire face aux mêmes barrières insidieuses* »⁶. Pour les cours, ces « *mesures préventives innovatrices et imaginatives* » cherchent à « *rompre le cercle vicieux de la discrimination systémique* » qui prend sa source

¹ *Robichaud c. Canada*, op. cit., §11.

² *Idem*, §13.

³ *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, Op. Cit., p. 1115 et 1138, ou encore *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 RCS 650, §127.

⁴ E.g. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 RCS 1120, §253, ou encore *CDPDJ c. Gaz métropolitain inc.*, op. cit., §495. Récemment, la Cour suprême a saisi l'occasion de réaffirmer le lien existant entre la dimension commune de la discrimination systémique et la nécessité de mesure « préventives », moins justifiées par la preuve d'un quelconque préjudice que par les effets constatés des pratiques situées à la source de l'exclusion. Voir *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 RCS 467, p. 473.

⁵ *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, op. cit., p. 1145.

⁶ *Idem*, p. 1143-1144.

« dans les attitudes, préjugés, manières de penser, et habitudes qui ont pu s'installer au cours de plusieurs générations »¹.

Lorsqu'elles s'inscrivent dans le secteur de l'emploi, ces mesures de redressement sont susceptibles de comprendre plusieurs volets, enjoignant notamment : à fixer un taux d'embauche prioritaire sous réserve de qualités et aptitudes essentielles², à revisiter les procédures de recrutement³, à écarter les critères injustifiés de recrutement qui soutiennent l'exclusion disproportionnée d'un groupe⁴ ou encore à réformer le cadre institutionnel afin d'investir des pouvoirs de contrôle et de suivi⁵. Ces mesures possèdent selon la Cour trois objectifs essentiels : contrer les effets cumulatifs de la discrimination systémique et limiter le risque de discrimination supplémentaire ; faire obstacle aux attitudes stéréotypées en permettant aux personnes exclues de prouver leurs capacités ; et faciliter l'émergence d'une « *masse critique* », conçue à terme comme facteur autonomisé de réduction des iniquités en emploi⁶. Cela étant, les programmes d'équité – ou d'accès à l'égalité – en emploi ne constituent pas les seules manifestations des mesures de redressement préventives. Il est relativement courant que le tribunal des droits de la personne qui reconnaît un cas de discrimination ordonne le suivi, individuel ou collectif, d'une formation portant sur l'obligation – générale ou spécifique – de non-discrimination⁷. En sus, il peut également ordonner – de manière isolée ou combinée – l'élaboration d'une politique institutionnelle interne de lutte contre les

¹ *Idem*, p. 1116, 1140 et 1143.

² E.g. *CDPDJ c. Gaz métropolitain inc.*, *op. cit.* : « le tribunal ordonne aux parties défenderesse [...] d'embaucher prioritairement les femmes ayant les qualités et aptitudes essentielles requises pour exercer le travail en cause avec un taux de nomination préférentielle établi à 40 % ».

³ E.g. *ibidem* : « de s'assurer que les tests d'embauche et les outils de sélection soient soumis à une validation critériée [...] ; d'adopter les mesures nécessaires pour que les responsables de la conception et de l'administration des entrevues et des tests pratiques aient des instructions claires et précises visant à traiter les candidates [...] sans discrimination fondée sur le sexe ; de modifier le système d'entrevue afin d'en retirer les questions ayant un effet discriminatoire [...] ; de modifier l'examen théorique afin d'en retirer les questions, tirées du test Bennett, ayant un effet discriminatoire ».

⁴ E.g. *ibid.* : « le tribunal ordonne aux parties défenderesse [...] de cesser d'exiger que les candidates et les candidats [...] détiennent préalablement un permis de conduire classe 3 ; de cesser d'exiger que les candidates [...] possèdent une expérience préalable dans un emploi non traditionnel ; d'adapter aux caractéristiques physiques des femmes les tests de sélection, les outils et les méthodes de travail [...] tout en permettant l'exécution sûre et efficace du travail effectué de différentes manières dans un tel poste ».

⁵ E.g. *ibid.* : « le tribunal ordonne aux parties défenderesse [...] de mettre sur pied un comité pour contrer le harcèlement sexuel et sexiste au travail qui comporte une représentation de femmes Préposées réseau/Stagiaires réseau ainsi que de la direction de l'entreprise ».

⁶ *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, *op. cit.*, p. 1143-1144.

⁷ *Sharpe v. Cheuk*, 2015 HRTO 10 (CanLII), *Seck v. Mirzaei*, 2015 HRTO 101 (CanLII), *Bain v. River Poker Tour*, 2015 HRTO 734 (CanLII), *Kamis v. 1903397 Ontario Inc.*, 2015 HRTO 741 (CanLII), *Lougheed v. Little Buddies Preschool Centre*, 2015 HRTO 909 (CanLII), ou encore *Wratten v. 2347656 Ontario Inc.*, 2015 HRTO 1041 (CanLII).

discriminations¹, possiblement à la suite d'une expertise indépendante aux frais de l'intimé² ou sur consultation de la Commission des droits de la personne³. Comme souligné précédemment, ces mesures de prévention sont complémentaires et accompagnent les mesures de réparation procédant quant à elle à l'indemnisation du préjudice.

B. L'indemnisation du préjudice

Comme en matière d'interprétation de la portée matérielle des dispositions anti-discriminatoires, les tribunaux canadiens plaident en faveur d'une interprétation large et libérale dans l'attribution des dommages-intérêts⁴. Au soutien de cette position se trouve la crainte qu'un montant trop faible ait pour conséquence de perpétuer la discrimination en créant une simple redevance⁵, en minimisant l'importance cruciale du dispositif anti-discriminatoire, de l'acte discriminatoire lui-même et en marginalisant le requérant⁶. Illustrant cette largesse d'interprétation, il a par exemple été reconnu que la seule violation de l'interdiction de la discrimination justifiait l'indemnisation d'un préjudice moral, en l'absence même de demande de réparation émanant de la victime⁷. De surcroît, lorsque cette dernière formule une demande d'indemnisation, il est loisible au tribunal d'allouer un montant supérieur à celui sollicité au regard des circonstances de l'espèce⁸. L'évaluation du préjudice moral se trouve alors conditionnée par une double perspective, objective et subjective. La première vise l'évaluation de la gravité de l'acte en cause au regard de la situation objective du requérant (e.g. durée du maintien en emploi avant licenciement, fréquence et durée du harcèlement, répercussions connexes négatives, etc). La seconde vise l'évaluation de la gravité de l'offense telle que

¹ E.g. *Dawson v. Vancouver Police Board* (No. 2), 2015 BCHRT 54 (CanLII) (transsexualisme et service de police), *CDPDJ c. Anwar*, 2015 QCTDP 6 (CanLII) (service de taxi et handicap), *Manu v. Centum Fundamental Financial Inc.*, 2015 HRTO 725 (CanLII) (entreprise et harcèlement sexuel), *Brar and others v. B.C. Veterinary Medical Association and Osborne*, 2015 BCHRT 151 (association professionnelle et origine), *Angeles Toledo v. Mexitaco*, 2015 HRTO 1464, etc.

² *Sweet v. 1790907 Ontario Inc. o/a Kanda Sushi*, 2015 HRTO 433 (CanLII) (restauration et handicap), *Tombs v. 1303939 Ontario Ltd. (Holiday Inn Express)*, 2015 HRTO 842 (CanLII) (accommodement raisonnable et handicap).

³ E.g. *Tanner v. Gambler First Nation*, *op. cit.*

⁴ E.g. *Walsh v. Mobil Oil Canada*, 2013 ABCA 238, §30-31.

⁵ *Sanford v. Koop*, 2005 HRTO 53 (CanLII), §34, ou encore *ADGA Group Consultants Inc. v. Lane* (2008), 2008 CanLII 39605 (ON SCDC), §53.

⁶ *Walsh v. Mobil Oil Canada*, *Op. Cit.*, par. 30-31, ou encore *Mortland and VanRootselaar v. Peace Wapiti School Division No. 76*, 2015 AHRC 9 (CanLII), §440.

⁷ *Coreas and Coreas v. Tuyen* (No. 3), 2012 BCHRT 218, §45 : « [e]ven where no overt evidence has been presented, injury to dignity, feelings and self-respect may be inferred based on the very finding of a violation of the Code ».

⁸ *Watters v. Creative Minds Childrens Services LTO Daycare*, 2015 HRTO 475 (CanLII), §43.

ressentie par la victime¹ (e.g. sentiment d'humiliation, de persécution, vulnérabilité particulière, perte d'estime de soi, de confiance, etc.)².

À cette indemnisation du préjudice moral, est naturellement susceptible de s'ajouter une indemnisation du préjudice matériel. La part d'objectivité dans l'évaluation se trouve alors renforcée au détriment de la discrétion des cours. Tout au plus, ces dernières bénéficieront d'une marge de manœuvre dans l'appréciation de l'attitude de la victime en vue de la limitation des pertes de revenu³. En sus, les tribunaux des droits de la personne canadien (fédéral) et québécois⁴ possèdent la particularité d'octroyer des dommages punitifs ou indemnités spéciales d'un montant variable « *lorsque l'auteur de l'atteinte illicite a un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite [...] ou encore s'il agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera* »⁵. Dans un souci de cohérence, les cours procèdent dans une large mesure par comparaison des cas d'espèce et des indemnisations respectives du préjudice moral. Ce faisant, elle établissent par l'intermédiaire de leur jurisprudence une sorte de barème des dommages-intérêts.

Le degré de la réponse juridictionnelle : photographie de l'indemnisation du préjudice moral

Tableau n° 1 : représentation illustrative (non exhaustive) de l'évaluation du préjudice moral – et seulement du préjudice moral – dans les décisions du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario entre 2010 et 2015 concernant cinq actes discriminatoires spécifiques*.

Nature de la discrimination	Ecart-type (en \$ CAD)	Détails des montants (en \$ CAD) et des décisions pertinentes	Explication du différentiel
Commentaire isolé à caractère discriminatoire	1 000 < x < 3 000	1 000 (Costigane v. Nyood Restaurant & Bar, 2015 HRTO 420 (CanLII)) ; 1 500 (Baisa v. Skills for Change, 2010 HRTO 2161 (CanLII)) ; 2 000 (Adorgloh v. Seasons Foodmart and Feng Lin, 2013 HRTO 1201 (CanLII)) ; 2 500 (Brooks v. Total Credit Recovery Limited, 2012 HRTO 1232 (CanLII)) ; 3 000 (Manu v. Centum Fundamental Financial Inc., 2015 HRTO 725 (CanLII))	<u>Moyenne haute</u> : vulgarité et gravité du commentaire

¹ *Seguin v. Great Blue Heron Charity Casino*, 2009 HRTO 940 (CanLII), par. 16, ou encore *Arunachalam v. Best Buy Canada*, 2010 HRTO 1880 (CanLII), §52-54.

² À ce titre, voir notamment *Sanford v. Koop, Op. Cir.*, §35, ou encore *ADGA Group Consultants Inc. v. Lane* (2008), *op. cit.*, §154.

³ *Torres v. Royalty Kitchenware Ltd.* (1982) 3 CHRR D/858, p. D/871, *Vanton v. B.C. Council of Human Rights*, (1994) 25 Admin L.R. (2d) 253, par. 81, ou encore *Gichuru v. Law Society of British Columbia*, 2011 BCHRT 185, §370.

⁴ Le tribunal ontarien s'y refuse explicitement. Voir *Rodrigues v. Toronto (City)*, 2011 HRTO 1307, §6.

⁵ *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211, §121.

Privation ou altération de service sur le fondement du handicap	2 000 < x < 15 000	2 000 (Kamis v. 1903397 Ontario Inc., 2015 HRTO 741 (CanLII)) ; 2 500 (Thai v. Hing Loong Investments Ltd., 2011 HRTO 2227 (CanLII)) ; Sweet v. 1790907 Ontario Inc. o/a Kanda Sushi, 2015 HRTO 433 (CanLII)) ; 3 000 (Noseworthy v. 1008218 Ontario Ltd., 2015 HRTO 782 (CanLII)) ; 5 000 (Bain v. River Poker Tour, 2015 HRTO 734 (CanLII)) ; Hill v. Bani-Ahmad, 2014 HRTO 937 (CanLII)) ; 6 000 (Wozenilek v. 7-Eleven Canada, 2010 HRTO 407 (CanLII)) ; 10 000 (M.O. v. Ottawa Catholic District School Board, 2010 HRTO 1754 (CanLII)) ; C.C. v. J.L. o/a [...] Restaurant, 2014 HRTO 1625 (CanLII)) ; 12 000 (B.M. v. Cambridge (City), 2010 HRTO 1104 (CanLII)) ; 15 000 (Bourdeau v. Kingston Bazar, 2012 HRTO 393 (CanLII))	<u>Moyenne basse</u> : refus d'accès à un service ponctuel ; <u>Moyenne haute</u> : violation répétée ou service de longue durée ou sentiment d'humiliation en public
Non accommodement et licenciement sur le fondement de la grossesse	10 000 < x < 20 000	10 000 (Osvald v. Videocomm Technologies, 2010 HRTO 770 (CanLII)) ; Charbonneau v. Atelier Salon & Spa, 2010 HRTO 1736 (CanLII)) ; Purres v. London Athletic Club (South) Inc., 2012 HRTO 1758 (CanLII)) ; Loughheed v. Little Buddies Preschool Centre, 2015 HRTO 909 (CanLII)) ; Guay v. 1481979 Ontario, 2010 HRTO 1563 (CanLII)) ; 12 500 (Peart v. Distinct HealthCare Services Inc., 2013 HRTO 305 (CanLII)) ; 13 500 (Korkola v. Maid Day! Maid Day! Inc., 2013 HRTO 525 (CanLII)) ; 15 000 (Watters v. Creative Minds Childrens Services LTO Daycare, 2015 HRTO 475 (CanLII)) ; Bickell v. The Country Grill, 2011 HRTO 1333 (CanLII)) ; 20 000 (Graham v. 3022366 Canada Inc., 2011 HRTO 1470 (CanLII))	<u>Moyenne basse</u> : refus d'emploi et non licenciement ou facteur partiel du licenciement ; <u>Moyenne haute</u> : cause du licenciement
Non accommodement et licenciement sur le fondement du handicap	10 000 < x < 35 000	10 000 (LeBlanc v. Syncreon, 2010 HRTO 2336 (CanLII)) ; Coscina v. Halton School of Equitation, 2011 HRTO 1949 (CanLII)) ; DeForest v. Brockton Farm Ltd., 2012 HRTO 1666 (CanLII)) ; Schildt v. POINTTS Advisory Limited, 2014 HRTO 893 (CanLII)) ; Wappler v. Geo Holiday Services, 2010 HRTO 1465 (CanLII)) ; 12 000 (Davis v. Nordock Inc., 2012 HRTO 2218 (CanLII)) ; Hébert v. 1497422 Ontario Inc., 2013 HRTO 133 (CanLII)) ; 13 000 (O'Brien v. Organic Works Inc., 2012 HRTO 457 (CanLII)) ; Moore v. Curraghmore Farm Inc., 2013 HRTO 1586 (CanLII)) ; 15 000 (Mirashrafi v. Circuit Centre, 2010 HRTO 512 (CanLII)) ; Vetricsek v. 642518 Canada, 2010 HRTO 757 (CanLII)) ; Duliunas v. York-Med Systems, 2010 HRTO 1404 (CanLII)) ; Defina v. Lithocolor Services Ltd., 2012 HRTO 1768 (CanLII)) ; Maric v. National Millwork Inc., 2013 HRTO 425 (CanLII)) ; Macan v. Strongco, 2013 HRTO 841 (CanLII)) ; Simpson v. JB & M Walker, 2010 HRTO 819 (CanLII)) ; Dean v. Halpern's, 2011 HRTO 780 (CanLII)) ; 20 000 (Tombs v. 1303939 Ontario Ltd. (Holiday Inn Express), 2015 HRTO 842 (CanLII)) ; Pilon v. Cornwall (City), 2012 HRTO 177 (CanLII)) ; Torrejon v. 1147335 Ontario, 2010 HRTO 1513 (CanLII)) ; 25 000 (Budd v. 783720 Ontario Inc., 2015 HRTO 825 (CanLII)) ; 30 000 (Chittle v. 1056263 Ontario Inc., 2013 HRTO 1261 (CanLII)) ; 35 000 (Krieger v. Toronto Police Services Board, 2010 HRTO 1361 (CanLII))	<u>Moyenne basse</u> : refus d'accommodement sans aboutissement au licenciement ou licenciement partiellement fondé sur le handicap ; <u>Moyenne haute</u> : absence de tentative d'accommodement et handicap comme cause du licenciement

Harcèlement sexuel	15 000 < x < 150 000	15 000 (Newton v. Toronto (City), 2010 HRT0 1023 (CanLII) ; S.S. v. Taylor, 2012 HRT0 1839 (CanLII) ; Panucci v. Seller's Choice Stockdale Realty Ltd., 2015 HRT0 1579 (CanLII)) ; 18 000 (Payette v. Alarm Guard Security Service, 2011 HRT0 109 (CanLII) ; G.G. v. [...] Ontario Limited, 2012 HRT0 1197 (CanLII) ; Vipond v. Ben Wicks Pub and Bistro, 2013 HRT0 695 (CanLII)) ; 20 000 (lu v. Markham Marble, 2012 HRT0 65 (CanLII) ; Chuvalo v. Toronto Police Services Board, 2010 HRT0 2037 (CanLII)) ; 22 500 (Harriott v. National Money Mart, 2010 HRT0 353 (CanLII)) ; 25 000 (Wesley v. 2252466 Ontario Inc. o/a The Grounds Guys, 2014 HRT0 1591 (CanLII)) ; 27 000 (Garofalo v. Cavalier Hair Stylists Shop Inc., 2013 HRT0 170 (CanLII)) ; 28 000 (Horner v. Peelle Company Ltd., 2014 HRT0 1211 (CanLII)) ; 30 000 (Farris v. Staubach Ontario Inc., 2011 HRT0 979 (CanLII) ; C.U. v. Blencowe, 2013 HRT0 1667 (CanLII) ; Birchall v. Andres, 2013 HRT0 1469 (CanLII)) ; 35 000 (Smith v. The Rover's Rest, 2013 HRT0 700 (CanLII)) ; 40 000 (M.K. v. [...] Ontario, 2011 HRT0 705 (CanLII) ; J.D. v. The Ultimate Cut Unisex, 2014 HRT0 956 (CanLII)) ; C.K. v. H.S., 2014 HRT0 1652 (CanLII)) ; 150 000 (O.P.T. v. Presteve Foods Ltd., 2015 HRT0 675 (CanLII))	<u>Moyenne basse</u> : avances de nature sexuelle et attouchement à une seule occasion <u>Moyenne haute</u> : gravité extrême du comportement (un ou plusieurs attouchement(s)) ou comportement prolongé

* Cette représentation exclut notamment : les décisions des tribunaux des droits de la personne des autres provinces, des juridictions de droit commun, les décisions extra-juridictionnelles ou encore les médiations conduites devant le tribunal des droits de la personne.

Tableau n° 2 : représentation des moyennes et extrêmes des indemnisations du préjudice moral prononcées en 2015 par les principaux tribunaux provinciaux des droits de la personne au Canada

En \$ CAD (estimé en €**)	Québec	Ontario	Alberta	Colombie-Britannique
Inférieur	1 500 (1 058)	500 (353)	7 500 (5 288)	2 000 (1 410)
<u>Décision</u>	Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Desrosiers, 2015 QCTDP 11 (CanLII)	Seck v. Mirzaei, 2015 HRT0 101 (CanLII)	Mohamud v. Canadian Dewatering (2006) Ltd., 2015 AHRC 16	Flak v. Andersen, 2015 BCHRT 87 (CanLII)
Supérieur	6 500 (4 583)	150 000 (105 768)	15 000 (10 577)	50 000 (35 256)
<u>Décision</u>	Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Ministère de la Sécurité publique), 2015 QCTDP 8 (CanLII)	O.P.T. v. Presteve Foods Ltd., 2015 HRT0 675 (CanLII)	Andric v. 585105 Alberta Ltd. o/a Spasation Salon & Day Spa, 2015 AHRC 14 (CanLII)	PN v. FR and another (No. 2), 2015 BCHRT 60 (CanLII)
Moyenne des indemnisations prononcées en 2015	3 786 (2 670)	14 456 (10 193)	11 833 (8 344)	17 375 (12 251)

** Base d'une moyenne annuelle de la valeur du dollar CAD à 1,4182 par rapport à l'euro (source : banque du Canada)

Sans qu'elles n'aient prétention à l'exhaustivité, ces quelques considérations tendent à illustrer l'attitude du juge canadien face aux écueils que révèle l'expérience contentieuse. Les latitudes d'interprétation dont il dispose sont ainsi mises au profit d'une audace indéniable, soutenue par un argumentaire et une rhétorique rendus possibles par une conception particulière de l'office

juridictionnel. Considérer en miroir le cas français pourrait alors générer la tentation d'un simple constat, celui d'un choc des systèmes dont l'inégalité des armes servirait l'efficacité de la lutte contre les discriminations avec un degré variable. Partiellement justifiée, cette perception ne devrait pas conduire pour autant à négliger la multiplicité des facteurs tiers et tout aussi cruciaux tels la dotation précoce d'instruments juridiques anti-discriminatoires ou le choix de la spécialisation de la voie juridictionnelle. Par ailleurs, si les restrictions aux marges de manœuvre et à l'herméneutique du juge peuvent certes être défendues comme le fruit d'un système juridique légitime, il importe néanmoins de garder à l'esprit qu'elles exigent en contrepartie une exemplarité accrue de l'outil législatif.

De quelques obstacles conceptuels à la reconnaissance juridique des discriminations

Véronique Champeil-Desplats

Professeure de droit public, Université de Paris Ouest Nanterre La Défense

Penser les limites de l'effectivité de la lutte contre les discriminations en France et, partant, les obstacles à la reconnaissance juridique de celles-ci ne peut faire l'économie d'une interrogation préalable sur le moment et le comment de l'intégration de cette notion dans notre ordre juridique. En France, les politiques de lutte contre les discriminations sont récentes et ont été ces dernières années largement stimulées par les mesures internationales et européennes qu'il s'est agi d'intégrer dans le cadre des politiques publiques et sociale préexistantes.

La notion de discrimination fait son entrée dans le Code pénal avec la loi du 1^{er} juillet 1972 contre le racisme qui sanctionne les discriminations raciales. S'y ajoutent progressivement les interdictions de discriminations fondées sur le sexe, la situation de famille, les mœurs, le handicap, la santé, les caractéristiques génétiques, etc. Le 4 août 1982, la loi Auroux prolonge le mouvement dans le cadre des relations professionnelles. Mais il faut attendre la loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité pour qu'un organe spécialisé soit institué..., avant d'être absorbé six ans plus tard dans la nouvelle institution que constitue le Défenseur des droits. Il reste que ces dispositifs prennent place aux côtés de politiques sociales, de lutte contre les inégalités ou les exclusions qui structurent depuis longtemps les politiques publiques françaises. À titre de comparaison, dans les Etats anglo-saxons qui l'ont promu ou au sein des certaines organisations internationales qui se sont largement inspirées de leurs cadres conceptuels, la lutte contre les discriminations s'est imposée ces dernières décennies comme le principal moyen que se donne une idéologie de type libéral pour réduire les inégalités.

Il n'est dès lors pas improbable que les diagnostics de « retard » du droit français dans la mise en œuvre de la lutte contre les discriminations résultent moins d'une absence ou d'un défaut de mécanismes poursuivant cette finalité, que sa poursuite initiale et principale par d'autres moyens, justifiés par d'autres références idéologiques ou cadres conceptuels : un système public de protection sociale, une conception formelle du principe d'égalité et une prédominance du principe de l'universalité, souvent considérés comme une « spécificité française ». Cet ensemble porte, pour réduire les inégalités, à d'abord privilégier des politiques de redistribution des richesses s'adressant à tous, sous des conditions objectivables de revenus ou de situation familiale, avant de cibler des catégories particulières d'individus en fonction de critères spécifiques.

L'hypothèse est par conséquent que les freins auxquels se heurtent les mécanismes de lutte contre les discriminations ne résultent pas (seulement) de défaillances ou de dysfonctionnements qui leur seraient intrinsèques. Ils proviennent aussi d'une distorsion entre, d'un côté, les cadres conceptuels et les catégories juridiques mobilisés dans l'ordre juridique français avec lesquels ses juristes – les juges, les administrations comme la doctrine – ont l'habitude de raisonner et, d'un autre côté, des dispositifs parfois nouveaux et essentiellement inspirés des droits internationaux et européens. Ces dispositifs sont d'ailleurs, on l'a évoqué, souvent eux-mêmes issus de compromis entre plusieurs cultures juridiques, politiques ou idéologiques, au sein desquelles le poids des modes de raisonnement et des appareils conceptuels anglo-saxons se fait substantiellement ressentir¹. Pour le dire encore autrement, les dispositifs de lutte contre les discriminations et, conséquemment, les dispositifs destinés à les mettre en œuvre sont appelés à coexister, voire à entrer en concurrence, avec des mécanismes et des concepts préexistants qui façonnent et structurent depuis des décennies les politiques publiques et sociales françaises. Ils n'occupent qu'une place relative parmi d'autres types de politiques publiques ou catégories conceptuelles concourant aux mêmes fins ou à des fins approchantes, avec lesquelles ils peuvent parfois entrer de plein fouet en contradiction (Section 1).

À ces obstacles exogènes provenant des réflexes, des *habitus* peut-on dire aussi, des juges à décider sur le fondement de catégories et de raisonnement préalablement disponibles et avec lesquels, tout comme les avocats qui les sollicitent, ils ont été formés, s'ajoutent aussi des obstacles endogènes. Ils sont liés à l'admission de certaines justifications de différences de traitements estimées alors non discriminatoires, même si l'on relèvera d'ores et déjà sur ce point que le droit comparé offre davantage d'exemples significatifs que le droit français (Section 2).

Section 1. Des obstacles exogènes : les *habitus* conceptuels des juges ou la lutte contre les discriminations par d'autres moyens...

Les obstacles en droit français à la lutte contre les discriminations en matière juridictionnelle peuvent être reliés à un contexte terminologique et partant, conceptuel, qui privilégie l'indifférenciation des sujets de droit (§1). Ils tiennent aussi à la prédominance d'une conception formelle et d'une lecture universaliste du principe d'égalité (§2).

¹ Voir S. Grosbon, « Regard critique des comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 10 mars 2016, consulté le 26 avril 2016. URL : <http://revdh.revues.org/206>.

§1. Un contexte terminologique marqué par l'indifférenciation et l'usage de catégories concurrentes

Le droit français reste aujourd'hui fortement marqué par une désignation générale et indifférenciée des sujets de droit. Certains y voient un héritage de la Révolution française et de la volonté qui y avait été exprimée d'éradiquer les privilèges, considérés au sens étymologique de « *privata lex* », c'est-à-dire des règles spécifiques à chaque ordre, profession, corporation ou partie du territoire... En conséquence, les sujets de droit sont le plus souvent désignés au moyen de pronoms indéfinis tels que « chacun », « tous », « quiconque »... et, corrélativement, « nul », « personne »... Le recours au style indirect et impersonnel va aussi en ce sens : « il est interdit » à quiconque, « il est permis » à tous... La position de principe sous-jacente est parfaitement exprimée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 : la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ». Dans ce contexte, la meilleure lutte contre les discriminations - en se risquant à ce stade à un anachronisme terminologique -, est d'appliquer identiquement la loi et ses catégories juridiques à tous. L'égalité formelle relative à l'application de la loi est supposée suffire à assurer une égalité réelle.

On peut alors émettre l'hypothèse que la prégnance de ce type de formulation dans l'ordre juridique français et des effets qui en sont attendus ne constituent pas des facteurs favorables à une appropriation rapide du principe de non-discrimination énoncé au bénéfice de certaines catégories par les plaideurs ou par les juges¹. Au moment de la catégorisation ou de la qualification, ceux-ci préfèrent ou ont pu prendre l'habitude, en raison de leurs formations juridiques initiales ou d'une routine du traitement du contentieux, de recourir à des moyens et des catégories juridiques plus générales et impersonnelles déjà disponibles pour atteindre les mêmes fins : rupture de l'égalité de traitement (*infra*), abus de droit, ordre public ou plus récemment haine raciale, dignité, etc. Certains cas qui auraient pu être traités sur le fondement du principe de non-discrimination le sont dès lors à l'aide d'autres catégories.

S'agissant de la dignité et de l'ordre public, on évoquera ici le cas de la distribution de soupe populaire à base de porc dans le but d'exclure de la distribution les personnes de confession musulmane ou juive. Outre le principe de dignité, le ministre de l'Intérieur avait au cours de la procédure relevé le caractère discriminatoire de ce type de distribution². Le Conseil d'Etat aurait donc pu se fonder sur le principe de non-discrimination en tant que liberté fondamentale

¹ Voir en ce sens N. Silue, « L'apport du droit français au droit ivoirien de la non-discrimination dans les relations de travail », *Revue, Etudes et actualités juridiques internationales*, 2013/1, p. 22.

² CE, 5 janv. 2007, *Ministre d'Etat, Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire c/ l'association « solidarité des français »*, n°300311 ; B. Pauvert, « A propos de l'interdiction de distribution d'une soupe populaire contenant du porc », *AJDA*, 2007, p. 601.

au sens de l'article L.521-2 du Code de justice administrative¹. Toutefois, en l'espèce, c'est sur l'atteinte à la dignité des personnes privées de secours et sur les risques de troubles à l'ordre public qu'il se fonde pour estimer légale l'interdiction de la distribution.

S'agissant de l'abus de droit, c'est ici un exemple tiré du droit comparé qui sera le plus significatif. Toutefois, il n'est pas dénué de tout intérêt pour le droit français. Il concerne en effet la Côte d'Ivoire, État dans lequel les juges sont très marqués par les modes de raisonnement et de catégorisation du droit colonial français. En l'absence d'affirmation du principe de non-discrimination, plusieurs affaires qui en droit français seraient aujourd'hui très certainement jugées sur ce fondement, sont résolues par le juge ivoirien en se référant à l'abus de droit. C'est tout particulièrement vrai en droit du travail². Le juge opère même une substitution de motif dans certains cas où la discrimination avait été invoquée par les avocats. Ainsi, « *pour sanctionner un employeur qui avait licencié une femme en grossesse* », une Cour d'appel a jugé « *qu'en licenciant la dame Bitty sous le fallacieux prétexte d'une compression de personnel, en réalité en raison de l'état de grossesse de cette employée et dans le but inavoué d'éluder des obligations légales protégeant la femme enceinte contre la rupture du contrat de travail, l'U.D.E.C. a commis un abus dans l'exercice de droit de congédiement* »³.

§2. L'épreuve d'une conception formelle et universaliste du principe d'égalité

A. Position de principe

Aussi paradoxal que cela puisse paraître – et l'argument n'est d'ailleurs pas toujours audible au-delà de nos frontières – l'un des principaux obstacles à l'extension des dispositifs de lutte contre les discriminations reste en France le principe d'égalité lui-même, du moins lorsqu'il est lu au prisme d'une approche universaliste qui en favorise une conception formelle⁴. Alors que les principes d'égalité et de non-discrimination sont supposés poursuivre des fins complémentaires, le principe d'égalité et la lutte contre les discriminations peuvent aussi dans certains cas névralgiques s'avérer antagoniques. Cet antagonisme se révèle tout particulièrement lorsque le principe d'égalité est invoqué à l'encontre de mesures ciblées visant à remédier à certaines inégalités ou, précisément, à lutter contre des discriminations. Ce sont dans ces cas l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789

¹ Voir CE, 26 juin 2003, *Conseil Départemental des parents d'élèves Meurthe-et-Moselle*, n°257938.

² Voir N. Silue, L'apport du droit français au droit ivoirien de la non-discrimination dans les relations de travail, *op. cit.*, p.24

³ Cité par N. Silue, *op. cit.*, p. 25 : CSCJ, Form. soc., arrêt n°138 du 29 octobre 1991 ; exemples sont aussi données des cas d'un « *licenciement fondé sur la qualité de délégué syndical* » (CSCJ Form. soc., arrêt n°50 du 28 janvier 2005, *Le Juris-social*, 2006, n°62, p. 38) ; d'« *un salarié étranger licencié pour ivoirisation ou africanisation du poste* » (Abidjan, 2 mai 1975, *RID*-1-2-1977, p.118 ; Abidjan, arrêt n°13 du 17 janvier 1969, *RID*, 1970, p. 49).

⁴ Voir D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010.

(la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ») et l'article premier de la Constitution du 4 octobre 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 ») qui constituent aujourd'hui les principaux obstacles aux mesures considérées.

Une conception universaliste du principe d'égalité qui commande une application identique des règles de droit à tous ceux qui sont placés dans des situations identiques se trouve ainsi opposée à une conception différencialiste qui autorise, voire exige, des distinctions pour remédier à des inégalités ou des différences de situations initiales. Des différences de traitement ne sont alors admises que par exceptions constitutionnelles ou légales à condition d'être dûment justifiées. On relèvera que cette admission n'a été expressément exprimée que de façon tardive par les juridictions françaises. Le Conseil d'Etat a en effet attendu 1974¹ pour affirmer explicitement que le principe d'égalité pouvait s'accommoder d'une différence de traitement face à une différence de situation. Le Conseil constitutionnel lui emboîte le pas cinq années plus tard en considérant que « si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes »².

Il reste que cette différence de traitement ne constitue pas, en France, une obligation. Elle n'est qu'une possibilité, une option que peuvent ou non lever les autorités publiques³. Surtout, pour être légale ou constitutionnelle, elle doit être dûment justifiée. Le Conseil d'Etat exige ainsi que les différences de traitement opérées par les autorités administratives soient « la conséquence nécessaire d'une loi », qu'elles reposent sur l'existence de « différences de situation appréciables » entre les usagers ou qu'elles visent « une nécessité d'intérêt général »⁴. Le Conseil constitutionnel, pour sa part, a dans un premier temps admis que la loi établisse « des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes », à la condition que « cette non-identité [soit] justifiée par la différence de situation et n[e soit] pas incompatible avec la finalité de la loi »⁵. Il a ensuite affiné son considérant de principe. Il retient aujourd'hui que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des

¹ CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n°88032 et n°88148.

² Cons. constit., décision n°79-107 DC, 12 juillet 1979, *Rec.* 31.

³ Voir Cons. constit., 28 mars 1997, *Société Baxter*, n°179049 et n°179054 ; Cass. soc. 24 mars 1998, *Azad c/ Chamsidine*, *Dr. soc.*, 1998, p. 615 ; voir aussi Cons. constit., décision n°99-416 DC, 23 juillet 1999, *Rec.* 100.

⁴ CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, *précit.*

⁵ Cons. constit. décision n°81-132 DC, 16 janvier 1982, *rec.* 82.

*raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »*¹.

B. L'impossibilité de fonder les politiques publiques sur certains critères : exemples

Cette formulation stricte des conditions dérogatoires à l'identité de traitement conforte le principe de non-discrimination lorsqu'il s'agit de sanctionner des mesures défavorisant certaines catégories d'individus. Mais elle peut aller à son encontre lorsque les juges s'opposent à des dispositions législatives fondées sur certains critères, qui ont pourtant pour objet de remédier à des situations discriminatoires ou d'inégalité. Les juges se justifient alors dans ces cas par l'exigence de n'établir des distinctions ou des différences de traitements que sur le fondement de « critères objectifs »...dont ils maîtrisent l'appréciation. Trois exemples au moins l'illustrent en droit constitutionnel français : le recours aux statistiques ethniques (1), l'ouverture des conditions d'accès à l'Institut d'études politiques de Paris (2), les mesures favorisant l'accès des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives dans les instances politiques et professionnelles (3).

1. Les statistiques ethniques

La possibilité de recourir à des statistiques sur le fondement de critères dits ethniques est, on le sait, controversée. D'un côté, il est fait valoir que de telles statistiques constituent un instrument de mesure permettant d'améliorer la connaissance des phénomènes discriminatoires, d'inégalité ou d'exclusion et d'y remédier appropriée. Plusieurs Etats y recourent (Royaume-Uni, Pays-Bas, Canada, Brésil, etc.) et l'Union européenne les envisage au nombre des dispositifs de lutte contre les discriminations². D'un autre côté, il est redouté que l'officialisation des statistiques ethniques ne conduise à des dérives, en particulier à essentialiser des caractéristiques distinctives qui sont incertaines et fuyantes. Les statistiques ethniques heurteraient dès lors « *l'attachement au modèle républicain qui doit rester 'aveugle' aux origines* »³.

Appelé à se prononcer sur la question, le Conseil constitutionnel s'est, sans surprise, opposé à leur élaboration. Après avoir relevé que la disposition législative contestée devant lui tendait à permettre, en vue d'études sur la mesure de la diversité des origines et sur des phénomènes de discrimination et d'intégration, la réalisation de traitements de données à caractère personnel dans lesquelles seraient apparues, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques des personnes, il affirme que, pour être constitutionnelles, de telles études ne peuvent

¹ Voir par exemple, Cons. constit, décisions n°2015-465, 24 avril 2015 ; n°2015-495 QPC, 20 octobre 2015.

² Voir D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 110 et s.

³ *Ibid.*

se référer qu'à « *des données objectives* ». Il en conclut qu'elles ne peuvent par conséquent être fondées sur « *l'origine ethnique* » ou sur « *la race* » sans méconnaître l'article premier de la Constitution¹.

2. La « diversification » des conditions d'entrée à l'IEP

Afin de compenser les résultats de son concours de recrutement qui favorise les élèves issus des classes socio-culturelles les plus élevées, Science po' Paris a entrepris de réserver un nombre de places pour des élèves provenant de milieux plus modestes. Restait à trouver un critère pertinent de sélection. Refusant de s'engager dans une politique des quotas « à l'américaine » et de se référer à une origine quelconque des enfants ou des parents, l'Institut a proposé de signer avec des établissements secondaires librement choisis des conventions fixant des « *modalités particulières destinées à assurer un recrutement diversifié parmi l'ensemble des élèves de l'enseignement du second degré* ».

Saisi du dispositif législatif qui encadrait ces conventions, le Conseil constitutionnel en a admis la constitutionnalité « *à la condition que les modalités particulières* » fixées aux fins de la diversification « *reposent sur des critères objectifs de nature à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction* »².

Les « critères objectifs », ou plutôt « objectivés », reposent en l'occurrence sur une analyse spécifique des répartitions des classes socio-culturelles sur le territoire national. Le découpage ou « le zonage » social du territoire fait donc ici office de « critère objectif » pour mener des politiques de redistribution ou compensatoires. On peut relever des techniques semblables d'objectivation des critères définissant les politiques publiques et sociales en matière d'éducation, de logement ou de soutien à l'emploi et aux investissements où ont pu être délimitées des « zones d'éducation prioritaires », des « zones urbaines sensibles », des « zones de redynamisation urbaine » ou encore des « zones d'entreprises », etc.

3. Favoriser les femmes ?

Le cas des mesures favorisant l'accès des femmes aux mandats électoraux et aux fonctions électives dans les instances politiques et professionnelles offre un cas encore plus fourni de résistance juridictionnelle face, ici, à l'usage du critère du « sexe » – progressivement aussi dénommé « genre » – pour fonder des politiques de réduction des inégalités. Il aura en effet fallu non moins de deux révisions constitutionnelles (et l'histoire n'est peut-être pas finie) pour

¹ Cons. constit., décision n°2007-557 DC, 15 novembre 2007, *Rec.* 360.

² Cons. constit., décision n°2001-450 DC, 11 juillet 2001, *Rec.* 82.

surmonter l'interprétation stricte que livre le Conseil constitutionnel de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme, devenu le principal fondement de l'opposition aux mesures de type paritaire¹. Lorsque les mesures soumises à son contrôle ne rentrent pas dans le champ des révisions constitutionnelles, champ qu'il interprète au demeurant restrictivement², le Conseil constitutionnel le répète en effet à l'envi : si la recherche de l'égalité entre les hommes et les femmes, en visant notamment « à assurer une représentation équilibrée » n'est pas en soi inconstitutionnelle, elle ne saurait avoir « pour objet », ni « *pour effet de faire prévaloir la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications* »³. En d'autres termes, il ne s'agit pas de promouvoir une femme sur la seule considération qu'elle est une femme. La position du Conseil d'Etat est semblable. Il estime que « *si le principe constitutionnel d'égalité ne fait pas obstacle à la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités, il interdit, réserve faite de dispositions constitutionnelles particulières, de faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune* »⁴.

La décision n°2015-465 du 24 avril 2015 constitue à cet égard le dernier avatar de la réticence que manifeste le Conseil constitutionnel à l'extension des mesures paritaires. La haute instance y propose un nouvel usage tout aussi elliptique qu'ambivalent de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

D'un côté, le Conseil admet la constitutionnalité des règles de composition paritaire hommes-femmes pour la formation restreinte du Conseil académique des universités lorsque celui-ci examine « *des questions individuelles relatives aux enseignants-chercheurs autres que les professeurs d'universités* »⁵. Il estime que le législateur a ainsi assuré « *la conciliation entre* » le principe d'égalité devant la loi énoncé à l'article 6 de la Déclaration et l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles qui, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, trouve sa source au second alinéa de l'article premier de la Constitution⁶. Cela signifie implicitement mais sûrement que le Conseil constitutionnel pense lesdits principe et objectif d'abord sur le mode de l'antagonisme et non sur celui de la complémentarité. Dans le cas contraire, à quoi bon avoir à les concilier ?

En outre, d'un autre côté, c'est sur ce même principe d'égalité que prend appui le Conseil pour admettre la constitutionnalité du défaut d'extension de l'objectif d'égal accès des femmes et

¹ Voir Cons. constit., décisions n°82-146, 18 novembre 1982, *Rec.* 66 ; n°98-407, 14 janvier 1999, *Rec.* 21 ; n°2001-445, 19 juin 2001, *Rec.* 63 ; n°2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Rec.* 49 ; n°2006-533 DC, 16 mars 2006, *Rec.* 39.

² Cons. constit., décisions n°2001-445, 19 juin 2001, *Rec.* 63 ; n°2006-533 DC, 16 mars 2006, *Rec.* 39.

³ Cons. constit., décision n°2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Rec.* 49 ; n°2006-533 DC, 16 mars 2006, *rec.* 39.

⁴ CE, 10 octobre 2013, *Fédération française de gymnastique*, n°359219 ; voir également CE, 22 juin 2007, *M. Lesourd*, *RFDA*, 2007, p. 1077.

⁵ Cons. constit., Décision n°2015-465 QPC, 24 avril 2015.

⁶ « *La loi favorise l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux, aux fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ».

des hommes aux responsabilités professionnelles au corps des professeurs d'université, c'est-à-dire pour justifier le traitement différent de deux corps de la fonction publique en matière de parité. Le Conseil considère en effet que cette différence de traitement est « *en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* ». Autrement dit, le corps des professeurs se trouve dans une situation différente des autres corps au regard de l'objectif paritaire. Pourquoi pas, tant il est vrai que le taux de femmes professeuses d'université est structurellement plus faible que celui des hommes. L'on doute toutefois que ce soit à l'aune de cette considération que le Conseil constitutionnel affirme l'existence d'une différence de situation¹. Par conséquent, inversement, pourquoi, alors ? Pourquoi ne pas censurer le défaut d'extension de mesures paritaires au regard de l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles, objectif poursuivi par la loi examinée, alors que toutes les données statistiques établies à ce sujet établissent que, plafond de verre oblige, le taux des femmes professeuses d'université est bien inférieur (quoi qu'en progression mais variable selon les disciplines) à celui des maîtresses de conférences par rapport à celui des hommes. Il est possible que le caractère abstrait du contrôle ne soit pas pour rien dans ce défaut de prise en compte des données statistiques, ou bien en tant qu'élément explicatif direct de la solution retenue par le Conseil, ou bien en tant que justification ou support commode de considération tenant à la prégnance d'une conception universaliste du principe d'égalité². Il résulte qu'une fois de plus, le principe d'égalité constitue, dans une décision du Conseil constitutionnel, l'obstacle juridique opposé à des dispositifs de lutte contre les inégalités et les discriminations.

À titre comparatif, on relèvera qu'aux Etats-Unis où elles ont été particulièrement développées, les mesures dites de discriminations positives sont depuis le début des années 2000 contestées sur le terrain tout autant politique que judiciaire. Les principes qui leurs sont opposés sont plus variés qu'en France et spécifiques à chaque secteur considéré. Ont ainsi été invoqués contre les quotas aux élections (selon des critères de sexes, ethnies, etc.), la liberté de l'électeur et l'universalité du suffrage³, ou à l'encontre des découpages électoraux intégrant des critères de répartition de la population par « race », le principe démocratique, l'expression de la souveraineté populaire, le respect du choix de la majorité des électeurs voulant mettre fin à des politiques d'*affirmative action*⁴.

Ailleurs, il a également pu être exigé que des mesures favorisant certaines catégories de personnes restent *raisonnables, proportionnées, voire nécessaire* à atteindre le but pour lequel

¹ Voir *infra*.

² Voir la contribution de P. Rapi *in* ce rapport.

³ *Ibid.*

⁴ Cour suprême des Etats-Unis, 22 avril 2014, *Schuette v. Coalition to defend affirmative action* 572 U.S. (2014), voir J. Morri, « Le sort de l'affirmative action désormais entre les mains des électeurs », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 04 juin 2014, URL : [<http://revdh.revues.org/833>].

elles ont été instituées. Dans ces cas, les mesures anti-discriminatoires ne sont pas pleinement effectives au sens où les effets qui leur sont associés sont réduits par la nécessité de composer avec ceux associés aux principes qui leur sont opposés. On citera quelques exemples-types : l'exigence d'aménagement raisonnable et de charge proportionnée des mesures en faveur des personnes handicapées (lutte contre les discriminations *versus* -le plus souvent- exigences budgétaires)¹, certaines mesures en faveur des femmes² ou actions positives à l'égard de catégories de personnes désignées par un critère spécifique (en l'occurrence la « race ») pour lesquelles il est requis de rester ciblées ou circonscrites³.

Section 2. Des obstacles endogènes : les justifications admises aux différences de traitements

Le principe de non-discrimination peut voir sa portée réduite ou neutralisée par l'invocation d'autres normes juridiques de même valeur qui lui sont opposées. La différence de traitement se trouve alors justifiée par d'autres principes, droits, libertés ou objectifs de même valeur juridique. Le droit public français n'offre pas les exemples les plus riches en ce domaine. On prendra donc le cas échéant illustration de cas étrangers trouvant néanmoins un écho dans l'actualité juridique française, ainsi que d'arguments qui, sans avoir convaincu les juges, ont pu être invoqués par des requérants pour justifier que certaines catégories de personnes soient traitées défavorablement ou différemment que d'autres. Des arguments de forme fondés l'irréductibilité de certaines spécificités (§1) seront distingués d'arguments matériels qui s'appuient sur des principes ou objectifs de fond (§2).

§1. L'irréductibilité des spécificités

L'argument consiste à écarter l'application du principe de non-discrimination ou de mesures permettant de remédier à des inégalités en invoquant la spécificité de certaines institutions (A), corps (de la fonction publique) (B) ou zones géographiques (C).

A. L'autonomie institutionnelle : le cas des entreprises de conviction

¹ Voir la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées ; la directive 2000/78/CE, art. 4 ; l'art. L.5213-6 du Code du travail.

² Cas grec : la Constitution incite le législateur à adopter des mesures positives en faveur des femmes à condition de ne pas introduire de restrictions excessives à d'autres droits et de répondre à la nécessité impérieuse de promouvoir l'égalité réelle entre hommes et femmes.

³ Cour suprême des Etats-Unis, *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993) : les critères de « race » ont été utilisés dans la poursuite d'un « objectif impérieux d'intérêt général » ; leur application est « étroitement circonscrite », c'est-à-dire qu'elle ne dépasse pas ce qui est nécessaire en vue de la réalisation de l'objectif.

L'argument de l'autonomie et de l'irréductible spécificité institutionnelle nourrit un abondant et croissant contentieux à l'étranger tout particulièrement eu égard aux entreprises dites de conviction ou de tendance.

Il peut concerner, classiquement en ce domaine, les relations de travail : reconnaissance en Allemagne de l'autonomie des sociétés et associations à caractère religieux justifiant une obligation de loyauté des employés envers l'employeur et la non application des mesures anti-discriminatoires (possibilité de licenciement en cas de remariage des employés¹, d'un médecin qui se prononce en faveur de l'avortement², d'un collaborateur homosexuel³ ou changeant de confession⁴) ; justification, aux Etats-Unis, du refus de l'employeur de cotiser à une couverture des frais de santé liés à la contraception et à l'avortement en faveur des employés dans le mesure où ces pratiques vont à l'encontre ses convictions religieuses⁵. Les employeurs concernés se trouvent ici en situation de « *discriminer indirectement les employés en conférant à ceux qui ne partagent leurs croyances une position moins favorable* »⁶.

L'argument de spécificité institutionnelle s'étend également parfois aux prestations de service. L'illustre par exemple la saga contentieuse en cours en Australie sur la possibilité d'une organisation religieuse de refuser des prestations de soutien psychologique aux personnes homosexuelles⁷.

On peut rapprocher ces cas de l'affaire *Baby Loup*. Licenciée de la crèche qui l'employait en raison de son refus d'ôter son voile islamique, la requérante s'estimait victime d'une discrimination en raison de ses convictions religieuses. Pour justifier l'interdiction du port du foulard, la Cour d'appel de Paris⁸, statuant sur renvoi de la Chambre sociale de la Cour de cassation⁹, s'appuie notamment sur la notion d'entreprise de conviction, catégorie à laquelle

¹ Cour Constitutionnelle allemande, 22 octobre 2014, 2 BvR 661/12 ; voir P. Mougeolle, « Est-il possible de contraindre contractuellement un employé au renoncement de l'usage de ses droits et libertés fondamentales ? (Cour Constitutionnelle allemande 22 octobre 2014 – 2 BvR 661/12) », URL : [http://m2bde.u-paris10.fr/node/2716].

² BVerfG – 70, 138.

³ Tribunal du travail d'Hambourg, 4.12.2007, Az : 20 Ca 105/07.

⁴ *Affaire Siebenhaar c/ Allemagne*, 1 BvR 1962/01.

⁵ *Burwell v. Hobby Lobby*, 134 U.S. 2751 (2014). Voir aussi : en Australie, l'article 75 de l'Equal Opportunity Act, 1995, M. Tissier-Raffin, « Les actes motivés par une doctrine religieuse face à l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », *Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 9 juin 2014, URL : [http://revdh.revues.org/837] ; les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'autonomie des communautés religieuses protégée par l'article 9 de la Convention (CEDH, Pichon et Sajous c/ France, 2 octobre 20001 ; CEDH, 4e Sect., 15 janvier 2013, Eweida et autres c/ Royaume-Uni, n°51671/10 et *al.* – ; CEDH, 5e Sect., 23 septembre 2010, Obst c/ Allemagne et Schüth c/ Allemagne, n°425/03 et n°1620/03 ; voir aussi les § 4.1. et 4.2 de la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 ; la Déclaration n°11 relative au statut des Eglises et des organisations non confessionnelles, annexée à l'acte final du traité d'Amsterdam.

⁶ P. Sauvadet, « Le droit au libre exercice de sa religion aux Etats-Unis à travers le *Religious Freedom Restoration Act de 1993 (RFRA)* », URL : [http://blogs.u-paris10.fr/content/le-droit-au-libre-exercice-de-sa-religion-aux-etats-unis-%C3%A0-travers-le-religious-freedom-rest].

⁷ Voir M. Tissier-Raffin, *op. cit.* ; Cour Suprême de l'Etat de Victoria (Australie), 16 avril 2014, *Christian Youth Camps Limited & Ors v Cobaw Community Health Service Limited & Ors* [2014] VSCA 75.

⁸ CA Paris, 27 novembre 2013, S 13/02981, URL : [http://www.eurel.info/IMG/pdf/ca-paris-27-novembre-2013.pdf].

⁹ Cass. Soc., 19 mars 2013, n°11 28645, *Bull.*, 2013, V, n°75.

appartiendrait la crèche « Baby Loup » dans la mesure où celle-ci poursuit des objectifs de protection de la petite enfance en milieu défavorisés, « *d'insertion sociale et professionnelle des femmes [...] sans distinction d'opinion politique et confessionnelle* ». Le licenciement ne serait dès lors ni attentatoire à la liberté religieuse, ni discriminatoire.

Finalement saisie, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation considère pour sa part « *erronés [...] les motifs de l'arrêt qualifiant l'association Baby Loup d'entreprise de conviction, dès lors que cette association avait pour objet, non de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques, mais, aux termes de ses statuts, 'de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes [...] sans distinction d'opinion politique et confessionnelle'* ». Toutefois, estimant le moyen surabondant, elle accepte la légalité du licenciement. Elle se fonde une appréciation, d'une part, des conditions concrètes de fonctionnement de l'association (association « *de dimension réduite, employant seulement dix-huit salariés, qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents* ») et, d'autre part, de la proportionnalité de la mesure: « *la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché* »¹.

On relèvera pour finir la directive communautaire 78/2000/CE, du 27 novembre 2000 invoquée dans l'affaire *Baby Loup* (ainsi que dans certaines affaires allemandes) pour contester la qualification de la crèche en tant qu'entreprise de tendance ou de conviction. La directive admet en faveur de ces dernières certaines dérogations à l'exigence d'égalité de traitement. Elle autorise donc des différenciations lorsque « *par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation* ». Toutefois, pour être autorisées, ces différences de traitement fondées sur la religion ou les convictions d'une personne doivent résulter de la « *législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente directive* » ou d'une « *législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive* ».

B. La spécificité des corps (de la fonction publique)

De façon paradoxale, dans sa décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015, c'est le Conseil constitutionnel lui-même qui s'est fondé sur l'indépendance des corps de la fonction publique,

¹ Cass. Ass. Plén., 25 juin 2014, n°13. 28 369, URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029153791>].

portant en l'occurrence à distinguer le corps des professeurs d'université de celui des maîtres de conférences, pour estimer justifiée une différence de traitement eu égard aux règles de parité hommes/femmes dans les instances qui décident de l'avancement des enseignants-chercheurs. On le rappelle, le Conseil se fonde sur le principe d'égalité pour conclure à ce que la différence de traitement entre deux corps de la fonction publique en matière de parité est « en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ».

C. Les spécificités territoriales

L'argument peut se décliner à l'échelle nationale en faveur d'une zone géographique locale (spécificité de l'application des mesures paritaires homme/femmes dans les territoires et collectivités d'Outre-mer, mais pas en Corse, etc.) ou aussi, plus généralement, à l'échelle européenne avec le renvoi opéré par la Cour européenne des droits de l'homme « à la marge nationale d'appréciation ».

§2. Principes de fond

Outre la liberté religieuse¹, le droit français, et surtout les droits étrangers, offrent quelques exemples dans lesquels des principes de fond sont opposés au principe de non-discrimination, celui-ci s'inclinant totalement (très rare, mais vrai en Allemagne) ou entrant avec les normes concurrentes dans un rapport de proportionnalité. Dans ce cas, dès lors que l'usage de critères en principe prohibés le sont pour (ou ont pour effet) d'établir une différence de traitement, celle-ci peut néanmoins ne pas être considérée comme discriminatoire si les atteintes restent proportionnées.

Hormis le cas français relatif aux exigences de protection de la santé, on relèvera que les instances internationales qui ont été appelées à se prononcer sur ces cas les ont à chaque fois condamnés. Il y a tout lieu à ce titre d'espérer que ces formes de relativisation de la portée du principe de non-discrimination n'intègrent, ni *a fortiori* ne prospèrent en droit français. Trois cas seront ici évoqués, celui de la protection de la santé en France (A), de l'objectif de lutte contre l'immigration illégale en Espagne (B) et de l'attribution de logement en Allemagne (C).

A. La protection de la santé

¹ Voir *supra*, le cas des entreprises de conviction.

Le cas, désormais connu, concerne l'exclusion, prévue par le droit français, des hommes homosexuels des collectes de don du sang. Cette différence de traitement n'a pas été jugée discriminatoire par la Cour de Justice de l'Union européenne au motif qu'elle est « de portée limitée » et qu'elle vise à « protéger la santé des receveurs ». La Cour se fonde sur le point 2.1 de l'annexe III de la directive 2004/33/CE de la Commission, du 22 mars 2004, portant application de la directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins. Elle estime que la différence de traitement à l'encontre des hommes homosexuels est justifiée dès lors *« qu'il est établi, sur la base des connaissances et des données médicales, scientifiques et épidémiologiques actuelles, qu'un tel comportement sexuel expose ces personnes à un risque élevé de contracter des maladies infectieuses graves susceptibles d'être transmises par le sang et que, dans le respect du principe de proportionnalité, il n'existe pas de techniques efficaces de détection de ces maladies infectieuses ou, à défaut de telles techniques, de méthodes moins contraignantes qu'une telle contre-indication pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs »*. La Cour renvoie alors la vérification de la présence de ces conditions aux juridictions nationales¹.

B. La lutte contre l'immigration illégale et le contrôle au faciès²

En Espagne, le Tribunal constitutionnel n'a pas retenu la violation du principe de non-discrimination pour un contrôle qui serait communément dénommé en France « au faciès », effectué dans le cadre de la lutte contre l'immigration clandestine. La mise en œuvre de cette politique est partout enserrée dans sa propre contradiction : comment reconnaître ou identifier un étranger avant d'avoir contrôlé son identité ? Il n'existe aucun critère objectif qui le permette, ce qui laisse place aux appréciations les plus incontrôlées.

En l'espèce, la requérante noire de peau estimait avoir été victime d'une discrimination raciale ainsi que d'une atteinte au principe de dignité lors d'un contrôle d'identité effectué en gare de Valladolid. Elle s'appuyait notamment sur le fait que ni son mari, ni ses enfants blancs de peau qui l'accompagnaient n'ont fait l'objet de contrôle. Le Tribunal constitutionnel espagnol, dans un arrêt du 29 janvier 2001³, rejette le recours d'*amparo* formé par la requérante. S'il reconnaît

¹ Cas du contentieux relatif à l'interdiction du don du sang à l'encontre d'hommes homosexuels, CJUE, 29 avril 2015, Léger, aff. C 528/13, *AJDA*, n°19, p. 1093.

² L'exposé du cas est tiré du travail du groupe d'étudiants du Master 2 bilingue droit de l'Européen, promotion 2014/2015, associés au programme de recherche : I. Rodriguez, Le profilage ethnique : outil « efficace » pour le Tribunal Constitutionnel espagnol, discrimination raciale pour le Comité de l'ONU, (*STC 13/2001, arrêt Rosalind Williams Lecraft*), URL : [<http://blogs.u-paris10.fr/content/le-profilage-ethnique-outil-%C2%AB-efficace-%C2%BB-pour-le-tribunal-constitutionnel-espagnol-discrimin>]

³ Décision STC 13/2001, Tribunal Constitutionnel espagnol, 29 janvier 2001, Rosalind Williams Lecraft, URL : [<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/2001/13>].

que le principe de non-discrimination est protégé au titre de l'article 14 de la Constitution espagnole, il rappelle aussi en contrebalancement que le décret-royal 1119/1986 du 26 mai 1986 (*Uso de documentos de identidad*, article 72.1) et une loi organique 1/1992, du 21 février 1992, relative à la protection de la sécurité des citoyens (article 11) font obligation aux étrangers d'être en possession de leur passeport et des documents de nature à justifier la légalité de leur séjour sur le territoire espagnol.

À l'issue de ce rappel des différentes normes applicables, le Tribunal finit par accorder une priorité à l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière qui justifie les contrôles. Il apprécie néanmoins les circonstances et les conditions dans lesquels ceux-ci ont été réalisés en se livrant à un contrôle de proportionnalité et de raisonabilité. Il relève en l'occurrence, tout d'abord, que le contrôle a été effectué dans une gare ferroviaire de grande affluence et de transit entre la France ou le Portugal, lieu alors estimé propice à la circulation de personnes étrangères : « *il n'est pas illogique de penser qu'il existe une plus forte probabilité que dans d'autres lieux que des personnes qui sont sélectivement sollicitées pour identification puissent être étrangères* » précise le tribunal (§ 8). Il estime ensuite que les critères raciaux et ethniques ont été utilisés de façon « descriptive » (§9) (expression qui reste pour nous sibylline)¹. Il considère également que rien ne laisserait présumer que le comportement de l'agent ait été guidé par un préjugé raciste ou xénophobe ; le contrôle a été effectué de façon « *proportionnelle, respectueuse, courtoise* » (§8). Il conclut que le contrôle ne s'est pas déroulé de façon « *inconsidérée, offensive ou gratuitement obstructive pour la liberté de circulation de la requérante* » et qu'il peut être « *'raisonnablement' assumé au nombre des charges inhérentes la vie sociale* » par celle-ci (§9).

Saisi d'une plainte individuelle formée par la requérante, le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU, dans une décision du 27 juillet 2009, lui donne raison. Le Comité rappelle que pour qu'une différence de traitement ne constitue pas une discrimination, il faut qu'elle soit justifiée par des critères raisonnables et objectifs, et non interdits par le Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966. Il estime que cela n'a pas été le cas en l'espèce. Le contrôle d'identité contesté n'a pu qu'être effectué sur le fondement de caractéristiques raciales. Les circonstances relatées laissent en effet apparaître que la requérante n'a été individualisée que sur le fondement de « *caractéristiques raciales déterminantes aux yeux des agents de police pour suspecter une conduite illégale* » (7.4). Le Comité conclut que le contrôle a été effectué selon des critères ni proportionnels, ni objectifs².

¹ Voir aussi sur la finalité dite « descriptive » de l'usage des critères ethnique à propos de gitans, STC 126/1986, FJ 1, URL : [<http://tc.vlex.es/vid/1-2-stc-3-15033564>].

² Communiqué du Comité des droits de l'Homme de l'ONU, 27 juillet 2009, URL : [http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/decision-sp_20090812.pdf].

C. Raisons objectives, équilibre social et relations de proximité : discrimination et attribution de logement en Allemagne¹

En Allemagne, la loi de transposition des directives européennes relatives à l'égal accès aux services et prestations adoptée en 2006 (AGG) prévoit plusieurs limitations à l'application du principe de non-discrimination.

D'un côté, son paragraphe 20 permet des différences de traitement « *pour des motifs fondés sur la religion, le handicap, l'âge, l'identité sexuelle et le genre si une raison objective le justifie. Cela peut être notamment le cas pour prévenir un danger ou un dommage (al. 1 nr. 1), pour protéger la sécurité privée ou l'intimité (al. 1 nr. 2), si l'inégalité de traitement accorde des avantages particuliers (par exemple, cas de discriminations positive prévues au paragraphe 20 al. 1 nr. 3 AGG) ou, enfin, si est en jeu la conviction religieuse d'une personne physique ou morale soumise au droit religieux* »² (al.1 nr. 4). Il reste que les différences de traitement ne peuvent en aucun cas concerner les motifs raciaux ou ethniques.

D'un autre côté, le §19 de la loi limite le champ d'application de l'AGG dans les rapports de droit civil « aux 'affaires de masse' („Massengeschäfte“) [...] » définies comme « *étant susceptibles de toucher un nombre indéterminé de personnes* », aux « *activités similaires ou encore aux assurances privées* ». Conséquemment, l'alinéa 5 du paragraphe 19 exclut expressément du champ d'application de la loi les affaires qui ont trait « *aux relations de proximité ou de confiance* » entre les parties ou les membres de leur famille³.

Ces exceptions ont des effets importants et spécifiques dans le secteur du logement qui entre pourtant dans le champ de l'AGG. En premier lieu, « *n'est pas considérée comme une affaire de masse et peut donc échapper au principe de non-discrimination, la location d'un logement à titre non-temporaire quand 'le bailleur ne loue pas plus de 50 logements'* »⁴ (§19 al.5 phrase 2 et 3). En deuxième lieu, l'interdiction de discriminer ne s'applique pas lorsque « *les locations*

¹ L'exposé du cas est tiré du travail du groupe d'étudiants du Master 2 Bilingue droit de l'Europe, promotion 2014/2015, associés au programme de recherche : voir B. Schulz, « La fin d'un abus portant sur l'équilibre social: commentaire du jugement du 19 décembre 2014 du Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg de Berlin », URL : [<http://m2bde.u-paris10.fr/node/273>] ; O. Diallo, P. Mougeolle, B. Schulz, « La lutte contre la discrimination à l'épreuve du droit du logement allemand », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 05 octobre 2015, consulté le 25 avril 2016, URL : [<http://revdh.revues.org/1422>]. Sur la question religieuse, voir *supra*, P. Mougeolle, *op. cit.*, sur les entreprises de conviction.

² O. Diallo, P. Mougeolle, B. Schulz, « La lutte contre la discrimination à l'épreuve du droit du logement allemand », *op. cit.* (§12).

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

pour lesquelles le propriétaire ou les membres de sa famille utilisent un logement dans la propriété louée ». Ces deux régimes dérogatoires sont destinés à bénéficier aux « *petits bailleurs privés* »¹. En troisième lieu, le paragraphe 19 al. 3 autorise un traitement différent (*unterschiedliche Behandlung*) « *sur le fondement de tous les motifs de discrimination s'il a pour objectif la création ou le maintien de structures sociales stables (stabiler ausgewogener) ainsi que des relations sociales, économiques et culturelles équilibrées (ausgeglichen) entre les habitants* »².

Ces dispositions ont fait l'objet de nombreuses critiques³. On mentionnera tout particulièrement celles du rapport de la Commission européenne de 2013 qui a procédé à un rapprochement entre ces exceptions allemandes et la notion de « mixité sociale » en France invoquée en matière d'attribution (de répartition aussi pourrait-on dire) de logement sociaux⁴. Un contentieux, quoi qu'en soit très rare, est également né à l'issue duquel certains juges ont entrepris d'affaiblir la portée des exceptions à l'application du principe de non-discrimination. Le tribunal de Cologne a le 17 juin 2014 considéré que la situation de proximité géographique décrite ne suffit pas à elle seule : un contact régulier et de confiance est requis⁵. Le tribunal de Berlin⁶ a, le 19 décembre 2014, pour sa part « *pris en compte les nombreuses vagues d'augmentation des loyers qui ont eu pour effet d'évincer certains locataires d'origine non-européenne aux ressources généralement plus limitées* »⁷. Il a retenu la faute du bailleur pour avoir augmenté « *de manière disproportionnée les loyers des ménages d'origine non-européenne* » et donc rejeté l'invocation de l'exception des mesures anti-discriminatoires invoquées au titre du paragraphe 19 al. 3 AGG.

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*

³ Voir *Consideration of reports submitted by states parties under article 9 of the convention, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, Germany, CERD/C/DEU/CO/18, 21 August 2008, §17.

⁴ Commission Européenne, *La discrimination dans le logement*, Union Européenne, 2013 p. 54.

⁵ Tribunal de Cologne, du 17 juin 2014, réf. 147 C 68/14 ; O. Diallo, P. Mougeolle, B. Schulz, « La lutte contre la discrimination à l'épreuve du droit du logement allemand », *op. cit.*

⁶ Jugement tribunal de Berlin Tempelhof kreuzberg, 19 décembre 2014, réf. 25 C 357/14

⁷ O. Diallo, P. Mougeolle, B. Schulz, « La lutte contre la discrimination à l'épreuve du droit du logement allemand », *op. cit.*, §22.

II. Les discriminations dans les textes internationaux

La contribution des conventions du Conseil de l'Europe à la lutte contre les discriminations

Marianne Lamour & Rachel Lucas

A.T.E.R. et Doctorante contractuelle, Université de Paris Ouest Nanterre La Défense,

L'« *égalité et la protection des minorités* » comptent parmi les cinq valeurs fondamentales défendues par le Conseil de l'Europe¹, organisation régionale européenne à laquelle la France est partie depuis sa création en 1949. Il importe donc, à ce double titre, de s'interroger sur l'étendue et l'effectivité des garanties apportées par les différents instruments conventionnels conclus en son sein en matière de lutte contre les discriminations.

Parmi les deux-cent-dix-huit conventions du Conseil de l'Europe, seules trente-trois d'entre elles contiennent des dispositions relatives aux discriminations. Au sein de ces dernières, l'on retrouve à la fois des instruments de lutte contre les discriminations, mais également des instruments utilisant la notion de discrimination à d'autres fins.

En ce dernier sens, le Protocole additionnel à la Charte européenne de l'autonomie locale sur le droit de participer aux affaires des collectivités locales, en son article 1^{er}, paragraphe 3, prévoit des normes spécifiques introduisant la possibilité de discrimination justifiée dans la participation aux affaires d'une collectivité locale². Similairement, l'article 7, paragraphe 2, de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires énonce la possibilité d'une discrimination justifiée à des fins de préservation des langues minoritaires et régionales³. Ainsi,

¹ Aux côtés de la liberté d'expression, la liberté des médias et la liberté de réunion. Voir le site internet du Conseil de l'Europe, URL : [\[http://www.coe.int/fr/web/about-us/values\]](http://www.coe.int/fr/web/about-us/values).

² Art. 1 §3, du Protocole additionnel à la Charte européenne de l'autonomie locale sur le droit de participer aux affaires des collectivités locales, STCE n°207 : « *[l]a loi prévoit des mesures qui facilitent l'exercice de ce droit. Sans opérer de discrimination injustifiée à l'égard de quelque personne ou groupe que ce soit, la loi peut prévoir des mesures spécifiques adaptées à certaines situations ou catégories de personnes. En accord avec les obligations constitutionnelles ou internationales de la Partie, la loi peut, notamment, prévoir des mesures spécifiques réservées aux seuls électeurs* » (italiques ajoutées). Voir grille n°27 en annexe.

³ Art. 7 §2, de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, STCE n°148 : « *[...] L'adoption de mesures spéciales en faveur des langues régionales ou minoritaires, destinées à promouvoir une égalité entre les locuteurs de*

ces deux instruments prévoient la possibilité pour les États d'adopter des mesures établissant un « *traitement différentiel consistant à refuser à des individus, à des groupes ou à des États, des droits ou des avantages qui sont reconnus par ailleurs à d'autres ; [et] s'oppose à l'égalité de traitement* »¹ dans le but, toutefois, de rétablir une égalité en droit. De tels traitements sont communément désignés par le terme de « discrimination positive ».

En ce qui concerne les instruments de lutte contre les discriminations à proprement parler, ils se distinguent suivant, d'une part, qu'ils ont pour objet la lutte contre des discriminations spécifiquement identifiées ou, d'autre part, qu'ils contiennent des dispositions, à caractère plus ou moins général et incident, participant à la lutte contre les discriminations.

Deux conventions ont ainsi pour objet même la non-discrimination. Cet objet est soit spécifique pour l'une – la lutte contre les discriminations raciales (et l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe tout particulièrement)² –, soit général en ce qui concerne le Protocole n°12 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³, auquel la France n'est pas partie. Quatre autres instruments ont, quant à eux, pour objet la mise en place de protections sectorielles spécifiques visant les femmes⁴, les enfants⁵, les personnes apatrides⁶ et les minorités⁷.

Parmi les conventions contenant des dispositions relatives à la lutte contre les discriminations, quatre contiennent des obligations générales de non-discrimination à objet spécifique. Il s'agit de la non-discrimination à raison du patrimoine génétique⁸, ou à raison du moment d'obtention de la nationalité dans un État donné⁹, de non-discrimination dans la fourniture par un État

ces langues et le reste de la population ou visant à tenir compte de leurs situations particulières, n'est pas considérée comme un acte de discrimination envers les locuteurs des langues plus répandues ». Voir grille n°12 en annexe.

¹ Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F, 8^{ème} éd., 2007, p. 315.

² Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, STCE n°189. Dans cet instrument, la notion de discrimination est d'ailleurs utilisée aux fins de définir ce qui constitue une incrimination pénale spécifique. Voir grille n°19 en annexe.

³ Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, STCE n°177. Voir grille n°17 en annexe.

⁴ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, STCE n°210. Voir grille n°29 en annexe.

⁵ Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, STCE n°201. Voir grille n°24 en annexe.

⁶ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États, STCE n°200. Voir grille n°23 en annexe.

⁷ Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, STCE n°157. Voir grille n°13 en annexe.

⁸ Art. 11 de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, STCE n°164, précitée. Voir grille n°14 en annexe.

⁹ Art. 5 §2, de la Convention européenne sur la nationalité, STCE n°166. Voir grille n°16 en annexe.

d'assistance fiscale aux nationaux de certains États¹, ou à l'encontre de radiodiffuseurs². *La Charte sociale européenne* relève également de cette catégorie de convention. Elle ne fera toutefois pas l'objet de développements substantiels ici – une étude spécifique lui étant réservée dans ce rapport³.

Aux côtés de ces conventions, il importe d'en signaler neuf posant une obligation générale de non-discrimination⁴ *via* une disposition « type » formulée sur le modèle suivant :

« La mise en œuvre de la présente Convention par les Parties, en particulier la jouissance des mesures visant à protéger et promouvoir les droits des victimes, doit être assurée sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la 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 ».

Si les conventions du Conseil de l'Europe revêtent ainsi principalement un aspect déclaratif, certaines d'entre elles contiennent également des aspects programmatifs.

Ainsi, cinq conventions mettent expressément à la charge des États des obligations positives, notamment l'adoption de mesures législatives ayant pour effet d'assurer la protection sectorielle visée⁵ ; l'introduction d'incriminations pénales en droit interne⁶ ; ou l'adoption de mesures autres (de nature indéterminée dans l'instrument conventionnel) prévenant la stigmatisation de personnes ou de groupes en relation avec des caractéristiques génétiques⁷. Peut également être

¹ Art. V de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, STCE n°127, modifié par l'art. V du Protocole d'amendement à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, STCE n°208 introduisant notamment l'article 21 §2, f. dans la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale : l'assistance fiscale discriminatoire vis-à-vis de ses ressortissants n'a pas à être octroyée par un État requis au bénéfice des ressortissants d'un État requérant.

² Art. 10 de la Convention européenne sur la télévision transfrontière, STCE n°132. Voir grille n°10 en annexe.

³ Voir contribution de Madame Tatiana Grundler *in* ce rapport.

⁴ Art. IV §6, de la Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne, STCE n°165, voir grille n°15 en annexe ; art. 5 §1, de la Convention européenne sur la nationalité, STCE n°166, voir grille n°16 en annexe ; art. 1 §1, du Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, STCE n°177, voir grille n°17 en annexe ; art. 3 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, STCE n°197, voir grille n°22 en annexe ; art. 4 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États, STCE n°200, voir grille n°23 en annexe ; art. 2 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, STCE n°201, voir grille n°24 en annexe ; art. 3 §4, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, STCE n°210, voir grille n°29 en annexe ; art. 2 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique, STCE n°211, voir grille n°30 en annexe ; art. 3 de la Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains, STCE n°216, voir grille n°31 en annexe.

⁵ Art. 6 §2, et 6 §1, de la Convention pour la protection des minorités nationales, STCE n°157, voir grille n°13 en annexe ; art. 4 §2, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, STCE n°210, voir grille n°29 en annexe.

⁶ Art. 6 du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais des systèmes informatiques, STCE n°189, voir grille n°19 en annexe.

⁷ Art. 4 du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales, STCE n°164, voir grille n°14 en annexe.

mentionnée l'obligation de refus d'extradition si les motifs d'inculpation dans l'État en faisant la demande ont un objet discriminatoire¹.

Le nombre de ces conventions est toutefois fort limité et leur volet programmatif reste au demeurant circonscrit aux politiques législatives et réglementaires des États parties – sans aller au-delà comme cela peut être le cas pour des instruments internationaux adoptés dans d'autres enceintes².

L'on voit ainsi apparaître une première limite à la contribution des conventions du Conseil de l'Europe à la lutte contre les discriminations, à savoir leur objet tout autant que leurs effets limités (Section 2). Ceci est du reste renforcé, du point de vue de la France, par le fait qu'elle n'est signataire que de vingt-et-une des conventions pertinentes et n'a ratifié que quatorze d'entre elles. Quant aux instruments ayant un apport substantiel, la France a ratifié quatre d'entre eux³.

L'étude exhaustive des conventions du Conseil de l'Europe permet, en outre, de percevoir une évolution chronologique dans les considérations portées à la lutte contre les discriminations : de l'absence originelle de référence au principe à l'affirmation subséquente d'une obligation générale de non-discrimination, puis l'insertion – bien qu'encore timide – dans les conventions de dispositions mettant en place des programmes d'action de lutte contre les discriminations. Une intensification des considérations portées à la problématique des discriminations est particulièrement perceptible à compter de la fin des années 1980 et du début des années 1990, soit à l'issue de la Guerre Froide. Cette prise en compte tardive constitue ainsi une seconde limite à la contribution desdites conventions en matière de lutte contre les discriminations (Section 1).

Section 1. Une contribution tardive à la lutte contre les discriminations

« Considérant que les principes fondamentaux en vertu desquels toute personne peut (...) prétendre à une procédure régulière doivent être reconnus dans tous les États comme s'appliquant en matière fiscale et que les États devraient s'efforcer de protéger les intérêts légitimes du contribuable, en lui accordant notamment une protection appropriée contre la discrimination et la double imposition »⁴.

¹ Art. 21 de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, STCE n°196, voir grille n°21 en annexe.

² Nous renvoyons ici à l'étude menée sur les textes des conventions conclues dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies.

³ Conventions STCE n°164 ; 189 ; 196 et 210.

⁴ Voir l'alinéa 6 du Préambule de la *Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale* STCE n°127. Voir grille n°9 en annexe.

Voici les termes dans lesquels apparaît, le 25 novembre 1998, la première référence au principe de non-discrimination dans une convention conclue au sein du Conseil de l'Europe. Cent-vingt-six conventions auront précédé celle mentionnée ci-dessus, qui concerne l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, sans faire état dudit principe. Ceci s'explique par le fait que la focale semblait être axée au sein du Conseil de l'Europe, avant les années 1990, davantage sur le principe d'égalité que sur celui de non-discrimination (§1). Ces principes ne sont toutefois pas synonymes et la faveur donnée au premier plutôt qu'au second, jusqu'au tournant historique de la fin de la Guerre Froide, procède peut-être d'un parti pris idéologique. Il faut s'interroger sur la mesure dans laquelle ledit parti pris a pu influencer sur l'effectivité de la lutte contre les discriminations (§2).

§1. La notion d'égalité originelle

Les premières conventions du Conseil de l'Europe visent le principe d'égalité de traitement des individus¹. À titre d'illustration, la Convention européenne d'établissement du 13 novembre 1955 dispose en son article 4 que : *« les ressortissants des Parties contractantes bénéficient sur le territoire des autres Parties d'un traitement égal à celui des nationaux en ce qui concerne la jouissance et l'exercice des droits civils, soit de nature personnelle, soit de nature patrimoniale »*.

C'est peut-être ce qui explique que le terme « discrimination » n'a été inséré au sein de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH) qu'avec le Protocole n°11 à la Convention du 11 mai 1994², par l'inclusion de l'intitulé donné à l'article 14 de la CESDH (« interdiction de discrimination »). Par contraste, cette disposition garantit en effet que *« la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune »*.

¹ Voir le 3° du Préambule de la *Convention européenne d'assistance sociale et médicale*, STCE n°14 : « résolu, conformément à ce but, à entendre leur coopération dans le domaine social, en établissant le principe de l'égalité entre leurs ressortissants respectifs au regard de l'application des législations d'assistance sociale et médicale ». Voir grille n°3 en annexe.

² Voir l'annexe du Protocole n°11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, « Intitulés des articles à insérer dans le texte de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et de ses protocoles », STCE n°155.

L'emploi de cette formule (« sans distinction ») diverge de la terminologie utilisée dans la *Déclaration Universelle des droits de l'Homme* (article 7) – contemporaine pourtant dans sa rédaction de celle de la CESDH – ou de celle du *Pacte international sur les droits civils et politiques* (article 20), qui visent tous deux explicitement le principe de non-discrimination.

Doit-on y voir un parti pris idéologique (celui d'affirmer l'absence de distinction faite au sein du groupe, plutôt que d'affirmer la garantie des droits de chaque individu dans le groupe) ? L'hypothèse des « discriminations positives » avait-elle déjà été envisagée par les rédacteurs de la Convention, les amenant à privilégier l'expression « sans distinction » à celle de « sans discrimination » ? Visaient-ils exclusivement l'interdiction des discriminations de droit et non celle de fait, privilégiant en ce sens le terme « distinction » comme renvoyant aux pratiques normatives discriminatoires des États ?

Aucune réponse à ces questions n'est fournie par les travaux préparatoires relatifs à l'article 14 de la CESDH. Certaines hypothèses peuvent en revanche être écartées, telle l'erreur de traduction. Si la première version de la disposition présentée au débat prévoyait en effet que « *chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans discrimination aucune* »¹, dès l'introduction de la modification terminologique du texte au profit du terme « distinction », celle-ci fut opérée à la fois dans les versions anglaise et française². C'est le rapporteur de la Commission des Questions Juridiques et Administratives de l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe qui proposa cette nouvelle formule le 29 août 1949³. Il ressort des travaux préparatoires qu'il n'y a eu aucun débat autour de son introduction dans le texte et qu'elle fut par la suite reprise à l'identique par l'ensemble des délégations présentes.

Quant à savoir s'il s'agissait d'un vrai choix motivé de distinguer les deux notions, l'emploi indifférencié des termes « distinction » et « discrimination » dans les discours subséquents des intervenants au débat en fait douter⁴.

L'évolution que vont connaître les conventions du Conseil de l'Europe, en passant des références initiales au principe d'égalité à celles faites au principe de non-discrimination – et de leurs volets programmatifs corrélatifs – semble toutefois confirmer qu'il ne s'agissait pas là d'une modification terminologique mineure.

§2. Le passage d'une égalité des droits à une égalité en droit avec l'introduction du principe de non-discrimination

¹ « Travaux préparatoires de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme », Strasbourg, document déclassifié le 9 mai 1967, CDH, 67, vol. 3, p. 1.

² *Ibid.*, p. 7.

³ *Idem.*

⁴ *Ibid.*, voir par exemple l'extrait du rapport de la Conférence des Hauts Fonctionnaires au Comité des Ministres reproduit p. 22 ou les commentaires du rapporteur du Royaume-Uni reproduits p. 25.

Il a déjà été relevé que l'introduction des références au principe de non-discrimination entre individus dans le texte des conventions du Conseil de l'Europe a été opérée en 1998¹ au sein de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale². Seules avaient en effet jusqu'alors été visées dans une convention des mesures économiques à caractère discriminatoire³.

Le passage de l'un à l'autre des principes n'est pas accessoire : si l'affirmation du principe d'égalité de traitement vise à faire bénéficier des individus donnés du traitement octroyé au groupe (l'égalité des droits), le principe de non-discrimination vise à ne pas priver un membre du groupe du bénéfice du traitement octroyé à ses autres membres (l'égalité en droit). Deux exemples tirés des textes des conventions en donnent une claire illustration.

L'article 1^{er} de la Convention européenne d'assistance sociale et médicale du 7 décembre 1953⁴ dispose en ce sens que :

« Chacune des Parties contractantes s'engage à faire bénéficier les ressortissants des autres Parties contractantes, en séjour régulier sur toute partie de son territoire auquel s'applique la présente Convention et qui sont privés de ressources suffisantes, à l'égal de ses propres ressortissants et aux mêmes conditions, de l'assistance sociale et médicale [...] prévue par la législation en vigueur dans la partie du territoire considérée ».

La logique est bien ici « distributive » : les ressortissants des autres Parties contractantes doivent se voir octroyer le même traitement que celui des nationaux. Elle vise en cela à faire bénéficier l'ensemble de ces personnes des mêmes droits.

Par contraste, l'article 4, paragraphe 1, du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales du 27 novembre 2008, sous l'intitulé « Non-discrimination et non-stigmatisation », prévoit que : « *toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne, en tant qu'individu ou en tant que membre d'un groupe, en raison de son patrimoine génétique, est interdite* »⁵.

La logique est ici « consolidatrice » : l'on vise à garantir la jouissance de leurs droits aux membres du groupe qui en sont titulaires.

¹ Ne seront pas étudiées ici les références qui ont pu être faites antérieurement à cette date par la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de l'interprétation de l'article 14 de la CESDH. Ceci fera l'objet d'une étude visant la jurisprudence de la Cour.

² Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale du 25 novembre 1998, STCE n°127. Voir grille n°9 en annexe.

³ Voir art. 7 §6, a), du Troisième Protocole additionnel à l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe, STCE n°28 : « *aucun impôt, de quelque nature que ce soit, ne sera perçu sur les valeurs ou obligations émises ou garanties par le Fonds (y compris tout dividende ou intérêt y afférant), quel qu'en soit le détenteur : a. si cet impôt constitue une mesure de discrimination contre une telle valeur ou obligation du seul fait qu'elle est émise ou garantie par le Fonds* ». Voir grille n°5 en annexe.

⁴ Convention européenne d'assistance sociale et médicale, STCE n°14. Voir grille n°3 en annexe.

⁵ Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales, STCE n°203. Voir grille n°25 en annexe.

Deux observations en découlent. D'une part, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, s'ils apparaissent à la lumière de ces textes comme distincts, sont consubstantiels l'un de l'autre. Le principe d'égalité permet d'instaurer le bénéfice de droits communs à un ensemble d'individus, dont le principe de non-discrimination permet d'assurer la pleine jouissance par chacun. En d'autres termes, tandis que le premier vise à déterminer les droits dont les individus bénéficient, le second a pour objet d'en garantir le respect. C'est d'ailleurs un point sur lequel insiste le rapport explicatif sur le Protocole n°12 à la CESDH dès les premières phrases de son introduction :

« la protection offerte par l'article 14 concernant l'égalité et la non-discrimination est limitée, comparée à celle prévue aux dispositions d'autres instruments internationaux. Ce fait tient principalement à ce que l'article 14, à la différence des dispositions contenues dans d'autres instruments, n'énonce pas une interdiction indépendante relative à la discrimination, puisqu'il ne la proscriit qu'en ce qui concerne "la jouissance des droits et libertés" définis dans la Convention »¹.

Cette conception du principe de non-discrimination au sein des conventions du Conseil de l'Europe n'est pas propre à l'article 14 d'ailleurs. Elle ressort également, par exemple, de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine du 24 janvier 2002, aux termes duquel :

« les Parties au présent Protocole protègent la personne dans sa dignité et son identité et lui garantissent, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales dans le domaine de la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine »².

Les principes d'égalité et de non-discrimination sont ainsi tous deux manifestement emprunts d'une même logique, d'une même idéologie. Distribution et protection n'ont certes pas le même objet, mais « *elles sont les deux conséquences nécessaires de la reconnaissance d'une seule valeur* »³.

Ceci explique, d'autre part, la priorité temporelle de l'un sur l'autre au sein des conventions du Conseil de l'Europe : le principe d'égalité (logique « distributive ») dans un premier temps, et celui de non-discrimination (logique « consolidatrice ») dans un second temps.

Cette seconde étape connaît elle-même deux phases. L'affirmation du principe de non-discrimination s'est en effet faite à l'origine par le biais d'une obligation générale de non-discrimination, visant principalement à assurer l'abstention de la part de l'État de tout comportement discriminatoire prohibé. Une illustration en est fournie par l'article 5, paragraphe

¹ Ce rapport est disponible en ligne à l'adresse, [<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/177.htm>].

² Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, STCE n°186. Voir grille n°18 en annexe.

³ E. Dockes, *Valeurs de la démocratie*, Paris, Dalloz, 2005, p. 24.

1, de la *Convention européenne sur la nationalité*, aux termes duquel : « *les règles d'un État Partie relatives à la nationalité ne doivent pas contenir de distinction ou inclure des pratiques constituant une discrimination fondée sur le sexe, la religion, la race, la couleur ou l'origine nationale ou ethnique* ».

Sont ensuite apparues dans les textes des obligations spécifiques visant cette fois à l'intervention de l'État aux fins de « gommer » les comportements discriminatoires. L'article 6, paragraphe 2, de la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales* l'illustre en disposant que : « *les Parties s'engagent à prendre toutes mesures appropriées pour protéger les personnes qui pourraient être victimes de menaces ou d'actes de discrimination, d'hostilité ou de violence en raison de leur identité ethnique, culturelle, linguistique ou religieuse* »¹.

Une autre illustration est fournie par l'article 4, paragraphe 2, de la *Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique*, qui fait d'ailleurs office d'exemple le plus abouti en ce sens au sein du *corpus* conventionnel du Conseil de l'Europe :

« [L]es Parties condamnent toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et prennent, sans retard, les mesures législatives et autres nécessaires pour la prévenir, en particulier :

- en inscrivant dans leurs constitutions nationales ou toute autre disposition législative appropriée, le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes, et en assurant l'application effective dudit principe ;
- en interdisant la discrimination à l'égard des femmes, y compris le cas échéant par le recours à des sanctions ;
- en abrogeant toutes les lois et pratiques qui discriminent les femmes ».

Doit-on y voir transparaître l'opposition « classique » entre libertés-individuelles et droits-créances, dans la mesure où les premières viseraient des abstentions prescrites aux pouvoirs publics tandis que les secondes solliciteraient des interventions de leur part ? Il semble en réalité plus pertinent d'établir une distinction entre une dimension négative (abstention) et positive (intervention)² de la mise en œuvre du principe de non-discrimination.

Ceci est d'ailleurs confirmé par le fait que dans le cadre des premières (obligations générales de non-discrimination), l'accent est mis sur les motifs de discrimination prohibés (à raison de la religion, de l'appartenance ethnique, etc.). *A contrario*, dans le cas des secondes (obligations spécifiques), l'intérêt est porté aux situations de discrimination auxquelles il est impératif de remédier (abrogation de lois discriminatoires, protection des victimes de menaces ou d'actes de violence, etc.).

¹ Art. 6 §2, de la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, STCE n°157. Voir grille n°13 en annexe.

² Cette distinction est empruntée à Diane Roman, « Introduction », in D. Roman (dir.), « *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux* », 2010, p. 42. Voir plus généralement les développements critiques que l'auteure y consacre à la distinction entre droits-créances et libertés-individuelles, p. 41-43.

Ces trois temps marquent donc la réalisation d'objectifs distincts : affirmer l'égalité de droit des individus (principe d'égalité), s'assurer qu'à aucun motif cette égalité ne sera entravée (obligation générale de non-discrimination), puis remédier aux situations dans lesquelles elle l'est effectivement (obligation spécifique de non-discrimination).

Cette évolution doit toutefois être nuancée par la faible place qu'occupe le principe de non-discrimination au sein des conventions du Conseil de l'Europe, les garanties en découlant restant encore d'objet et d'effets limités.

Section 2. Des garanties à objet et effets limités

Malgré l'apparition de conventions visant à assurer des protections sectorielles durant les deux dernières décennies, les clauses de non-discrimination présentes dans les conventions du Conseil de l'Europe restent toutefois limitées tout aussi bien dans leur objet que dans leurs effets (§1). Ce constat s'applique à plus forte raison pour les conventions ne visant pas la mise en place de tels régimes de protection spécifique (§2).

§1. Des protections sectorielles limitées

Quatre conventions du Conseil de l'Europe ont pour objet l'établissement de protections sectorielles spécifiques. Il s'agit des discriminations à l'égard des femmes (A), des enfants (B), des apatrides (C) et des minorités (D).

A. La protection des femmes

Une seule des deux-cent-dix-huit conventions adoptées au sein du Conseil de l'Europe vise particulièrement les femmes. Il s'agit de la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (CPLVF), signée le 11 mai 2011 et entrée en vigueur le 1^{er} août 2014¹. Celle-ci a notamment pour but de supprimer les discriminations à l'égard des femmes et de promouvoir l'égalité entre ces dernières et les hommes². Parvenir à une « égalité réelle » entre tous est en effet le seul moyen, selon les

¹ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, STCE n°210, voir grille n°29 en annexe.

² Art. 1 §1, b), de la CPLVF.

rédacteurs de cet instrument, d'éradiquer toutes les formes de violences dont elles sont victimes¹.

Plusieurs dispositions de la Convention mentionnent le terme de « discrimination ». Son article 3 dispose en ce sens que l'expression « *“violence à l'égard des femmes” doit être compris[e] comme une violation des droits de l'homme et une forme de discrimination à l'égard des femmes* »². Cette corrélation entre violence et discrimination avait d'ailleurs déjà été relevée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Opuz c/ Turquie*³.

En outre, la CPLVF impose aux États de prendre des « *mesures législatives et autres nécessaires* »⁴ afin de prévenir « *toutes les formes de discrimination* »⁵ à leur égard. Ces mesures peuvent être diverses, à savoir : l'inscription du principe d'égalité entre les hommes et les femmes dans les constitutions nationales, l'interdiction des discriminations pouvant être faites aux femmes ou l'abrogation des mesures législatives et pratiques susceptibles de discriminer les femmes⁶. Enfin, si lesdites mesures doivent être prises sans procéder à des discriminations fondées sur une pluralité de critères⁷, les « *mesures spécifiques* »⁸ afin de protéger les femmes « *ne sont pas considérées comme discriminatoires* »⁹. Cette disposition suit la logique de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes conclue le 18 décembre 1979 dans l'enceinte de l'Organisation des Nations Unies. En effet, son article 4 précise que des mesures visant à protéger spécialement les femmes, par rapport aux hommes, ne peuvent pas être considérées comme discriminatoires¹⁰.

Certaines limites de la CPLVF doivent toutefois être soulignées. En premier lieu, son adoption a été tardive et la Convention n'est entrée en vigueur que le 1^{er} août 2014. Depuis plusieurs décennies pourtant, des textes de droit international ont été adoptés afin de lutter contre les discriminations faites aux femmes¹¹. En second lieu, la participation des États membres du

¹ § 49 du Rapport explicatif de la CPLVF (disponible sur le site du Conseil de l'Europe – <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/210.html>) – consulté le 15 mai 2015).

² Art. 3, a), de la CPLVF.

³ CEDH, *Opuz c/Turquie*, arrêt du 9 juin 2009, n°33401/02, §184-191.

⁴ Art. 4 §2, de la CPLVF.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ A savoir : « *sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, le genre, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, l'âge, l'état de santé, le handicap, le statut marital, le statut de migrant ou de réfugié, ou toute autre situation* » (art. 4 §3, de la CPLVF).

⁸ Art. 4 §4, de la CPLVF.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Art. 4 §1, de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, adoptée et entrée en vigueur le 3 septembre 1981, RTNU, 1990, vol. 1249, p. 13.

¹¹ Voir par exemple : art. 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, RTNU, 1983, vol. 999, p. 171 ; art. 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976, RTNU, 1983, vol. 993, p. 3 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, précitée ; art. 6, para. a), de la Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme,

Conseil de l'Europe à la CPLVF est encore faible à ce jour, puisque qu'elle a été signée par dix-neuf États et ratifiée par dix-huit d'entre eux, parmi lesquels figure la France¹. Cette faible participation s'explique probablement par deux facteurs. D'une part, ayant été adoptée il y a peu, certains États membres peuvent avoir besoin de davantage de temps afin de procéder, dans leur ordre juridique interne, aux adaptations nécessaires à leur participation. D'autre part, et de manière moins optimiste, les États membres du Conseil de l'Europe qui n'ont pas signé ladite convention sont, en règle générale, ceux qui n'ont pas ratifié la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes².

B. La protection des enfants

En ce qui concerne la protection spécifique des enfants, les États membres du Conseil de l'Europe ont adopté une convention spéciale à cet effet le 25 octobre 2007 : la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (CPEEAS)³.

En vertu de cet instrument, « *le bien-être et l'intérêt supérieur des enfants [...] doivent être promus sans aucune discrimination* »⁴. À l'instar de la CPLVF, il y est prévu que la mise en œuvre de ladite convention, et notamment l'adoption de mesures concrètes à cet effet, doit être effectuée sans discrimination⁵. Ainsi, tant le Préambule que l'article 2 de la Convention posent une obligation générale de non-discrimination.

Si cette clause générale de non-discrimination est calquée sur celle que contiennent plusieurs conventions du Conseil de l'Europe⁶, il convient de mentionner cependant que ses rédacteurs ont insisté sur l'introduction, au sein des motifs de discrimination, de l'orientation sexuelle de l'individu concerné. La définition de l'enfant prévue par la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 comprend également l'adolescent. Par conséquent,

adoptée le 9 juin 1994, entrée en vigueur le 5 mars 1995, URL : [\[https://www.cidh.oas.org/Basicos/French/m.femme.htm\]](https://www.cidh.oas.org/Basicos/French/m.femme.htm).

¹ La France a signé la convention le 11 mai 2011 et l'a ratifiée le 4 juillet 2014.

² Voir l'état des ratifications au 26 mai 2015, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes sur le site du RTNU, URL : [\[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=fr\]](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=fr) et de la CPLVF sur le site du Conseil de l'Europe, URL :

[\[http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=210&CM=8&DF=15/05/2015&CL=FRE\]](http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=210&CM=8&DF=15/05/2015&CL=FRE).

³ STCE n°201. Voir grille n°24 en annexe.

⁴ Préambule de la CPEEAS.

⁵ « *Sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la 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, l'orientation sexuelle, l'état de santé, le handicap ou toute autre situation* », art. 2 de la CPEEAS.

⁶ Voir *supra*, introduction.

il était important d'introduire le motif précité, afin notamment de protéger les adolescents, très souvent victimes de violence en raison de leur orientation sexuelle¹.

La CPEEAS a été largement signée et ratifiée par les États membres du Conseil de l'Europe puisqu'elle compte quarante-sept États parties, dont la France². Une si large participation n'est pas surprenante eu égard au succès de la convention onusienne sur les droits de l'enfant qui ne compte pas moins de cent-quatre-vingts-quinze parties.

C. La protection des apatrides

Les apatrides font eux aussi l'objet d'une protection spécifique. À en effet été adoptée le 19 mai 2006, dans l'enceinte du Conseil de l'Europe, la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États³. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2009. Le nombre d'États qui y sont parties est limité à huit, parmi lesquels ne figure pas la France.

Cet instrument a pour objet de compléter le cadre juridique fixé par la Convention européenne sur la nationalité⁴ et, plus précisément, son chapitre VI qui contient des dispositions générales sur la nationalité. La Convention de 2006 vise spécifiquement à établir des dispositions plus détaillées afin que les États préviennent les situations d'apatridie⁵.

Un principe général de non-discrimination y est prescrit à l'égard des apatrides⁶ et ce, quel que soit leur situation⁷. À ce titre, les rédacteurs de la convention soulignent, dans le rapport explicatif de l'instrument, que la lutte contre les discriminations est primordiale dans les situations d'apatridie⁸. *De facto*, l'apatridie peut donc être causée par la discrimination d'un groupe d'individus.

¹ §43 du Rapport explicatif de la CPEEAS, disponible sur le site du Conseil de l'Europe, [<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/201.htm>].

² La France a signé la convention le 25 octobre 2007 et l'a ratifiée le 27 septembre 2010.

³ STCE n°200. Voir grille n°23 en annexe.

⁴ Convention européenne sur la nationalité, adoptée le 6 novembre 1997, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2000, STCE n°166. Voir grille n°16 en annexe.

⁵ §3-4 du rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États, disponible sur le site du Conseil de l'Europe – [<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/200.htm>].

⁶ Préambule et art. 4 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États.

⁷ « Les États ne font aucune discrimination à l'encontre de quelque personne concernée ni pour quelque raison que ce soit fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la 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 », art. 4 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États.

⁸ §17 du rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États, *op. cit.* V. 2^e note de l'article.

D. La protection des minorités

Les minorités, en tant que groupes d'individus, sont également protégées par une convention du Conseil de l'Europe. Il s'agit de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (CPMN) du 1^{er} février 1995¹. Elle a pour objet de garantir aux individus qu'ils ne soient pas discriminés à raison de leur appartenance à une minorité. Ainsi, la convention les reconnaît-elle comme égaux devant la loi, celle-ci devant également les protéger². Les parties à la convention ont ainsi l'obligation de prendre les mesures appropriées afin de faire cesser toute discrimination à leur égard³. Enfin, de manière plus spécifique, les rédacteurs de la convention ont rappelé que les minorités nationales doivent disposer d'un égal accès aux médias⁴.

La CPMN est entrée en vigueur le 1^{er} février 1998. À ce jour, quarante-trois États y sont parties – ce qui n'est pas le cas de la France. En ce qui la concerne d'ailleurs, l'arrêt *Winterstein*, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 17 octobre 2013, a remis à l'ordre du jour « *l'épineuse question des relations entre la France et la notion même de minorités nationales* »⁵. Dans cet arrêt la France s'est vue condamner pour violation de l'article 8 de la CESDH du fait d'une procédure d'expulsion locative des gens du voyage.

Or, ce n'est pas la première fois que l'État français est condamné pour discrimination à l'égard des minorités sises sur son territoire. Ainsi, le Comité européen des droits fondamentaux avait déjà établi, le 28 juin 2011, que l'application de la circulaire du 5 août 2010, visant l'évacuation de campements illicites – et qui ciblaient principalement des populations Roms, donnait lieu à « *un traitement clairement et directement discriminatoire, en raison de [l']origine ethnique, emportant dès lors violation conjointe des articles E et 31 §2 de la [Charte sociale européenne] révisée* »⁶. Par conséquent, la position de la France est difficilement tenable, et une signature et ratification des instruments protégeant les minorités nationales, parmi lesquels figure la CPMN, deviennent plus qu'impératives.

¹ STCE n°157. Voir grille n°13 en annexe.

² Art. 4 §1 de la CPMN.

³ Art. 4 §2 de la CPMN.

⁴ Art. 9 §1 de la CPMN.

⁵ A. Billard, J.-P. Foegle, T. Martin, A. Tamouza, « Droit au logement (Art. 8 CEDH) : Un cinglant désaveu de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de logement des gens du voyage », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 5 décembre 2013, URL : [<http://revdh.org/category/convention-cadre-pour-la-protection-des-minorites-nationales/>].

⁶ CEDS, Centre sur les droits au logement et les expulsions (COHRE) c/ France, 28 juin 2011, n°63/2010, §51, RDSS, 2012, p. 669, comm. J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

Au vu de ce qui précède, seules quatre catégories d'individus (ou groupes d'individus) sont spécifiquement protégés par le droit conventionnel du Conseil de l'Europe. Or, l'absence de certaines protections sectorielles est notable. Peut-être le Conseil de l'Europe n'a-t-il pas souhaité contribuer à l'inflation conventionnelle, tant décriée de nos jours dans le cadre du discours sur la fragmentation du droit international. Néanmoins certains déficits de garanties sectorielles mériteraient toutefois d'être comblés. Ainsi, aucune convention spécifique n'a été adoptée à l'égard de la lutte contre les discriminations vis-à-vis des personnes en situation de handicap. Certes, la Charte sociale européenne contient des dispositions protégeant ces personnes et impose même aux États parties de prendre un certain nombre de mesures afin que cette protection soit effective¹. Cependant, d'une part la Charte sociale européenne ne couvre que la question de la fourniture de prestations dans l'emploi² – elle vise donc un champ d'application matériel restreint en matière de lutte contre les discriminations à l'encontre de personnes en situation de handicap. D'autre part, le fait que la Charte contienne des dispositions similaires s'agissant des femmes n'a pas contrevenu au fait qu'une convention spécifique leur a été ensuite dédiée dans l'enceinte du Conseil de l'Europe. Une vision optimiste verra dans la CPLVF le signal que des conventions visant à assurer d'autres protections sectorielles seront amenées à voir le jour.

La lutte contre les discriminations au sein du Conseil de l'Europe apparaît donc relativement limitée quant à son objet – constat qui se répète lorsque l'on étudie l'effet des dispositions concernées.

§2. De faibles effets

Limitée est également la contribution des conventions du Conseil de l'Europe à la lutte contre les discriminations à raison de leurs effets. D'une part, ceci s'explique par le peu de contraintes imposées et le langage tout aussi peu contraignant dans lequel sont rédigés les instruments pertinents (A). La faible participation des États membres à ces conventions ne fait, d'autre part, que l'accentuer (B).

A. Des États membres peu contraints

¹ Art. 15 de la Charte sociale européenne, STCE n°35. VOIR les développements de Madame Tatiana Grundler dans la présente étude.

² Art. 8 de la Charte sociale européenne révisée (STCE n°163). Voir les développements de Madame Tatiana Grundler dans la présente étude.

Une première catégorie de conventions du Conseil de l'Europe met à la charge des États parties une norme générale de non-discrimination. Cette dernière est rédigée comme suit :

« la mise en œuvre des dispositions de la présente Convention par les Parties, en particulier le bénéfice des mesures visant à protéger les droits des victimes, doit être assurée sans discrimination aucune fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, l'âge, la religion, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, l'orientation sexuelle, l'état de santé, le handicap ou toute autre situation »¹.

Enoncée à maintes reprises, cette clause générale de non-discrimination n'impose aucune mesure précise susceptible d'être mise à la charge des États. Peu de conventions du Conseil de l'Europe en commandent d'ailleurs et, lorsqu'elles le font, il en va ainsi en des termes relativement vagues.

Une seconde catégorie vise les conventions du Conseil de l'Europe mettant à la charge des États des obligations plus spécifiques en matière de lutte contre les discriminations. Parmi celles-ci peuvent être distinguées deux types. En premier lieu, un certain nombre de conventions prescrivent des obligations négatives « de ne pas faire ». Ainsi, la *Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme*² rappelle aux États parties qu'elle ne doit pas être interprétée comme leur imposant « *une obligation d'extrader ou d'accorder l'entraide judiciaire* »³ lorsque la demande apparaît fondée sur des considérations discriminatoires. En ce sens également, la Convention européenne sur la valeur des jugements répressifs⁴ et la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives⁵ autorisent les États parties à refuser d'accepter des jugements répressifs ou des procédures répressives étrangères lorsque leurs demandes de transmission sont discriminatoires⁶. En second lieu, certaines conventions requièrent des États l'adoption d'obligations positives “de faire”. Ils peuvent en

¹ Art. 2 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique, précitée ; art. 4 §3, de la CPLVF, précitée ; art. 2 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, précitée ; art. 4 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États, précitée (dans cet art., la formulation du début de la disposition diffère puisqu'elle commence par : « *lorsqu'ils appliquent la présente Convention, les États concernés ne font aucune discrimination à l'encontre de quelque personne concernée ni pour quelque raison que ce soit fondée notamment sur le sexe, [...]* ») ; art. 3 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains ; art. 1 §1, du Protocole n°12 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précité (dans cet art., la formulation du début de la disposition diffère : « *la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, [...]* ») ; art. 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (à nouveau, le début de la disposition diffère : « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, [...]* », formulation reprise par le Protocole n°12 de la Convention).

² STCE n°90.

³ Art. 21 §1, de la *Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme*, précitée.

⁴ STCE n°70. Voir grille n°7 en annexe.

⁵ STCE n°73. Voir grille n°8 en annexe.

⁶ Art. 6 §c), de la *Convention européenne sur la valeur des jugements répressifs* ; art. 11 §e), de la *Convention européenne sur la transmission des procédures répressives*.

effet se voir intimer l'obligation d'adopter des « *mesures législatives et autres nécessaires* »¹ pour assurer l'égalité entre les hommes et les femmes, des « *mesures adéquates pour promouvoir* »² l'égalité entre les individus appartenant à une minorité nationale et les autres, etc. Dans le même sens, la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine demande aux Parties de prendre dans leur « *droit interne les mesures nécessaires* »³ afin de veiller à ce que les individus ou groupes d'individus ne soient pas stigmatisés à raison de leur patrimoine génétique. Parfois, les termes sont encore plus larges puisqu'à l'instar de la Convention européenne sur la télévision transfrontière, il n'est requis des États que de « *rechercher ensemble les instruments et procédures les plus adéquats pour soutenir, sans discrimination [...] les radiodiffuseurs* ».

Une troisième catégorie de conventions peut être identifiée : celles ayant pour objectif que soit accordée par les États parties une protection ou une assistance aux personnes ou groupes d'individus, selon les matières⁴. Dans l'ensemble de ces hypothèses, la formulation offre aux parties une très large marge de manœuvre dans l'application du droit conventionnel. Cela transparaît clairement lorsqu'est évoquée l'adoption de « *mesures législatives et autres nécessaires* »⁵. En effet, les États peuvent dès lors prendre des mesures législatives, réglementaires, voire non-contraignantes (*soft law*). En somme, il ne peut y avoir de formulation plus indéterminée que cette dernière.

La disposition la plus précise reste encore l'article 4, paragraphe 2, de la *Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique*, qui dispose que :

- « Les Parties condamnent toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et prennent, sans retard, les mesures législatives et autres nécessaires pour la prévenir, en particulier :
- en inscrivant dans leurs constitutions nationales ou toute autre disposition législative appropriée, le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes, et en assurant l'application effective dudit principe ;
 - en interdisant la discrimination à l'égard des femmes, y compris le cas échéant par le recours à des sanctions ;
 - en abrogeant toutes les lois et pratiques qui discriminent les femmes »⁶.

¹ Art. 4 §2, de la CPLVF, précitée.

² Art. 4 §2, de la CPMN, précitée.

³ Art. 1 de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine.

⁴ Voir par exemple : art. V du Protocole d'amendement à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale.

⁵ Art. 4 §2, de la CPLVF (italiques ajoutées).

⁶ *Ibid.*

Sont ici mises à la charge des États parties trois obligations spécifiques de moyen (ou de comportement) aux fins de mise en œuvre du « *principe d'égalité réelle entre les femmes et les hommes* »¹. Le rapport explicatif de cette convention souligne qu'il s'agit là de « *mesures concrètes* » requises – *a minima* – pour « *assurer la réalisation pratique de l'égalité entre les femmes* »². L'on retrouve ici la consubstantialité relevée ci-dessus entre le principe d'égalité et de non-discrimination.

En conclusion, bien que certaines conventions imposent aux États membres du Conseil de l'Europe l'adoption de comportements déterminés, il en va toujours de la sorte en des termes très vagues. L'effectivité de la lutte contre les discriminations dans les ordres juridiques internes, en tant que résultat du droit conventionnel du Conseil de l'Europe, est donc *a priori* faible. Ce constat ne fait que s'amplifier lorsque l'on étudie la participation des États membres du Conseil de l'Europe auxdites conventions ayant trait à la lutte contre les discriminations.

B. Des États membres peu concernés

Tout d'abord, eu égard aux quatre conventions mettant en place des protections sectorielles spécifiques (à l'égard des femmes, des enfants, des apatrides et des minorités nationales), le nombre de parties apparaît comme disparate. En effet, alors que les conventions protégeant les femmes et les minorités recueillent une trentaine d'États parties³, celle sur les enfants réunit les quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe. *A contrario*, la convention visant à protéger les apatrides n'en comptent que huit.

Ce nombre d'États parties n'est pas surprenant lorsque l'on examine le taux de ratification des conventions internationales sur ces mêmes sujets. À titre d'exemple, de la même manière que la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels réunit l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe, son pendant, la Convention relative aux droits de l'enfant⁴, ne compte pas moins de cent-quatre-vingt-quinze parties. *A contrario*, la Convention relative au statut des apatrides⁵, du 28 novembre 1954, compte, à ce jour, quatre-vingt-six États parties.

¹ Voir le *Rapport explicatif* de la CPLVF, précité, §50.

² *Ibid.*, §51.

³ La Convention ayant trait aux femmes a, précisément, trente-sept États parties et celle ayant pour objet les minorités nationales en a trente-trois.

⁴ Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, *RTNU*, 1999, vol. 1577, p. 3.

⁵ Convention relative au statut des apatrides, adoptée le 28 novembre 1954, entrée en vigueur le 6 juin 1960, *RTNU*, 1960, vol. 360, p. 117.

En ce qui concerne les autres conventions du Conseil de l'Europe contenant des dispositions relatives à la lutte contre les discriminations, elles sont plus largement ratifiées par les États. L'on constate en effet qu'en moyenne, elles comptent environ trente États parties. Toutefois, ce résultat est à nuancer puisque certaines conventions sont ouvertes à la signature d'États non membres du Conseil de l'Europe. À titre d'exemple, soixante-dix États sont parties au Protocole d'amendement à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale.

Aucune disposition relative à la lutte contre les discriminations ne connaît de réserves et/ou déclaration interprétative conséquente. Une convention fait néanmoins office d'exception : le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques. Les articles 3 et 6, concernant la lutte contre les discriminations, y font en effet l'objet de nombreuses réserves et/ou déclarations interprétatives. Le premier prévoit la possibilité pour les États de ne pas imposer de responsabilité pénale afin de sanctionner les conduites tenant à la diffusion de matériel raciste et xénophobe *via* les systèmes informatiques. Cela est possible si l'incitation à la discrimination visée « *n'est pas associée à la haine ou à la violence, à condition que d'autres recours efficaces soient disponibles* »¹. Or, plusieurs États ont formulé précisément une déclaration interprétative et/ou une réserve sur cet article énonçant qu'ils se réservaient effectivement le droit de ne pas le faire². Quant à l'article 6 du même protocole, il vise la même hypothèse que l'article 3 mais s'agissant de crimes internationaux (crime de génocide et crime de guerre). De la même manière, plusieurs États ont fait une déclaration rappelant leur droit de ne pas incriminer ce type de comportement³.

Enfin, s'agissant plus précisément de la France, celle-ci n'a ni signé ni ratifié sept des trente conventions du Conseil de l'Europe contenant des dispositions relatives à la lutte contre les discriminations⁴. Il convient de signaler que parmi ces sept conventions qu'elle n'a ni signé ni ratifié, deux d'entre elles sont des conventions établissant des protections sectorielles spécifiques (*i.e.* celles concernant les apatrides et les minorités nationales). Quant aux autres,

¹ Art. 3 §2, du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, précitée.

² Voir par exemple les déclarations et/ou réserves du Danemark, de la Norvège et de la Pologne.

³ Voir par exemple les déclarations et/ou réserves de la France et de l'Ukraine.

⁴ Il s'agit de la Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États, du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, relatif à la recherche biomédicale, du Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, de la CPMN, de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs et de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives.

sur les vingt-trois auxquelles la France est partie, huit d'entre elles n'ont fait l'objet que d'une signature et n'ont donc pas été ratifiées – ce qui emporte des conséquences importantes quant à la responsabilité internationale de l'État. Par conséquent, uniquement la moitié des conventions pertinentes du Conseil de l'Europe sont en vigueur sur le territoire français.

Ainsi, si les conventions du Conseil de l'Europe sont relativement bien acceptées par ses États membres, la France est, quant à elle, en retrait vis-à-vis de ses pairs. Cette observation est accentuée par le fait qu'elle n'a pas adhéré au Protocole additionnel n°12 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Or, ce Protocole a spécifiquement pour vocation d'élargir le champ d'application de l'article 14 de la Convention aux fins de lutte contre les discriminations¹.

De par son statut revendiqué de « *principale organisation de défense des droits de l'homme du continent* »², l'on peut être surpris de ne trouver au sein des conventions du Conseil de l'Europe que peu d'instruments contenant un volet programmatif en matière de lutte contre les discriminations. Ce constat est d'autant plus accentué du point de vue de la France par son taux d'adhésion réduit aux conventions pertinentes en ce domaine.

Ceci affecte sérieusement l'effectivité des conventions du Conseil de l'Europe en matière de lutte contre les discriminations. Ce n'est en effet que rarement que les conventions du Conseil de l'Europe visent à remédier à des « situations » de discrimination en mettant à la charge des États parties des obligations spécifiques. Elles ne prévoient en effet, le plus souvent, qu'une obligation générale de non-discrimination qui relève davantage de la déclaration de bonne intention.

L'évolution dans le temps qu'a toutefois connue la prise en compte de la question des discriminations dans le cadre de l'organisation laisse espérer des avancées en ce domaine dans le futur.

¹ Voir par exemple le *Rapport explicatif* du Protocole n°12 réalisé par le Conseil de l'Europe, URL : [\[http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/177.htm\]](http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/177.htm).

² Voir la présentation du Conseil de l'Europe sur son internet, URL : [\[http://www.coe.int/fr/web/about-us/who-we-are\]](http://www.coe.int/fr/web/about-us/who-we-are).

**Annexe : Grilles d'analyse des conventions pertinentes du Conseil de l'Europe en
matière de lutte contre les discriminations**

Grille n° 1

CONVENTION DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTES FONDAMENTALES <i>STCE n° 005</i>		
Disposition(s) pertinente(s)		
Article 14 – Interdiction de discrimination : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la 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 ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Art. 14 : obligation générale de non-discrimination.	
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Droits fondamentaux	Non	
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle)
Non		
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 47 - Nature : États	Date de signature : 04/11/1950 Entrée en vigueur internationale : 03/09/1953.	RATIFIEE - Date de signature : 04/11/1950 - Entrée en vigueur interne : oui ☞ Ratification : 03/05/1974 ☞ EV interne : 03/05/1974

Observation(s) particulière(s) : insertion de l'intitulé de l'article 14 via le Protocole n° 11 à la CESDH. Aucune référence explicite au principe de non-discrimination à l'origine.

Grille n° 2

ACCORD INTERIMAIRE EUROPEEN CONCERNANT LES REGIMES DE SECURITE SOCIALE RELATIFS À LA VIEILLESSE, À L'INVALIDITÉ ET AUX SURVIVANTS <i>STCE n° 12</i>
Disposition(s) pertinente(s)
Préambule, para. 3 : « Affirmant le principe de l'égalité de traitement des ressortissants de toutes les Parties contractantes au présent Accord, au regard des lois et règlements régissant dans chacune d'elles le service des prestations de vieillesse, d'invalidité ou de survivants, principe consacré par les Conventions de l'Organisation internationale du travail ».

Préambule, para. 4 : « Affirmant également le principe en vertu duquel les ressortissants de toute Partie contractante doivent bénéficier des accords sur les prestations de vieillesse, d'invalidité et de survivants, conclus entre deux ou plusieurs d'entre elles ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Préambule : obligation générale de non-discrimination à raison de la nationalité.	
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Santé	Non	
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle)
Non		
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 21 - Nature : États	Date de signature : 11/12/1953 Entrée en vigueur internationale : 01/07/1954	RATIFIEE - Date de signature : 11/12/1953 - Entrée en vigueur interne : oui ☞ Ratification : 18/12/1957 ☞ EV interne : 01/01/1958

Observation(s) particulière(s) : Même disposition reprise dans le Préambule de l'Accord intérimaire européen concernant la sécurité sociale à l'exclusion des régimes relatifs à la vieillesse, à l'invalidité et aux survivants (3 et 4), STCE n° 13.

Grille n° 3

CONVENTION EUROPEENNE D'ASSISTANCE SOCIALE ET MEDICALE <i>STCE n° 14</i>		
Disposition(s) pertinente(s)		
Préambule, para. 3 : « Résolus, conformément à ce but, à entendre leur coopération dans le domaine social, en établissant le principe de l'égalité entre leurs ressortissants respectifs au regard de l'application des législations d'assistance sociale et médicale ».		
Article 1 : « Chacune des Parties contractantes s'engage à faire bénéficier les ressortissants des autres Parties contractantes, en séjour régulier sur toute partie de son territoire auquel s'applique la présente Convention et qui sont privées de ressources suffisantes, à l'égal de ses propres ressortissants et aux mêmes conditions, de l'assistance sociale et médicale (dénommée ci-après « assistance ») prévue par la législation en vigueur dans la partie du territoire considérée ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Obligation générale de non-discrimination à raison de la nationalité.	

Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Santé	Non	
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle)
Non		Déclaration relative à l'article 2 : Interprétation des termes : "ressortissants" et "territoire" a Ressortissants : Toutes les personnes de nationalité française, tous les ressortissants de l'Union Française, sauf ceux des États associés, et tous les protégés français. b Territoire : La France métropolitaine et ses départements d'Outre-mer (Guadeloupe, Guyanne, Martinique, Réunion). Période deffet : 1/1/195
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 23 - Nature : États	Date de signature : 11/12/1953 Entrée en vigueur internationale : 01/07/1954.	RATIFIÉE - Date de signature : 11/12/1953 - Entrée en vigueur interne : oui ☞ Ratification : 30/10/1957 ☞ EV interne : 01/11/1957

Grille n° 4

CONVENTION EUROPEENNE D'ETABLISSEMENT STCE n° 19
Disposition(s) pertinente(s)
Article 4 : « Les ressortissants des Parties contractantes bénéficient sur le territoire des autres Parties d'un traitement égal à celui des nationaux en ce qui concerne la jouissance et l'exercice des droits civils, soit de nature personnelle, soit de nature patrimoniale ». Article 10 : « Chacune des Parties contractantes autorisera sur son territoire les ressortissants des autres Parties à exercer, sur un pied d'égalité avec les nationaux, toute activité de caractère lucratif, à moins que des raisons sérieuses de caractère économique ou social ne s'opposent à l'octroi de l'autorisation. Cette disposition s'applique, sans y être limitée, aux activités industrielles, commerciales, financières, agricoles, artisanales et aux professions libérales, que la personne intéressée travaille pour son propre compte ou qu'elle soit au service d'un employeur ». Article 20 : « Dans la mesure où l'accès à l'enseignement relève de la compétence de l'État, les ressortissants d'âge scolaire de toute Partie contractante, résidant régulièrement sur le territoire d'une autre Partie, seront admis, sur un pied d'égalité complète avec les nationaux, à recevoir l'enseignement primaire et secondaire ainsi que l'enseignement technique et professionnel. L'extension de cette disposition à l'octroi de bourses d'études demeure réservée à l'appréciation de chacune des Parties contractantes. Lesdits ressortissants seront assujettis à l'obligation scolaire, si la législation nationale l'institue pour les nationaux ».

Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Art. 4 / 10 / 20 : obligation générale de non-discrimination à raison de la nationalité.	
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Santé	Non	
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle)
Non		
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 23 - Nature : États	Date de signature : 13/12/1955 Entrée en vigueur internationale : 23/02/1955	NON-RATIFIEE - Date de signature : 13/12/1955

Observation(s) particulière(s) :

Grille n° 5

TROISIEME PROTOCOLE ADDITIONNEL À L'ACCORD GENERAL SUR LES PRIVILEGES ET IMMUNITES DU CONSEIL DE L'EUROPE STCE n° 28		
Disposition(s) pertinente(s)		
Article 7, para. 6 : « Aucun impôt, de quelque nature que ce soit, ne sera perçu sur les valeurs ou obligations émises ou garanties par le Fonds (y compris tout dividende ou intérêt y afférent), quel qu'en soit le détenteur : a. si cet impôt constitue une mesure de discrimination contre une telle valeur ou obligation du seul fait qu'elle est émise ou garantie par le Fonds ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Art. 7 : discrimination entendue dans le sens économique	
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Santé		
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle)
Non		

Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 23 - Nature : États	Date de signature : 06/03/1959 Entrée en vigueur internationale : 15/03/1963	RATIFIÉE - Date de signature : 17/3/1959 - Entrée en vigueur interne : oui ☞ Ratification : 10/3/1978 ☞ EV interne : 10/3/1978

Observation(s) particulière(s) : Vise des mesures économiques à caractère discriminatoire.

CHARTRE SOCIALE EUROPENNE (non-traité ici)
STCE n° 35

Observation(s) particulière(s) : L'étude de la Charte fait l'objet des travaux de Madame Tatiana Grundler.

Grille n° 6

ACCORD ENTRE LES ÉTATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE SUR L'ATTRIBUTION AUX MUTILES DE GUERRE MILITAIRES ET CIVILS D'UN CARNET INTERNATIONAL DE BONS DE REPARATION D'APPAREILS DE PROTHESE ET D'ORTHOPEDIE <i>STCE n° 40</i>		
Disposition(s) pertinente(s)		
Préambule, para. 3 : « Se référant au principe de l'égalité entre ressortissants des États membres en matière sociale et médicale, qui a déjà présidé à l'élaboration des Accords intérimaires de sécurité sociale, de la Convention européenne d'assistance sociale et médicale ainsi qu'à celle de l'Accord sur l'échange de mutilés de guerre aux fins de traitement médical ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Élément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Préambule: obligation générale de non-discrimination à raison de la nationalité.	
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Santé	Non	
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle)
Non		
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 23 - Nature : États	Date de signature : 17/12/1962 Entrée en vigueur internationale : 27/12/1963	RATIFIÉE - Date de signature : 17/12/1962 - Entrée en vigueur interne : oui ☞ Ratification : 8/11/1963 ☞ EV interne : 27/12/1963

Grille n°7

CONVENTION EUROPEENNE SUR LA VALEUR INTERNATIONALE DES JUGEMENTS REPRESSIFS <i>STCE n°70</i>		
Disposition(s) pertinente(s)		
Article 6, para. c : « L'exécution requise dans les conditions fixées aux dispositions précédentes ne peut être refusée entièrement ou partiellement que dans l'un des cas suivants : [...] c) si l'État requis estime qu'il y a des raisons sérieuses de croire que la condamnation a été provoquée ou aggravée par des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinion politique ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Élément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Discrimination fondée sur la race, la religion, la nationalité ou l'opinion politique.	Non
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Reconnaissance et exécution des jugements répressifs entre États.		
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle)
Non		
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 28 - Nature : États	- Date de signature : 28/05/1970 - EV internationale : 26/07/1974	NON SIGNÉE

Observation(s) particulière(s) : Obligation de "ne pas faire" mise à la charge des États à raison d'une situation manifestement discriminatoire.

Grille n°8

CONVENTION EUROPEENNE SUR LA TRANSMISSION DES PROCEDURES REPRESSIVES <i>STCE n°73</i>
Disposition(s) pertinente(s)
Article 11, para. e : « Sans préjudice des dispositions de l'article 10, l'État requis ne peut refuser entièrement ou partiellement l'acceptation de la demande que dans un ou plusieurs des cas suivants : [...] e) s'il estime qu'il y a des raisons sérieuses de croire que la demande de poursuite est motivée par des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques ».

Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Discrimination étatique (demande de poursuite) fondée sur la race, la religion, la nationalité ou les opinions politiques.	Non
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Procédures répressives		
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle)
Non		
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 35 - Nature : États	- Date de signature : 15/05/1972 - EV internationale : 30/03/1978	NON SIGNÉE

Observation(s) particulière(s) : Similitude avec la disposition (concernant la non-discrimination) de la convention n°70 sur la valeur internationale des jugements répressifs, *i.e.* obligation de "ne pas faire" mise à la charge des États à raison d'une situation manifestement discriminatoire.

Grille n°9

CONVENTION CONCERNANT L'ASSISTANCE ADMINISTRATIVE MUTUELLE EN MATIÈRE FISCALE STCE n° 127		
Disposition(s) pertinente(s)		
Préambule, 6^{ème} cons. : « Considérant que les principes fondamentaux en vertu desquels toute personne peut, dans la détermination de ses droits et obligations, prétendre à une procédure régulière doivent être reconnus dans tous les États comme s'appliquant en matière fiscale et que les États devraient s'efforcer de protéger les intérêts légitimes du contribuable, en lui accordant notamment une protection appropriée contre la discrimination et la double imposition ». Article 21 – Protection des personnes et limites de l'obligation d'assistance : « 1. Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme limitant les droits et garanties accordés aux personnes par la législation ou la pratique administrative de l'État requis. 2. Sauf en ce qui concerne l'article 14, les dispositions de la présente Convention ne peuvent être interprétées comme imposant à l'État requis l'obligation: [...]» f) <u>d'accorder une assistance si l'application de la présente Convention devait aboutir à une discrimination entre un ressortissant de l'État requis et les ressortissants de l'État requérant qui se trouvent dans la même situation</u> ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités

	Préambule : pas de discrimination visée Art. 21, para. f : Discrimination par un État A, lorsque celui-ci applique une mesure fiscale requise par l'État B, d'un de ses ressortissants par rapport au(x) ressortissant(s) de l'État B se trouvant dans la même situation.	Non
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Coopération pour la lutte contre l'évasion fiscale	Non	
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle)
OUI par le Protocole d'amendement à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale de 2010 (cf. Grille n° 2)	Protocole d'amendement à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale	Pas sur les dispositions pertinentes
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 69 - Nature : États	- Date de signature : 25/01/1998 - EV internationale : 01/04/1995	RATIFIEE - Date de signature : 17/09/2003 - Entrée en vigueur interne : oui ☞ Ratification : 25/05/2005 ☞ EV interne : 01/09/2005

Observation(s) particulière(s) :

- Première référence explicite au principe de non-discrimination.
- Le terme de « ressortissant d'un État » recouvre tant les personnes physiques que les personnes morales (art. 3, para. 1, e).

Grille n° 10

CONVENTION EUROPEENNE SUR LA TELEVISION TRANSFRONTIERE STCE n° 132
Disposition(s) pertinente(s)
Article 10 – Objectifs culturels¹ : « 3. Les Parties s'engagent à rechercher ensemble les instruments et procédures les plus adéquats pour soutenir, sans discrimination entre les radiodiffuseurs, l'activité et le développement de la production européenne, notamment dans les Parties à faible capacité de production audiovisuelle ou à aire linguistique restreinte ». Article 16 – Publicité et télé-achat s'adressant spécifiquement à une seule Partie² : « 2. Les dispositions du paragraphe précédent ne s'appliquent pas lorsque : a les règles concernées établissent une discrimination entre les messages publicitaires ou le télé-achat transmis par un radiodiffuseur relevant de la compétence de cette Partie et la publicité ou le télé-achat transmis par un radiodiffuseur ou d'autres personnes physiques ou morales relevant de la compétence d'une autre Partie ; ou b les Parties concernées ont conclu des accords bi- ou multilatéraux en ce domaine ».

¹ Texte amendé conformément aux dispositions du Protocole (STCE n°171).

² Texte amendé conformément aux dispositions du Protocole (STCE n°171).

Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	-Discrimination entre radiodiffuseurs (art. 10) ; -Entre messages publicitaires (art. 16).	
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Communication		
Réserve de la France / Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
Protocole portant amendement à la Convention européenne sur la télévision transfrontière <i>STCE</i> n° 171 : pas de modification de l'art. 16.2.a.		Déclaration faite lors de la signature le 12 février 1991 et confirmée dans l'instrument d'approbation, déposé le 21 octobre 1994 - Or. fr. Dans le même esprit que celui qui l'animait lors de l'adoption en octo 1989 de la Directive communautaire "Télévision sans frontières", la France a décidé de signer la Convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière en vue de promouvoir la liberté de l'information ainsi que l'échange et la production de programmes audiovisuels en Europe. A l'heure où le projet EUREKA Audiovisuel commence à porter ses fruits, la France entend veiller attentivement à ce que la Convention contribue dans un cadre géographique élargi à la promotion des programmes européens et à l'émergence d'un marché continental structuré et compétitif. Cette Convention n'a pas été conçue et ne saurait être utilisée pour justifier des projets dont la seule fin serait de contourner les réglementations nationales et communautaires destinées à encourager la programmation et la production européennes. La France s'engage donc en ayant la conviction que tous les pays signataires de la Convention partagent ces mêmes préoccupations car toute interprétation ou mesure contraire à ces principes constituerait une grave remise en cause des fondements mêmes de la politique de coopération audiovisuelle européenne.

		consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la France, en date du 18 décembre 2006, enregistrée auprès du Secrétariat Général le 22 décembre 2006. Conformément à l'article 19, paragraphe 2, de la Convention, la France désigne les deux autorités suivantes: - le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) – En vertu de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) "garantit l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle en matière de radio et de télévision (...), veille à favoriser la libre concurrence et l'établissement de relations non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services ainsi qu'à la qualité et à la diversité des programmes". - la Direction du Développement des Médias, placée sous l'autorité du Premier Ministre (DDM) – En vertu du décret n° 2000-1074 du 3 novembre 2000, la Direction du Développement des Médias (DDM) définit et met en œuvre la politique du gouvernement en faveur du développement et du pluralisme des médias et des services de la société de l'information ; à ce titre, elle prépare notamment la législation relative à la communication audiovisuelle ; en outre, la DDM est associée aux négociations européennes et internationales touchant à la réglementation ou à la régulation des médias et des services de la société de l'information ; dans le cadre de ses fonctions, elle participe aux réunions du Comité permanent de la Convention européenne pour la télévision transfrontière chargé du suivi de la mise en œuvre de la Convention. Période d'effet : 22/12/2006 - Déclaration relative à 19
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 40 - Nature : États	Date de signature : 05/05/1989 Entrée en vigueur internationale : 01/05/1993	RATIFIÉE - Date de signature : 12/02/1991 - Entrée en vigueur interne : oui ☞ Ratification : 21/10/1994 ☞ EV interne : 01/02/1995
Observation(s) particulière(s) : - Obligation générale de non-discrimination à objet spécifique.		

- Protocole portant amendement à la Convention européenne sur la télévision transfrontière, STCE n° 171 : pas de modification de l'art. 16, para. 2, a.

Grille n° 11

CODE EUROPÉEN DE SÉCURITÉ SOCIALE (RÉVISÉ) STCE n° 139		
Disposition(s) pertinente(s)		
Préambule, para. 5 : « Estimant que cette évolution rend nécessaire une <u>révision de ces instruments, dans toute la mesure appropriée, en vue, d'une part, de les adapter aux aspirations et capacités actuelles de la société européenne, et, d'autre part, d'étendre la protection de la sécurité sociale à l'ensemble de la population ainsi que les droits individuels dans le domaine social, et d'éliminer les discriminations</u>, notamment celles fondées sur le sexe ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Préambule (para. 5) : terme de discrimination est utilisé de manière générale mais accent mis sur celle fondée sur le sexe.	Non
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Santé	Non	
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle)
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 14 - Nature : États	Date de signature : 06/11/1990 EV internationale : Non EV	SIGNEE  Date de signature : 06/11/1990  Non- ratifiée

Grille n° 12

CHARTRE EUROPEENNE DES LANGUES REGIONALES OU MINORITAIRES STCE n° 148
Disposition(s) pertinente(s)
Article 7, para. 2 : « Les Parties s'engagent à éliminer, si elles ne l'ont pas encore fait, toute distinction, exclusion, restriction ou préférence injustifiées portant sur la pratique d'une langue régionale ou minoritaire et ayant pour but de décourager ou de mettre en danger le maintien ou le développement de celle-ci. <u>L'adoption de mesures spéciales en faveur des langues régionales ou minoritaires, destinées à promouvoir une égalité entre les locuteurs de ces langues et le</u>

reste de la population ou visant à tenir compte de leurs situations particulières, n'est pas considérée comme un acte de discrimination envers les locuteurs des langues plus répandues ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Élément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
		Non
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Langues régionales		
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle)
Non		
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 33 - Nature : États	Date de signature : 05/11/1992 EV internationale : 01/03/1998	SIGNEE ⌘ Date de signature : 07/05/1999 ⌘ - Entrée en vigueur interne : non (pas ratifiée)

Observation(s) particulière(s) : Art. 7, para. 2 : ici la discrimination est autorisée aux fins de favoriser des langues minoritaires ou régionales.

Grille n° 13

CONVENTION-CADRE POUR LA PROTECTION DES MINORITES NATIONALES STCE n° 157	
Disposition(s) pertinente(s)	
Article 4 : « 1. Les Parties s'engagent à garantir à toute personne appartenant à une minorité nationale le droit à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi. À cet égard, toute discrimination fondée sur l'appartenance à une minorité nationale est interdite. 2. Les Parties s'engagent à adopter, s'il y a lieu, des mesures adéquates en vue de promouvoir, dans tous les domaines de la vie économique, sociale, politique et culturelle, une égalité pleine et effective entre les personnes appartenant à une minorité nationale et celles appartenant à la majorité. Elles tiennent dûment compte, à cet égard, des conditions spécifiques des personnes appartenant à des minorités nationales. 3. Les mesures adoptées conformément au paragraphe 2 ne sont pas considérées comme un acte de discrimination ».	
Article 6, para. 2 : « 2. Les Parties s'engagent à prendre toutes mesures appropriées pour protéger les personnes qui pourraient être victimes de menaces ou d'actes de discrimination, d'hostilité ou de violence en raison de leur identité ethnique, culturelle, linguistique ou religieuse ».	
Article 9 : « 1. Les Parties s'engagent à reconnaître que le droit à la liberté d'expression de toute personne appartenant à une minorité nationale comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées dans la langue minoritaire, sans ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. Dans l'accès aux médias, les Parties veilleront, dans le cadre de leur système législatif, à ce que les personnes appartenant à une minorité nationale ne soient pas discriminées.	

2. Le premier paragraphe n'empêche pas les Parties de soumettre à un régime d'autorisation, non discriminatoire et fondé sur des critères objectifs, les entreprises de radio sonore, télévision ou cinéma ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément (protection sectorielle)	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Art. 4, para. 1 : « Les Parties s'engagent à garantir à toute personne appartenant à une minorité nationale le droit à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi. À cet égard, toute discrimination fondée sur l'appartenance à une minorité nationale est interdite ». Art. 6, para. 2 : « Les Parties s'engagent à prendre toutes mesures appropriées pour protéger les personnes qui pourraient être victimes de menaces ou d'actes de discrimination, d'hostilité ou de violence en raison de leur identité ethnique, culturelle, linguistique ou religieuse. » Art. 9, para. 1 : « Dans l'accès aux médias, les Parties veilleront, dans le cadre de leur système législatif, à ce que les personnes appartenant à une minorité nationale ne soient pas discriminées ».	
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Protection des minorités		
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 43 - Nature : États	Date de signature : 01/02/1995 Entrée en vigueur internationale : 01/02/1998	France NON-PARTIE

Observation(s) particulière(s) : protection sectorielle spécifique instaurée.

CHARTRE SOCIALE RÉVISÉE
STCE n° 163
(non-traitée ici)

Observation(s) particulière(s) : L'étude de la Charte fera l'objet des travaux de Madame Tatiana Grundler.

Grille n° 14

CONVENTION POUR LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME ET DE LA DIGNITE DE L'ETRE HUMAIN A L'EGARD DES APPLICATIONS DE LA BIOLOGIE ET DE LA MEDECINE: CONVENTION SUR LES DROITS DE L'HOMME ET LA BIOMEDECINE STCE n° 164		
Disposition(s) pertinente(s)		
Article 1 – Objet et finalité : « Les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine. Chaque Partie prend dans son droit interne les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions de la présente Convention ». Article 11 – Non-discrimination : « Toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique est interdite ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Art. 1 : obligation générale de non-discrimination Art. 11 : interdiction de discrimination à raison du patrimoine génétique.	
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Biomédecine et droits de l'homme		
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
Non		- Pas de déclaration.
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 35 - Nature : États	Date de signature : 04/04/1997 Entrée en vigueur internationale : 01/12/1999	RATIFIEE - Date de signature : 04/04/1997 - Entrée en vigueur interne : oui ☞ Ratification : 13/12/2011 ☞ EV interne : 01/04/2012

Observation(s) particulière(s) : Met à la charge des Parties des obligations positives (art. 1).

Grille n° 15

CONVENTION SUR LA RECONNAISSANCE DES QUALIFICATIONS RELATIVES A L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR DANS LA REGION EUROPEENNE <i>STCE n° 165</i>		
Disposition(s) pertinente(s)		
Article IV, para. 6 : « Sans préjudice des dispositions des articles IV.1, IV.2, IV.3, IV.4 et IV.5, l'admission dans un établissement déterminé d'enseignement supérieur ou à un programme déterminé de cet établissement peut être limitée ou sélective. Dans les cas où l'admission dans un établissement et/ou à un programme d'enseignement supérieur est sélective, les procédures d'admission doivent être conçues de telle sorte que l'évaluation des qualifications étrangères soit effectuée conformément aux principes d'équité et de non-discrimination décrits à la section III ». Section III – Principes fondamentaux pour l'évaluation des qualifications Article III, para. 1 : « 1. Les titulaires de qualifications délivrées dans l'une des Parties ont un accès adéquat, à leur demande adressée à l'organisme compétent, à l'évaluation de ces qualifications. 2. Il n'est fait, à cet égard, aucune distinction fondée, notamment, sur le sexe, la race, la couleur, le handicap, la langue, la religion, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'origine nationale, ethnique ou sociale des demandeurs, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, ou quant à toute autre circonstance sans rapport avec la valeur de la qualification dont la reconnaissance a été sollicitée. Afin d'assurer ce droit, chaque Partie s'engage à prendre les dispositions nécessaires pour évaluer toute demande de reconnaissance de qualifications en prenant exclusivement en compte les connaissances et aptitudes acquises ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Professionnelle : Art. IV, para. 6 : obligation générale de non-discrimination.	
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Enseignement supérieur		
Réserve de la France / Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
Non		
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 55 - Nature : États	Date de signature : 11/04/1997 Entrée en vigueur internationale : 01/02/1999	RATIFIEE - Date de signature : 11/04/1997 - Entrée en vigueur interne : oui ☞ Ratification : 04/10/1999 ☞ EV interne : 01/12/1999

Observation(s) particulière(s) : Référence au principe de non-discrimination par renvoi ; obligation de maintenir un traitement égal.

Grille n° 16

CONVENTION EUROPEENNE SUR LA NATIONALITE STCE n° 166		
Disposition(s) pertinente(s)		
Préambule, para. 6 : « Désirant éviter la discrimination dans les matières relatives à la nationalité » Article 5 – Non-discrimination : « 1. Les règles d'un État Partie relatives à la nationalité ne doivent pas contenir de distinction ou inclure des pratiques constituant une discrimination fondée sur le sexe, la religion, la race, la couleur ou l'origine nationale ou ethnique. 2. Chaque État Partie doit être guidé par le principe de la non-discrimination entre ses ressortissants, qu'ils soient ressortissants à la naissance ou aient acquis sa nationalité ultérieurement ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Préambule : un des objectifs est « d'éviter la discrimination dans les règles relatives à la nationalité » Art. 5, para. 1 : obligation générale de non-discrimination dans le contenu des règles relatives à la nationalité Art. 5, para. 2 : obligation générale de non-discrimination entre les nationaux quel que soit le moment d'acquisition de la nationalité	
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Nationalité		
Réserve de la France / Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 29 - Nature : États	Date de signature : 06/11/1997 Entrée en vigueur internationale : 01/03/2000	SIGNEE - Date de signature par la France : 04/07/2000 - Non ratifiée

Observation(s) particulière(s) : Obligation générale de non-discrimination visée (art. 5).

Grille n° 17

PROTOCOLE N° 12 A LA CONVENTION DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTES FONDAMENTALES STCE n° 177		
Disposition(s) pertinente(s)		
Préambule, para. 3 et 4 : « Résolus à prendre de nouvelles mesures pour promouvoir l'égalité de tous par la garantie collective d'une interdiction générale de discrimination par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après dénommée «la Convention») ; Réaffirmant que le principe de non-discrimination n'empêche pas les États parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable ». Article 1 – Interdiction générale de la discrimination : « 1 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 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. 2 Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1 ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Objet	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Art. 1, para. 1 : jouissance de tout droit prévu par la loi doit l'être sans discrimination.	
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Non-discrimination		
Réserve de la France / Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 37 - Nature : États	Date de signature : 04/11/2000 Entrée en vigueur internationale : 01/04/2005	NON SIGNEE

Grille n° 18

PROTOCOLE ADDITIONNEL A LA CONVENTION SUR LES DROITS DE L'HOMME ET LA BIOMEDECINE RELATIF A LA TRANSPLANTATION D'ORGANES ET DE TISSUS D'ORIGINE HUMAINE STCE n° 186		
Disposition(s) pertinente(s)		
Préambule, para. 3 : « Considérant que le but poursuivi par la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, tel que défini dans son article 1, est de protéger l'être humain dans sa dignité et son identité et de garantir à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ». Article 1 – Objet : « Les Parties au présent Protocole protègent la personne dans sa dignité et son identité et lui garantissent, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales dans le domaine de la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Préambule et article 1 ^{er} : protection de la personne et de sa dignité doit être assurée « sans discrimination ».	
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Biomédecine		
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
Non	Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relative à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine	
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 21 - Nature : États	Date de signature : 24/1/2002 Entrée en vigueur internationale : 01/05/2006	SIGNEE - Date de signature par la France : 13/12/2011 - Non ratifiée

Grille n° 19

<u>PROTOCOLE ADDITIONNEL A LA CONVENTION SUR LA CYBERCRIMINALITE, RELATIF A L'INCRIMINATION D'ACTES DE NATURE RACISTE ET XENOPHOBE COMMIS PAR LE BIAIS DE SYSTEMES INFORMATIQUES</u> <i>STCE n° 189</i>		
Disposition(s) pertinente(s)		
Préambule, para. 4 : « Soulignant la nécessité de garantir une mise en œuvre exhaustive et efficace de tous les droits de l'homme sans distinction ni discrimination, tels qu'énoncés dans les instruments européens et autres instruments internationaux ». Article 2 – Définition : « Aux fins du présent Protocole, l'expression : « <i>matériel raciste et xénophobe</i> » désigne tout matériel écrit, toute image ou toute autre représentation d'idées ou de théories qui préconise ou encourage la haine, la discrimination ou la violence, contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments, ou qui incite à de tels actes ». Article 3 – Diffusion de matériel raciste et xénophobe par le biais de systèmes informatiques : « 2. Une Partie peut se réserver le droit de ne pas imposer de responsabilité pénale aux conduites prévues au paragraphe 1 du présent article lorsque le matériel, tel que défini à l'article 2, paragraphe 1, préconise, encourage ou incite à une discrimination qui n'est pas associée à la haine ou à la violence, à condition que d'autres recours efficaces soient disponibles. 3. Sans préjudice du paragraphe 2 du présent article, une Partie peut se réserver le droit de ne pas appliquer le paragraphe 1 aux cas de discrimination pour lesquels elle ne peut pas prévoir, à la lumière des principes établis dans son ordre juridique interne concernant la liberté d'expression, les recours efficaces prévus au paragraphe 2 ». Article 6 – Négation, minimisation grossière, approbation ou justification du génocide ou des crimes contre l'humanité : « 1. Chaque Partie adopte les mesures législatives qui se révèlent nécessaires pour ériger en infractions pénales, dans son droit interne, lorsqu'ils sont commis intentionnellement et sans droit, les comportements suivants : la diffusion ou les autres formes de mise à disposition du public, par le biais d'un système informatique, de matériel qui nie, minimise de manière grossière, approuve ou justifie des actes constitutifs de génocide ou de crimes contre l'humanité, tels que définis par le droit international et reconnus comme tels par une décision finale et définitive du Tribunal militaire international, établi par l'accord de Londres du 8 août 1945, ou par tout autre tribunal international établi par des instruments internationaux pertinents et dont la juridiction a été reconnue par cette Partie. 2. Une Partie peut : a. soit prévoir que la négation ou la minimisation grossière, prévues au paragraphe 1 du présent article, soient commises avec l'intention d'inciter à la haine, à la discrimination ou à la violence contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Objet (lutte contre les discriminations raciales s)	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Pas de disposition spécifique : référence à la « discrimination raciale » utilisée pour définir ce qui constitue un « acte de nature raciste et xénophobe » - art. 2 para. 1).	Non
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination

Cybercriminalité	Oui / Non	
Réserve de la France / Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
	Le para. 14 du Préambule mentionne les instruments suivants : Tenant compte des instruments juridiques internationaux pertinents dans ce domaine, et en particulier de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et de son Protocole n° 12 relatif à l'interdiction générale de la discrimination, des conventions existantes du Conseil de l'Europe sur la coopération en matière pénale, en particulier de la Convention sur la cybercriminalité et de la Convention internationale des Nations Unies du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, l'Action commune du 15 juillet 1996 de l'Union européenne adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant l'action contre le racisme et la xénophobie ;	Déclaration consignée dans l'instrument d'approbation déposé le 10 janvier 2006 - Or. fr. Conformément à l'article 6, paragraphe 1, du Protocole, la France entend par "tribunal international établi par des instruments internationaux pertinents et dont la juridiction a été reconnue par cette Partie" (article 6, paragraphe 1), toute juridiction pénale internationale explicitement reconnue comme telle par les autorités françaises et consacrée par son droit interne. Période d'effet : 1/5/2006 – Déclaration ci-dessus relative aux articles : 6
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 38 - Nature : États	Date de signature : 28/1/2003 Entrée en vigueur internationale : 1/3/2006	RATIFIÉE - Date de signature : 28/1/2003 - Entrée en vigueur interne : oui ☞ Ratification : 10/01/2006 ☞ EV interne : 01/05/2006

Observation(s) particulière(s) : Obligation d'instaurer une incrimination pénale afin de sanctionner les comportements à caractère discriminatoire.

Grille n° 20

PROTOCOLE ADDITIONNEL A LA CONVENTION SUR LES DROITS DE L'HOMME ET LA BIOMEDECINE, RELATIF A LA RECHERCHE BIOMEDICALE STCE n° 195		
Disposition(s) pertinente(s)		
Préambule, para. 3 : « Considérant que la finalité de la Convention, telle qu'elle est définie à l'article 1, est de protéger l'être humain dans sa dignité et son identité, et de garantir à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ».		
Article 1 – Objet et finalité : « Les Parties au présent Protocole protègent l'être humain dans sa dignité et son identité, et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard de toute recherche dans le domaine de la biomédecine impliquant une intervention sur l'être humain ».		
Article 13 – Information à fournir aux personnes participant à une recherche : « 3. Les personnes sollicitées pour participer à un projet de recherche sont également informées des droits et des garanties prévues par la loi pour leur protection. Elles sont informées notamment de leur droit de refuser leur consentement ou de le retirer à tout moment, sans pour autant avoir à subir une forme quelconque de discrimination, en particulier en ce qui concerne leur droit à recevoir des soins médicaux ».		
Article 14 – Consentement : « 2. Le refus de donner son consentement ainsi que le retrait du consentement ne peuvent avoir pour conséquence de faire subir à la personne concernée une forme quelconque de discrimination, en particulier en ce qui concerne son droit à recevoir des soins médicaux ».		
Article 15 – Protection des personnes qui n'ont pas la capacité de consentir à une recherche : « 3. L'objection à la participation, le refus de donner une autorisation ou le retrait d'une autorisation pour la participation à la recherche ne peuvent avoir pour conséquence de faire subir à la personne concernée une forme quelconque de discrimination, en particulier en ce qui concerne son droit à recevoir des soins médicaux ».		
Article 16 – Information à fournir avant l'autorisation : « 2. L'information porte sur l'objectif, le plan d'ensemble, les risques et bénéfices éventuels du projet de recherche, et comprend l'avis du comité d'éthique. En outre, ils sont informés des droits et des garanties prévus par la loi pour la protection des personnes n'ayant pas la capacité de consentir à une recherche. Ils sont informés notamment de leur droit de refuser l'autorisation ou de la retirer à tout moment, sans que la personne n'ayant pas la capacité de consentir ait pour autant à subir une forme quelconque de discrimination, en particulier en ce qui concerne son droit à recevoir des soins médicaux. Ils sont spécifiquement informés, selon la nature et l'objet de la recherche, des éléments précisés dans la liste figurant à l'article 13 ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicites
	Obligation générale de non-discrimination.	Non
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Réserve de la France / Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
Nombre : 21 Nature : États	Date de signature : 25/01/2005	France NON-PARTIE

	Entrée en vigueur internationale : 01/09/2007	

<u>Observation(s) particulière(s) :</u>

Grille n° 21

CONVENTION DU CONSEIL DE L'EUROPE POUR LA PREVENTION DU TERRORISME <i>STCE n° 196</i>		
Article 12 – Conditions et sauvegardes : « 2. L'établissement, la mise en œuvre et l'application de l'incrimination visée aux articles 5 à 7 et 9 de la présente Convention devraient en outre être subordonnés au principe de proportionnalité eu égard aux buts légitimes poursuivis et à leur nécessité dans une société démocratique, et devraient exclure toute forme d'arbitraire, de traitement discriminatoire ou raciste ». Article 21 – Clause de discrimination : « 1. Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme impliquant une obligation d'extrader ou d'accorder l'entraide judiciaire, si la Partie requise a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition motivée par une infraction visée aux articles 5 à 7 et 9 ou d'entraide judiciaire eu égard à de telles infractions a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne pour des considérations de race, de religion, de nationalité, d'origine ethnique ou d'opinions politiques, ou que la situation de cette personne risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Art. 12 para. 2 : interdiction générale des traitements discriminatoires Art. 21 : clause de discrimination = autorisation de refuser l'extradition si la mesure d'inculpation à un objet discriminatoire (race, religion, etc.)	Non
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Terrorisme		
Réserve de la France / Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 42 - Nature : États	Date de signature : 16/05/2005 Entrée en vigueur internationale : 01/06/2007	RATIFIÉE - Date de signature : 22/5/2006 - Entrée en vigueur interne : oui ☞ Ratification : 29/4/2008 ☞ EV interne : 1/8/2008

<u>Observation(s) particulière(s) :</u> Obligation de "ne pas faire" mise à la charge des États à raison d'une situation manifestement discriminatoire.

Grille n° 22

CONVENTION DU CONSEIL DE L'EUROPE SUR LA LUTTE CONTRE LA TRAITE DES ETRES HUMAINS STCE n° 197		
Disposition(s) pertinente(s)		
Préambule, para. 6 : « Considérant que toute action ou initiative dans le domaine de la lutte contre la traite des êtres humains doit être non-discriminatoire et prendre en considération l'égalité entre les femmes et les hommes, ainsi qu'une approche fondée sur les droits de l'enfant ». Article 3 – Principe de non-discrimination : « La mise en œuvre de la présente Convention par les Parties, en particulier la jouissance des mesures visant à protéger et promouvoir les droits des victimes, doit être assurée sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la 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 ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	- Préambule et art. 3 : obligation générale de non-discrimination.	- Oui / NON - -
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
	Non	
Réserve de la France / Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
Réserve consignée dans l'instrument de ratification déposé le 9 janvier 2008 - Or. fr. Conformément à l'article 31, paragraphe 2, de la Convention, le Gouvernement français déclare qu'il n'exercera sa compétence s'agissant des infractions établies à l'article 20 de la présente Convention et commises par ses ressortissants hors du territoire de la République française qu'à la condition que les faits soient également punis par la législation du pays où ils ont été commis, et que ceux-ci aient donné lieu soit à une plainte de la victime ou de ses ayants droit, soit à une dénonciation officielle de la part des autorités du pays où ils ont été commis. Période d'effet : 1/5/2008 – Déclaration ci-dessus relative aux articles : 20, 31		

Réserve consignée dans l'instrument de ratification déposé le 9 janvier 2008 - Or. fr. Conformément à l'article 31, paragraphe 2, de la Convention, le Gouvernement français déclare qu'il n'exercera sa compétence s'agissant des infractions établies par la présente Convention et commises à l'encontre de l'un de ses ressortissants hors du territoire de la République française qu'à la condition que les faits aient donné lieu soit à une plainte de la victime, soit à une dénonciation officielle des autorités du pays où ils ont été commis. Période d'effet : 1/5/2008 - Déclaration ci-dessus relative aux articles : 31		
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 44 - Nature : États	Date de signature : 16/5/2005 Entrée en vigueur internationale : 1/2/2008	RATIFIÉE - Date de signature : 22/05/2006 - Entrée en vigueur interne : oui ☞ Ratification : 09/01/2008 ☞ EV interne : 01/05/2008

Observation(s) particulière(s) : Obligation générale de non-discrimination.

Grille n° 23

CONVENTION DU CONSEIL DE L'EUROPE SUR LA PREVENTION DES CAS D'APATRIDIE EN RELATION AVEC LA SUCCESSION D'ÉTATS <i>STCE n° 200</i>		
Disposition(s) pertinente(s)		
Préambule, para. 11 : « Afin de donner effet aux dispositions de la Convention européenne sur la nationalité selon lesquelles chaque individu a droit à une nationalité et selon lesquelles les principes de la prééminence du droit et des droits de l'homme, y compris l'interdiction de la privation arbitraire de la nationalité et le principe de non-discrimination, doivent être respectés pour éviter l'apatridie ». Article 4 – Non-discrimination : « Lorsqu'ils appliquent la présente Convention, les États concernés ne font aucune discrimination à l'encontre de quelque personne concernée ni pour quelque raison que ce soit fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la 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 ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément (protection sectorielle)	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Préambule et art. 4 : obligation générale de non-discrimination	Non
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination

Apatrides	- Oui / Non	
	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
Aucune		
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 8 - Nature : États	Date de signature : 19/5/2006 Entrée en vigueur internationale : 01/05/2009	FRANCE NON-PARTIE

Observation(s) particulière(s) : Obligation générale de non-discrimination.

Grille n° 24

CONVENTION DU CONSEIL DE L'EUROPE SUR LA PROTECTION DES ENFANTS CONTRE L'EXPLOITATION ET LES ABUS SEXUELS STCE n° 201		
Disposition(s) pertinente(s)		
Préambule, para. 6 : « Considérant que le bien-être et l'intérêt supérieur des enfants sont des valeurs fondamentales partagées par tous les États membres et doivent être promus sans aucune discrimination ».		
Article 2 – Principe de non-discrimination : « La mise en œuvre de la présente Convention par les Parties, en particulier le bénéfice des mesures visant à protéger les droits des victimes, doit être assurée sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la 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, l'orientation sexuelle, l'état de santé, le handicap ou toute autre situation ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément (protection sectorielle)	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Préambule et art. 2 : obligation générale de non-discrimination	Non-
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Protection des enfants		
Réserve de la France / Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
Réserve consignée dans l'instrument de ratification déposé le 27 septembre 2010 - Or. fr. Conformément à l'article 24, paragraphe 3, de la Convention, la France souhaite indiquer, à toutes fins utiles, qu'elle se réserve le droit de ne pas appliquer, en tout ou en partie, le paragraphe 2 de l'article 24 relatif à la		Déclaration consignée dans l'instrument de ratification déposé le 27 septembre 2010 - Or. fr. Conformément à l'article 47, paragraphe 1, de la Convention, la France déclare que la Convention s'appliquera sur la totalité du territoire de la République. Période d'effet : 1/1/2011 -

répression de la tentative des infractions établies par la Convention, à certaines infractions, et en particulier à celles établies conformément à l'article 20, paragraphe 1, points e et f, et à l'article 23. Période d'effet : 1/1/2011 – Déclaration ci-dessus relative aux articles : 20, 24		Déclaration ci-dessus relative aux articles : 47 Déclaration consignée dans une lettre du Représentant Permanent de la France, datée du 21 avril 2011, enregistrée au Secrétariat Général le 26 avril 2011 – Or. fr. Conformément à l'article 37, paragraphe 2, de la Convention, la France désigne comme seule autorité nationale responsable aux fins de l'article 37, paragraphe 1, de la Convention, l'autorité suivante: Ministère de la Justice et des Libertés Direction des Affaires criminelles et des grâces Bureau de l'entraide pénale internationale 13, place Vendôme 75042 PARIS Cedex 01 Période d'effet : 26/4/2011 - Déclaration ci-dessus relative aux articles : 37
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 47 - Nature : États	Date de signature : 25/10/2007 Entrée en vigueur internationale : 01/07/2010	RATIFIEE - Date de signature : 25/10/2007 - Entrée en vigueur interne : oui ☞ Ratification : 27/9/2010 ☞ EV interne : 01/01/2011

Observation(s) particulière(s) : Obligation générale de non-discrimination.

Grille n° 25

<u>PROTOCOLE ADDITIONNEL A LA CONVENTION SUR LES DROITS DE L'HOMME ET LA BIOMEDECINE RELATIF AUX TESTS GENETIQUES A DES FINS MEDICALES</u> <i>STCE n° 203</i>
Disposition(s) pertinente(s)
Préambule, para. 3 : « Considérant que la finalité de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, telle que définie à l'article 1er, est de protéger l'être humain dans sa dignité et son identité, et de garantir à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ». Préambule, para. 12 : « Réaffirmant le principe fondamental du respect de la dignité humaine et l'interdiction de toute discrimination, fondée notamment sur des caractéristiques génétiques ». Article 1 – Objet et finalité : « Les Parties au présent Protocole protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des tests auxquels le présent Protocole s'applique en conformité avec l'article 2 ».

Article 4 – Non-discrimination et non-stigmatisation : « 1 Toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne, en tant qu'individu ou en tant que membre d'un groupe, en raison de son patrimoine génétique, est interdite ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Préambule et art. 1 : obligation générale de non-discrimination. Art. 4 : obligation de prendre des mesures pour prévenir les discriminations et stigmatisations.	Non-
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Biomédecine		
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 7 - Nature : États	Date de signature : 27/11/2008 Entrée en vigueur internationale : non-entrée en vigueur	NON-RATIFIEE Date de signature par la France : 13/12/2011

Grille n° 26

CONVENTION DU CONSEIL DE L'EUROPE SUR L'ACCES AUX DOCUMENTS PUBLICS <i>STCE n° 205</i>		
Disposition(s) pertinente(s)		
Article 2 – Droit d'accès aux documents publics : « 1. Chaque Partie garantit à toute personne, sans discrimination aucune, le droit d'accéder, à sa demande, à des documents publics détenus par des autorités publiques ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligation	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Art. 2 : obligation générale de non-discrimination dans l'accès aux documents publics détenus par des autorités publiques	Non
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Accès aux documents des collectivités publiques		
/Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)

Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 14 - Nature : États	Date de signature : 18/06/2009 Entrée en vigueur internationale : non-entrée en vigueur	FRANCE NON-PARTIE.

Grille n° 27

PROTOCOLE ADDITIONNEL A LA CHARTE EUROPEENNE DE L'AUTONOMIE LOCALE SUR LE DROIT DE PARTICIPER AUX AFFAIRES DES COLLECTIVITES LOCALES <i>STCE n° 207</i>		
Disposition(s) pertinente(s)		
Article 1 – Droit de participer aux affaires d’une collectivité locale : « 3. La loi prévoit des mesures qui facilitent l’exercice de ce droit. Sans opérer de discrimination injustifiée à l’égard de quelque personne ou groupe que ce soit, la loi peut prévoir des mesures spécifiques adaptées à certaines situations ou catégories de personnes. En accord avec les obligations constitutionnelles ou internationales de la Partie, la loi peut, notamment, prévoir des mesures spécifiques réservées aux seuls électeurs ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d’articulation avec le principe d’égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Art. 1, para. 3 : possibilité de discrimination justifiée dans la participation aux affaires d’une collectivité locale	Non
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Collectivités locales	Oui	
Révision postérieure du texte	Lien avec d’autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 18 - Nature : États	Date de signature : 16/11/2009 Entrée en vigueur internationale : 01/06/2012	NON-RATIFIEE Date de signature par la France : 16/11/2009 Pas de ratification

Observation(s) particulière(s) : Possibilité d’accorder un traitement différencié.

Grille n° 28

PROTOCOLE D'AMENDEMENT A LA CONVENTION CONCERNANT L'ASSISTANCE ADMINISTRATIVE MUTUELLE EN MATIERE FISCALE <i>STCE n° 208</i>

Disposition(s) pertinente(s)		
Article V : « L'article 21 de la Convention est supprimé et remplacé par ce qui suit : « Article 21 – Protection des personnes et limites de l'obligation d'assistance [...] » 2. Sauf en ce qui concerne l'article 14, les dispositions de la présente Convention ne peuvent être interprétées comme imposant à l'État requis l'obligation : f. d'accorder une assistance administrative afin d'appliquer ou exécuter une disposition de la législation fiscale de l'État requérant, ou de satisfaire une obligation s'y rattachant, qui est discriminatoire à l'encontre d'un ressortissant de l'État requis par rapport à un ressortissant de l'État requérant qui se trouve dans les mêmes circonstances ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Élément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Art. V : introduisant notamment l'article 21 para. 2 f. dans la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, faite à Strasbourg le 25 janvier 1988 : assistance fiscale discriminatoire vis-à-vis de ses ressortissants n'a pas à être octroyée par un État requis au bénéfice des ressortissants d'un État requérant	
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Matière fiscale		
Réserve / Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle)
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 69 - Nature : États	Date de signature : 27/5/2010 Entrée en vigueur internationale : 01/06/2011	RATIFIÉE - Date de signature : 27/5/2010 - Entrée en vigueur interne : oui ☞ Ratification : 13/12/2011 ☞ EV interne : 01/04/2012

Observation(s) particulière(s) : En cas de situation de discrimination, levée de l'obligation pour l'État national.

Grille n° 29

CONVENTION DU CONSEIL DE L'EUROPE SUR LA PREVENTION ET LA LUTTE CONTRE LA VIOLENCE A L'EGARD DES FEMMES ET LA VIOLENCE DOMESTIQUE <i>STCE n° 210</i>		
Disposition(s) pertinente(s)		
Préambule, para. 10 : « Reconnaissant que la violence à l'égard des femmes est une manifestation des rapports de force historiquement inégaux entre les femmes et les hommes ayant conduit à la domination et à la discrimination des femmes par les hommes, privant ainsi les femmes de leur pleine émancipation ».		
Article 1 – Buts de la Convention :		

« b de contribuer à éliminer toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et de promouvoir l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, y compris par l'autonomisation des femmes ».

Article 3 – Définitions :

« Aux fins de la présente Convention :

a le terme « violence à l'égard des femmes » doit être compris comme une violation des droits de l'homme et une forme de discrimination à l'égard des femmes, et désigne tous les actes de violence fondés sur le genre qui entraînent, ou sont susceptibles d'entraîner pour les femmes, des dommages ou souffrances de nature physique, sexuelle, psychologique ou économique, y compris la menace de se livrer à de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou privée ».

Article 4 – Droits fondamentaux, égalité et non-discrimination :

« 1. Les Parties prennent les mesures législatives et autres nécessaires pour promouvoir et protéger le droit de chacun, en particulier des femmes, de vivre à l'abri de la violence aussi bien dans la sphère publique que dans la sphère privée.

2. Les Parties condamnent toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et prennent, sans retard, les mesures législatives et autres nécessaires pour la prévenir, en particulier :

– en inscrivant dans leurs constitutions nationales ou toute autre disposition législative appropriée, le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes, et en assurant l'application effective dudit principe;

– en interdisant la discrimination à l'égard des femmes, y compris le cas échéant par le recours à des sanctions;

– en abrogeant toutes les lois et pratiques qui discriminent les femmes.

3. La mise en œuvre des dispositions de la présente Convention par les Parties, en particulier les mesures visant à protéger les droits des victimes, doit être assurée sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, le genre, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, l'âge, l'état de santé, le handicap, le statut marital, le statut de migrant ou de réfugié, ou toute autre situation.

4. Les mesures spécifiques qui sont nécessaires pour prévenir et protéger les femmes contre la violence fondée sur le genre ne sont pas considérées comme discriminatoires en vertu de la présente Convention ».

Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément (protection sectorielle)	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Art. 1, para. b : un des buts de la Convention = élimination de la discrimination homme/femme et promotion de l'égalité entre eux Art. 3, para. a : « le terme “violence à l'égard des femmes” doit être compris comme une violation des droits de l'homme et une forme de discrimination à l'égard des femmes » Art. 4, para. 2 : adoption de mesures législatives internes de lutte contre les discriminations à l'égard des femmes.	Non
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Protection des femmes		
Réserve / Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle)
Réserve consignée dans l'instrument d'approbation déposé le 4 juillet 2014 - Or. fr. Conformément à l'article 78, paragraphe 2, de la Convention, la	Le §5 du Préambule renvoie aux différents instruments conventionnels suivants : « Ayant à l'esprit le Pacte international relatif aux droits civils et politiques	

France déclare qu'elle appliquera les stipulations de l'article 44, paragraphes 1.e, 3 et 4, dans des cas ou des conditions spécifiques. Période d'effet : 1/11/2014 – Déclaration ci-dessus relative aux articles : 44, 78 Réserve consignée dans l'instrument d'approbation déposé le 4 juillet 2014 - Or. fr. Conformément à l'article 78, paragraphe 2, de la Convention, la France déclare qu'elle appliquera les stipulations de l'article 58 pour les infractions prévues aux articles 37, 38 et 39 dans tous les cas où ces infractions sont qualifiées de crimes par la loi française et dans des cas ou des conditions spécifiques lorsque ces infractions sont qualifiées de délits par la loi française. Période d'effet : 1/11/2014 - Déclaration ci-dessus relative aux articles : 37, 38, 39, 58, 78	(1966), le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966), la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (« CEDEF », 1979) et son Protocole facultatif (1999) ainsi que la Recommandation générale n° 19 du Comité de la CEDEF sur la violence à l'égard des femmes, la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1989) et ses Protocoles facultatifs (2000) et la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (2006); «	
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 37 - Nature : États	Date de signature : 11/05/2011 Entrée en vigueur internationale : 01/08/2014	RATIFIEE - Date de signature : 11/5/2011 - Entrée en vigueur interne : oui  Ratification : 04/07/2014  EV interne : 01/11/2014

Observation(s) particulière(s) : - Instrument de protection sectorielle ; - Mise à la charge des Parties d'obligations positives.

Grille n° 30

CONVENTION DU CONSEIL DE L'EUROPE SUR LA CONTREFAÇON DES PRODUITS MEDICAUX ET LES INFRACTIONS SIMILAIRES MENAÇANT LA SANTE PUBLIQUE <i>STCE n° 211</i>		
Disposition(s) pertinente(s)		
Article 2 – Principe de non-discrimination : « La mise en œuvre des dispositions de la présente Convention par les Parties, en particulier le bénéfice des mesures visant à protéger les droits des victimes, doit être assurée sans discrimination aucune fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, l'âge, la religion, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, l'orientation sexuelle, l'état de santé, le handicap ou toute autre situation. »		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	

Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Art. 2 : obligation générale de non-discrimination.	
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Santé	Non	
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle)
Non		
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 23 - Nature : États	Date de signature : 28/10/2011 Entrée en vigueur internationale : non.	NON-RATIFIEE Date de signature : 28/10/2011

Grille n° 31

CONVENTION DU CONSEIL DE L'EUROPE CONTRE LE TRAFIC D'ORGANES HUMAINS <i>STCE n° 216</i>		
Disposition(s) pertinente(s)		
Article 3 – Principe de non-discrimination : « La mise en œuvre des dispositions de la présente Convention par les Parties, en particulier le bénéfice des mesures visant à protéger les droits des victimes, doit être assurée sans discrimination aucune fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, l'âge, la religion, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, l'orientation sexuelle, l'état de santé, le handicap ou toute autre situation ».		
Valeur juridique du texte	Discrimination objet ou élément du texte	Définition de la discrimination visée
Obligatoire	Elément	
Mode d'articulation avec le principe d'égalité	Type de discrimination visée	Motifs de discrimination explicités
	Art. 3 : obligation générale de non-discrimination	Non
Domaine couvert par le texte	Mention de dérogations éventuelles au principe de non-discrimination	Organe désigné pour le suivi, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination
Trafic d'organes		
Révision postérieure du texte	Lien avec d'autres textes	Interprétation du texte (authentique / non-authentique mais non-juridictionnelle / déclaration interprétative de la France)
Non		
Parties contractantes	État au plan international	État au plan interne
- Nombre : 14 - Nature : États	Non entrée en vigueur	NON SIGNED
Observation(s) particulière(s) : Obligation générale de non-discrimination.		

Quelle effectivité de la lutte contre les discriminations ? Les enseignements du système de la Charte sociale européenne

Tatiana Gründler

Maître de conférences, Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Parmi les très nombreuses conventions de protection des droits de l'homme adoptées dans le cadre du Conseil de l'Europe à partir de la seconde moitié du 20^e siècle¹, deux textes se distinguent par la généralité de leur objet, la bien connue Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dont la portée est garantie par l'action efficace de la Cour européenne, et sa petite sœur, la Charte sociale européenne. Si l'organisation régionale a rompu formellement avec le principe d'indivisibilité des droits de l'homme pourtant acté en 1948 lors de l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme, elle a veillé à édifier la protection des droits sur deux piliers, celui des droits civils et politiques et celui des droits sociaux. La symétrie n'est pourtant qu'apparente. Alors que les États membres du Conseil de l'Europe sont nécessairement parties à la Convention de 1950, ils ont le choix de ratifier ou non la Charte de 1961². Alors que la Cour européenne est une véritable juridiction, le Comité européen des droits sociaux n'est, sur le modèle des Comités internationaux, qu'un organe d'experts indépendants même si le système de garantie des droits sociaux tend à se perfectionner³. Alors que pour les droits civils et politiques il existe un traité unique, assorti de ses protocoles successifs, deux textes coexistent s'agissant des droits sociaux, la Charte de 1961 et sa version révisée destinée à s'y substituer progressivement⁴. Alors que la Convention européenne est elle-même indivisible – la seule souplesse laissée aux États résidant dans

¹ M. Lamour et R. Lucas dénombrent deux-cent-dix-huit conventions adoptées au sein du Conseil de l'Europe (M. Lamour, R. Lucas, « La contribution des conventions du Conseil de l'Europe à la lutte contre les discriminations », *in* ce rapport).

² Actuellement, sur les quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe, quatre (Le Liechtenstein, Monaco, Saint-Martin, la Suisse) n'ont ratifié aucune des Chartes sociales européennes.

³ Après l'adoption du Protocole de 1991 modifiant le système de l'examen des rapports nationaux, celle du Protocole additionnel de 1995 instaurant la procédure de réclamations collectives devant le Comité confère à ce dernier une fonction quasi-juridictionnelle (Protocole portant amendement à la Charte sociale européenne, 21 octobre 1991, Turin et Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, 9 novembre 1995, Strasbourg).

⁴ Préambule de la Charte sociale européenne révisée 1996, §7. Depuis la ratification par la Grèce du nouvel instrument, neuf États demeurent liés par la première Charte sociale européenne (CSE) signée à Turin le 18 octobre 1961), et trente-quatre sont engagés au titre de la Charte sociale européenne révisée (CSE(R) signée à Strasbourg le 3 mai 1996).

l'énoncé éventuel de réserves - les Chartes sociales offrent aux États un choix¹ des droits sur lesquels ils décident de s'engager².

Conçu comme le « *pendant de la Convention européenne des droits de l'homme pour ce qui est des droits économiques et sociaux* »³, c'est-à-dire des droits répondant à un besoin social (droit à la protection de la santé, droit au logement, droit à l'assistance, etc.), mais aussi des droits reconnus aux travailleurs (droit à une rémunération, droit syndical, etc.), ce texte n'a pas pour objet la lutte contre les discriminations⁴. Tout au plus, à l'instar de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, prévoit-il, dès 1961, que « *la jouissance des droits sociaux doit être assurée sans discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale* »⁵. À bien y regarder cependant, un certain nombre d'autres stipulations, plus précises, plus originales parfois, ont un rapport étroit avec l'égalité ou la non-discrimination, ce qui n'est en réalité pas surprenant pour un texte dédié aux droits sociaux dont la logique intrinsèque commune, au-delà de leurs singularités, est assurément (une logique) égalitaire⁶. D'ailleurs le principe de non-discrimination est hissé par le Comité chargé de la bonne application de la Charte au rang des valeurs communes sur lesquelles cette dernière est fondée⁷. Le discours sur les discriminations produit au sein du système de la Charte sociale mérite donc attention⁸. Et cela d'autant plus que la France est juridiquement engagée depuis 1973 à l'égard de tous les droits sociaux – n'ayant pas fait le choix du système à la carte – et par le mécanisme de contrôle le plus perfectionné - celui des réclamations collectives⁹-. De ce fait, une forme de dialogue entre la France et le Comité européen des droits sociaux a pu s'instaurer sur un temps relativement long sur la question spécifique de la non-discrimination et donner lieu à des rencontres, des oppositions, des réactions, des inflexions, des résistances.

¹ Ce choix est encadré à l'article A –Engagements.

² Voir Partie IV, article 20§1 de la CSE de 1961 et Partie II, article A §1 de la CSE(R) de 1996.

³ Site du Comité européen des droits sociaux, Résumé de la CSE 1961, URL : [\[http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163\]](http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163).

⁴ Un traité de protection des droits de l'homme est, à en croire K. Vasak, nécessairement un instrument de lutte contre les discriminations puisqu'il a « *pour objet immédiat d'assurer à l'homme, sans discrimination aucune, la garantie et la protection d'un ou plusieurs droits de l'homme figurant dans la Déclaration universelle, que l'homme soit pris en tant que notion juridique ou en tant que membre d'une catégorie sociale donnée* ». (K. Vasak, « Le droit international des droits de l'Homme », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1974, p. 349.

⁵ CSE 1961, Préambule.

⁶ J.-F. Akandji-Kombe, « Le droit à la non-discrimination vecteur de la garantie des droits sociaux », in F. Sudre, J. Surré (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 183.

⁷ Valeur aux côtés de la dignité, l'autonomie et la solidarité (CEDS, Conclusions 2006, Introduction générale, p. 10. Voir aussi CEDS, décision sur le bien fondé, FIDH c/ France, réclamation n°14/2003, §27.).

⁸ R. Brillat, « Le principe de non-discrimination dans la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux », *Annales de la Faculté de droit économie et administration de Metz*, 2007, n°7, p. 398.

⁹ La France a ratifié le 9 mars 1973 la Charte sociale européenne de 1961 et le 7 mai 1999 sa version révisée ainsi que le Protocole additionnel de 1995 prévoyant le système de réclamations collectives.

Au-delà des points forts et des faiblesses du droit français de la non-discrimination dévoilés par le Comité européen, le système de la Charte sociale présente l'intérêt de se situer quelque part entre les instruments onusiens de protection des droits de l'homme, dont il se rapproche à la fois par les mécanismes de suivi et par des proximités conceptuelles, et les droits développés en Europe, tant dans le cadre de l'Union européenne que dans celui de la Convention européenne des droits de l'homme. Les influences systémiques imprègnent particulièrement ce champ dans lequel le dynamisme dont est coutumier le Comité transparaît¹. Ce dynamisme se mesure à l'aune des textes dont il contrôle la bonne application par les parties. Ceux-ci peuvent de prime abord apparaître assez décevants. Certes, la question discriminatoire n'est pas centrale lors de l'adoption de la première Charte sociale européenne. Pourtant, s'agissant d'un texte dont l'objet est de reconnaître des droits destinés à offrir aux individus des conditions dignes d'existence et à remédier aux inégalités les plus criantes, il est fait formellement peu de cas de l'égalité juridique. Quant à la version révisée, il peut sembler étonnant qu'elle ne soit pas davantage imprégnée ne serait-ce que du langage de la lutte contre les discriminations alors que les droits international et communautaire s'étaient déjà engagés dans cette voie au moment de son élaboration. Dans ce *corpus* textuel, sans être inexistante, l'ambition anti-discriminatoire reste mesurée (Section 1). La jurisprudence du Comité européen parvient cependant à révéler que le texte avait un potentiel réel en dévoilant et en exploitant ses richesses parfois insoupçonnées dans le champ des discriminations et renforçant incidemment l'effectivité des droits sociaux, en particulier des populations les plus vulnérables (Section 2).

Section 1. L'ambition anti-discriminatoire contenue dans les Chartes sociales

Dans le vaste ensemble textuel formant ce que l'on pourrait de façon conventionnelle désigner par l'expression « système de la Charte sociale », à savoir le texte originel et sa version révisée, mais également le Protocole de 1988 complétant le texte de 1961 sur les droits des travailleurs², les occurrences des termes « discrimination », « distinction », « égalité » sont rares au regard du nombre et de la longueur des articles. Dans la Charte sociale initiale, le terme « égalité » est utilisé à trois reprises, celui de « *discrimination* » une seule fois, au sein du préambule, alors même que, dès les premiers mots du résumé de la Charte figurant sur le site du Comité européen des droits sociaux, il est affirmé que « *La Charte de 1961 garantit la jouissance sans discrimination des droits de l'homme économiques et sociaux fondamentaux, fixés dans le cadre d'une politique sociale que les Parties s'engagent à poursuivre par tous les moyens* ».

¹ J.-P. Marguénaud, « Le Comité européen des droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu », *Revue de droit public*, 2011, p. 685.

² Protocole additionnel à la Charte sociale européenne, STCE n°128, Strasbourg, 5 mai 1988 qui lie encore quelques États. La Croatie, le Danemark, l'Espagne ainsi que la République tchèque sont toujours parties à la Charte de 1961 et à son Protocole additionnel de 1988.

Ce contraste entre la lettre du texte et le discours sur le texte nous semble constituer un premier indice de l'importance réelle de l'action anti-discriminatoire du système de la Charte sociale au sein du Conseil de l'Europe. Dans le texte de 1988, si le terme « distinction » demeure absent, ceux d'« égalité » et de « discrimination » sont chacun employés à quatre reprises, souvent dans les mêmes articles. Enfin, dans la version la plus récente de la Charte, texte il est vrai beaucoup plus long que les précédents, le changement linguistique est sensible puisque les rédacteurs y inscrivent à cinq reprises le terme de « *discrimination* », huit fois celui d'« *égalité* » quand le mot « *distinction* » fait une apparition¹.

Pourtant les questions d'égalité et de non-discrimination nous semblent innervent ces textes pour peu que l'on sache les y débusquer. L'analyse de ce panel de textes révèle deux prises en compte des discriminations. L'une assumée comme telle, qui se traduit d'une part par l'emploi d'un terme emprunté au lexique discriminatoire et d'autre part par la prohibition d'une telle pratique (§1). L'autre, plus effacée, moins visible, consistant à protéger certaines catégories, perçues comme plus vulnérables. Si les termes de discrimination ou d'égalité ne sont pas mentionnés dans les textes afférents, il n'en reste pas moins que c'est bien une égalité réelle que visent les rédacteurs des traités, conscients du fait que certaines catégories de personnes sont traditionnellement discriminées (§2).

§1. Des discriminations explicitement interdites

La prohibition des discriminations dans le système de la Charte sociale européenne est double. Elle consiste tout d'abord, et ce depuis l'origine, dans l'interdiction de discriminer dans la jouissance des droits sociaux consacrés, clause classique des instruments de protection des droits de l'homme (A)². L'interdiction se fait ensuite plus spécifique, se focalisant sur un domaine, celui de l'emploi et privilégiant certains motifs (B).

A. L'interdiction générale des discriminations dans la jouissance des droits sociaux

Insérée au sein du Préambule du traité de 1961, la clause transversale de garantie de non-discrimination dans la jouissance des droits fondamentaux énoncés figure désormais dans le corps du texte le plus récent. L'article E dispose en effet que « *la jouissance des droits reconnus dans la présente Charte doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur la*

¹ Voir Partie IV, article 20§1 de la CSE de 1961 et Partie II, article A§1 de la CSERév de 1996.

² Voir notamment l'article 2, §2 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, l'article 2, §1 du Pacte international des droits civils et politiques du 16 décembre 1966, l'article 2, §1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, l'article 1^{er}, §1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950.

race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, la santé, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation. » Malgré ce changement symbolique qui témoigne de l'importance accrue accordée au principe de non-discrimination dans la Charte de 1996 et quelques adaptations mineures, les deux textes s'inscrivent incontestablement dans la continuité.

Si le vocabulaire n'est pas totalement stabilisé, les différences littérales ne sont pas significatives. Ainsi le terme « *discrimination* » présent dans le texte original¹ n'apparaît plus dans la version la plus récente qui lui préfère celui de « *distinction* » sans que cela ne traduise une rupture puisque le premier est conservé en titre.

Le nombre de motifs visés s'est en revanche accru. Aux sept motifs initiaux (race, couleur, sexe, religion, opinion politique, ascendance nationale, origine sociale) cinq ont été ajoutés (langue, toute autre opinion, santé, appartenance à une minorité nationale, naissance). Et comme l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, l'article E de la Charte révisée suggère le caractère non exhaustif de cette liste désormais précédée de l'adverbe « *notamment* » et se terminant par l'expression « *toute autre situation* ». Au-delà de cette parenté, deux différences avec le texte de protection des droits civils et politiques sont toutefois à noter s'agissant des motifs : la santé, motif contenu à l'article E, n'est pas mentionnée à l'article 14 de la Convention européenne ; à l'inverse, la fortune n'est pas incluse dans les motifs pris en compte par la Charte sociale européenne révisée, ce qui peut surprendre au regard des objets respectifs de ces deux textes. Les experts européens qui n'avaient pas attendu cette invite faite par le texte pour admettre l'existence de motifs de discrimination non consacrés explicitement ont poursuivi l'intégration de motifs non formulés tels que le handicap², l'orientation sexuelle³ ou l'âge⁴.

Quant au champ matériel de la règle de non-discrimination, le texte de 1996 se fait plus précis préférant à la formule générale de 1961 « *jouissance des droits sociaux* » celle de « *jouissance des droits reconnus dans la présente Charte* », sachant que le Comité d'experts avait déjà admis que cette clause de non-discrimination contenue dans le préambule s'appliquait à toutes les dispositions de la Charte⁵.

Enfin les deux conventions se montrent avares de définition de la notion de discrimination ; le texte le plus récent pallie de façon imparfaite le silence initial par une simple définition négative

¹ « *Considérant que la jouissance des droits sociaux doit être assurée sans discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale* ».

² CEDS, décision sur le bien fondé MDAC c/ Bulgarie, réclamation n°41/2007.

³ CEDS, décision sur le bien fondé INTERIGHTS c/ Croatie, réclamation n°45/2007.

⁴ CEDS, décision sur le bien fondé FFFS c/ Norvège, réclamation n°74/2011.

⁵ CEDS, conclusions XV-1 France, article 5, p. 263 : « *le préambule renferme un principe général de non-discrimination s'appliquant à l'ensemble des dispositions de la Charte* ».

de la notion précisant qu'« *une différence de traitement fondée sur une justification objective et raisonnable n'est pas considérée comme discriminatoire* »¹.

L'évolution contenue des instruments conventionnels est pourtant, à en croire le site du Comité européen des droits sociaux², un renforcement du principe de non-discrimination. Il est vrai que quelques dispositions anti-discriminatoires ont été ajoutées.

B. L'interdiction de discriminations ciblées

Si l'on excepte l'importante clause générale de non-discrimination, c'est exclusivement dans le champ de l'emploi que l'on trouve explicitement prosrites les discriminations. Deux motifs sont alors pris en compte, l'un déjà classique puisque connu de l'autre Europe au moment de son intégration dans le système de la Charte sociale, le sexe, l'autre plus original, encore aujourd'hui, celui des responsabilités familiales.

Du point de vue de l'interdiction des discriminations, le tournant date de 1988 avec l'adoption du Protocole à la Charte sociale européenne. Cherchant à renforcer les droits des travailleurs celui-ci s'est logiquement attardé sur la question des discriminations dans l'emploi, en particulier celles fondées sur le sexe. L'article 20 de la CSE(R) en est d'ailleurs l'exacte reprise³ : « *Tous les travailleurs ont droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe* ». L'interdit concerne plus précisément le licenciement, la réinsertion professionnelle, l'orientation professionnelle, les conditions d'emploi dont la rémunération, le déroulement de carrière dont les promotions.

Les rédacteurs s'efforcent en outre de mieux définir la notion de discrimination en explicitant ce que n'est pas une discrimination : « *les mesures de protection des femmes notamment lors de la grossesse, l'accouchement et la période post natale ne peuvent être assimilées à des discriminations, étant entendu que ces actions spécifiques sont transitoires et appelées à disparaître progressivement, une fois l'objectif de l'égalité atteint* »⁴. Transparaît alors une approche de l'égalité plus réelle que formelle, davantage dans la tradition des Comités onusiens⁵ qu'héritée de la conception républicaine française.

¹ Annexe de la Charte de 1996.

² Voir résumé de la CSE(R) établi sur le site du CEDS.

³ Ceci est d'ailleurs dit dans le rapport explicatif de la CES(R) : « *les points 20 à 23 sont repris du Protocole additionnel à la Charte de 1988 et ne sont pas amendés* ».

⁴ Eléments de définition des discriminations insérés dans le Protocole à propos et repris en annexe de la Charte de 1996.

⁵ Voir S. Grosbon, « Regard critique des comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française », in T. Dumortier, T. Gründler, J.-M. Thouvenin (dir.), « Les freins à la lutte contre les discriminations », *Revue des droits de l'homme*, 2016, 9, URL : [\[https://revdh.revues.org/2062\]](https://revdh.revues.org/2062).

Si la lutte contre les discriminations fondées sur le sexe dans l'emploi ne présente déjà plus, à l'époque, une grande originalité, le droit de l'Union ayant de façon précoce investi ce champ¹, est en revanche plus novatrice la prise en compte d'un autre motif, celui des responsabilités familiales.

Il s'agit-là d'une innovation inscrite à l'article 27 de la Charte révisée. L'ambition égalitaire apparaît dans son titre : « *Droit des travailleurs ayant des responsabilités familiales à l'égalité des chances et de traitement* ». Sans la nommer², cette disposition vise une double discrimination : tout d'abord l'égalité entre les deux sexes au sein des travailleurs ayant des responsabilités familiales, ce qui revient à interdire les discriminations fondées sur le sexe entre les travailleurs assumant de telles charges ; ensuite l'égalité entre les travailleurs ayant de telles responsabilités (quel que soit leur sexe) et les autres travailleurs, c'est-à-dire sans responsabilité familiale. Ce motif inexistant dans les autres instruments de lutte contre les discriminations est digne d'intérêt dans la mesure où il prend acte du constat souvent fait selon lequel les responsabilités familiales sont la cause d'un déroulement de carrière rendu plus complexe, moins rapide, plus sinueux du fait des interruptions de travail qu'elles induisent, mais aussi d'une attractivité moindre de la personne ayant de telles charges pour l'employeur en raison d'une disponibilité présumée inférieure. C'est une première audace textuelle que de prendre en compte cela. C'en est une autre que de tenter de corriger le fait que de telles responsabilités pèsent, dans la société actuelle, de façon inégale sur les deux sexes. Bien entendu les recompositions familiales et la diversité croissante des organisations familiales – homoparentales, monoparentales – rendront peut-être caduque à terme cette prise en compte de l'impact genré des charges familiales sur la vie professionnelle. Mais c'est l'un des intérêts de ce texte européen que de s'en assurer dès à présent. C'en est encore une d'indiquer aux États la nécessité d'adopter des « *mesures appropriées* » pour compenser ce handicap professionnel.

A ces textes prohibant expressément les discriminations s'ajoutent des dispositions qui, sans se présenter comme tels, sont *de facto* des outils de la lutte européenne contre des comportements distinctifs illégitimes.

§2. Une protection implicite contre des discriminations

¹ On peut noter à ce propos que le système de la Charte sociale européenne suit la même chronologie que le droit de l'Union européenne. Celle-ci a d'abord énoncé l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes (article 119 du Traité de Rome de 1957), avant de généraliser l'interdiction de discriminer dans l'emploi sur le fondement du sexe. C'est dans le même ordre que les Chartes ont appréhendé cette question d'égalité entre les sexes, d'abord, sous le seul angle de l'égalité salariale (article 4 §3 de la CSE), puis, plus généralement (article 20 de la CSE(R) à la suite du Protocole).

² Le terme est en revanche employé dans la partie 1 de la Charte sociale révisée : article 27 : « *Toutes les personnes ayant des responsabilités familiales et occupant ou souhaitant occuper un emploi sont en droit de le faire sans être soumises à des discriminations et autant que possible sans qu'il y ait conflit entre leur emploi et leurs responsabilités familiales* ».

L'analyse des textes constituant le système de la Charte sociale européenne fait ressortir deux types de ressources peu visibles et néanmoins décisives dans la lutte contre les discriminations, l'une générale (A), l'autre plus catégorielle (B), privilégiant dans les deux cas le champ de l'emploi sans pour autant s'y limiter.

A. Le champ de l'emploi privilégié

L'article 1^{er} paragraphe 2, inchangé dans les deux traités, stipule que les parties s'engagent « à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris ». Il n'est dans ce texte fait mention ni de l'égalité ni de discriminations. Pourtant le Comité l'a interprété comme impliquant la liberté d'accès au travail dont l'un des aspects fondamentaux est, à ses yeux, l'interdiction de toute discrimination en matière d'emploi¹. Il en déduit que les législations nationales doivent interdire toute discrimination dans l'emploi², c'est-à-dire susceptible de se produire lors du recrutement ou dans les conditions d'emploi (rémunération, formation, promotion, mutation, licenciement, sanction, etc.)³. À défaut de précision textuelle, tous les motifs sont potentiellement concernés. Notons que la situation des États ayant accepté les dispositions spécifiques sur la non-discrimination fondée sur le sexe (article 20 *supra*) ou sur le handicap (article 15 §2, *infra*) est examinée sur ces bases juridiques.

B. Des catégories de personnes privilégiées

Ce dispositif est complété par plusieurs articles promouvant l'égalité en faveur de catégories de personnes qui sont traditionnellement envisagées en droit comme victimes de discrimination (femmes, personnes handicapées, étrangers⁴).

Les deux Chartes exigent par exemple que soient adoptées des mesures de protection des femmes dans le champ de l'emploi. Pour autant on constate que l'étendue de cette protection s'est réduite entre 1961 et 1996. Ainsi l'article 8 (partie 1) du texte original envisageait une protection spéciale, d'une part, des travailleuses en situation de maternité et, d'autre part, des

¹ Une telle interprétation a d'abord été conduite dans le cadre de conclusions rendues par le Comité de façon très précoce (Conclusions I, Observation interprétative, article 1) et confirmée dans celui des réclamations collectives, par exemple à l'égard de la France : « Cette obligation implique notamment l'élimination de toute discrimination dans l'emploi quel que soit le statut juridique de la relation professionnelle. » (CEDS, décision sur le bien-fondé, Syndicat national des Professions du tourisme c/ France, réclamation collective, n°6/1999, §24).

² CEDS, conclusions XVIII-1 Islande, p. 435.

³ CEDS, conclusions XVI-1 Autriche, p.26.

⁴ Les étrangers ressortissants des États parties ne doivent pas être traités de façon moins favorable que les nationaux, notamment dans l'emploi concernant la rémunération, les conditions d'emploi ou l'affiliation aux organisations syndicales (Article 19 §4 de la CSE sur les travailleurs migrants et 12 §4 et 13 §4 sur l'égalité de traitement entre nationaux et ressortissants des États parties en ce qui concerne l'assistance sociale et médicale).

autres travailleuses dans des cas appropriés. Et le titre de cet article figurant dans la seconde partie du texte était à cet égard significatif mentionnant en termes larges le « *droit des travailleuses à la protection* ». En 1996, en revanche, la protection est resserrée sur les seuls droits des travailleuses en situation de maternité¹. Dès 1988, le Protocole avait précisé que les mesures de protection des femmes, notamment, lors de la grossesse, l'accouchement ou la période post-natale ne pouvaient être qualifiées de discrimination². L'emploi du terme « *notamment* » laissait augurer de possibles extensions, ouverture refermée en 1996. L'appréhension européenne des discriminations en ressort mieux cernée : la clause générale d'interdiction des discriminations fondées sur le sexe notamment (préambule de 1961, article E de 1996) comme l'article 1^{er} §2 qui vise plus spécifiquement le secteur de l'emploi empêchent de traiter différemment les hommes et les femmes et, par conséquent, de privilégier les femmes d'une façon générale. À l'inverse, quand celles-ci sont dans une situation qui les distingue objectivement³ des hommes du fait par exemple de leur maternité, alors des actions et des mesures peuvent leur être dédiées, au nom d'une conception substantielle de l'égalité sur le fondement de l'article 8. Il était au demeurant indiqué dans le rapport explicatif du Protocole de 1988 que cette prescription « *tient compte de la nécessité d'accélérer l'élimination des inégalités de fait qui subsistent et qui affectent généralement les femmes. Ces actions spécifiques, admises en vertu de cette disposition, sans pour autant être obligatoires, seront transitoires et appelées à disparaître progressivement, une fois l'objectif de l'égalité atteint* ». La réglementation tendant à limiter le travail de nuit ou la réalisation de travaux dangereux fournit un exemple topique de cette évolution dans un sens plus restrictif des mesures préférentielles. Alors qu'initialement cette protection concernait le travail de nuit de toutes les femmes, elle ne s'applique, depuis 1996, qu'aux femmes enceintes, ayant accouché ou allaitant leurs enfants. Il en va de même pour l'interdiction de travaux dangereux, insalubres ou pénibles⁴. Le champ des bénéficiaires de cette protection se restreint donc irrésistiblement et révèle ainsi la conception en vogue des discriminations. Le sexe n'est pas un motif légitime de différenciation sauf s'il est à l'origine d'une situation objectivement différente. Parallèlement, l'étendue de la protection des femmes en situation de maternité tend à se renforcer. Certes, le texte reste intact concernant les pauses d'allaitement des salariées, mais il prévoit un allongement du congé de maternité passant de douze à quatorze semaines et une extension du délai pendant lequel le licenciement est interdit à l'encontre des femmes enceintes⁵. La

¹ Voir titre de l'article 8 partie 2, ce que confirme la partie 1 dans laquelle n'est visée que l'hypothèse de la maternité.

² Article 1 §1.

³ Voir *infra* sur les justifications objectives aux différences de traitement.

⁴ Cela se situe dans la continuité du Protocole de 1988 qui précisait que de telles mesures de protection ne correspondaient pas à des discriminations.

⁵ Cette protection débute non plus à la date du congé maternité mais à la date de la notification à l'employeur de la grossesse.

protection des femmes concernées se concrétise donc à la fois par des obligations positives (organisation de pause, autorisation de congé) et par des obligations négatives (interdiction de licencier, de travailler de nuit et d'exercer certaines activités).

Alors que le handicap ne figure parmi les motifs explicites de discrimination, ni dans le texte de 1961, ni dans la version la plus récente, les « *personnes physiquement ou mentalement diminuées* »¹ devenues « *les personnes handicapées* »² constituent une autre catégorie faisant l'objet d'une attention singulière au plan européen. Au-delà de ce nouveau vocable, une extension des droits est consacrée : le droit à la formation et à la réadaptation professionnelles de 1961 est remplacé par le droit à l'autonomie, l'intégration et la participation à la vie de la communauté, ce qui couvre, certes, toujours le champ de la formation, mais également celui de l'emploi et de la vie sociale. Il est dès lors demandé aux États la mise en place d'institutions destinées à assurer l'éducation et la formation des personnes handicapées, l'adoption de mesures susceptibles d'encourager les employeurs à embaucher des personnes handicapées en milieu ordinaire de travail et, subsidiairement, la création d'emplois protégés ainsi que l'institution d'aides techniques destinées à surmonter les obstacles que les personnes peuvent rencontrer (en termes de mobilité de communication, accès logement, transport, etc.). Le rapport explicatif de la Charte de 1996 souligne que cet article 15 ne prévoit pas seulement la possibilité pour les parties d'adopter des mesures positives en faveur des personnes handicapées mais dans une large mesure les y oblige³.

A première vue, les textes du système de la Charte sociale européenne ne regorgent pas de dispositifs de lutte contre les discriminations se contentant, de façon classique, d'interdire celles-ci dans la jouissance des droits qu'ils consacrent. Conformément à leur objet toutefois, à savoir la promotion des droits sociaux dans un souci d'égalité concrète, ces textes contiennent des dispositions que l'on peut analyser comme des applications particulières du principe de non-discrimination, à la différence notamment de la Convention européenne des droits de l'homme. Les ressources textuelles sont donc plus importantes que ne le laisserait paraître une lecture superficielle. Ces potentialités ont été révélées, utilisées et valorisées par le Comité européen des droits sociaux qui a su, au fil de ses saisines, développer sa propre vision du droit de la non-discrimination.

¹ Article 15 de la Charte sociale européenne

² Article 15 de la Charte sociale européenne révisée.

³ Vingt-huit États sur trente-quatre sont engagés au titre de l'article 15 de la Charte sociale européenne révisée, dont la France. Parmi eux, dix ne le sont que sur certains paragraphes.

Section 2. L'ambition anti-discriminatoire révélée par le Comité européen des droits sociaux

Dans le domaine des discriminations comme dans d'autres, l'organe chargé du respect par les États de leurs obligations conventionnelles fait preuve d'audace et fait jouer les relations systémiques, n'hésitant pas à s'inspirer du droit de l'Union ou du droit de la Convention européenne qu'il a pu influencer en retour¹. Le Comité européen des droits sociaux applique aussi son analyse traditionnelle, selon laquelle les droits reconnus dans les Chartes sont des droits « *non pas théoriques mais effectifs* »², aux nombreuses stipulations qui, de façon explicite ou implicite, on l'a vu, garantissent une protection contre les discriminations. En conséquence, émerge de ses conclusions rédigées à la suite des rapports remis périodiquement par les États et de ses décisions sur le bien fondé rendues dans le cadre des réclamations collectives, ce qui apparaît comme essentiel aux yeux du Comité pour que la lutte contre les discriminations entreprise par les États parties soit conforme à leurs engagements. Ce faisant, les experts européens dessinent un modèle ambitieux de lutte contre les discriminations. Ce modèle repose sur une acception large des discriminations, conçue dans la perspective d'une égalité réelle (§1), et exige que les États se dotent d'un certain nombre d'outils (§2). Sur ces deux aspects, la France progresse sans toutefois être en totale conformité avec les prescriptions du système de la Charte sociale.

§1. La recherche de l'égalité réelle

Ce que les Chartes et surtout les experts européens promeuvent, c'est une égalité réelle. Dès lors c'est une conception large des discriminations que ces derniers portent et inculquent aux États qui font parfois preuve, telle la France, de résistance. Deux types d'obligations en résultent pour les États, certaines de nature négative consistant à purger leur droit de toute réglementation discriminatoire et à interdire les comportements discriminatoires largement entendus (A), d'autres de nature positive impliquant des mesures actives si ce n'est positives (B).

A. Interdire l'ensemble des discriminations

¹ C. Nivard, *La justiciabilité des droits sociaux, Etude de droit conventionnel européen*, Thèse, Montpellier, 2009, p. 473.

² C'est une audace empruntée à la Cour dès la première décision du CEDS sur le bien-fondé (CEDS, 9 septembre 1999, Commission internationale des juristes c/ Portugal, § 32). En effet, la Cour avait affirmé en 1979 dans son arrêt *Airey c/ Irlande* qu'il n'existait pas de cloison étanche entre les droits civils et politiques et les droits sociaux et que « *la Convention a[vait] pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoires mais concrets et effectifs* » (CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, n°6289/73).

Le Comité guide les États dans le cadre du suivi de leurs obligations en apportant un certain nombre d'éclairages conceptuels indispensables. Il dessine ainsi les contours des discriminations, grâce à la détermination à la fois des motifs qu'il est illégitime de prendre en compte pour opérer des catégorisations et du type de différences à ne pas faire ou, au contraire, à établir.

Concernant les motifs, qui constituent un élément de définition des discriminations, l'œuvre du Comité n'est pas négligeable. Il a tout d'abord confirmé ce que le texte rendait prévisible, à savoir le caractère simplement indicatif de la liste de motifs figurant dans la clause générale de non-discrimination. L'adverbe « *notamment* » comme la présence dans cette liste de l'expression « *ou toute autre situation* » donnaient indiscutablement un caractère ouvert et évolutif à la liste de motifs. Le Comité a ainsi affirmé dans une décision de 2003 que « *le handicap est un motif de discrimination interdit* » au titre de l'article E de la Charte¹, tout en soulignant, dans des conclusions rendues la même année, « *l'importance de la règle de non-discrimination dans le contexte du handicap, règle qui fait partie intégrante de l'article 15 de la Charte révisée* »². On peut noter la parfaite cohérence de cette double interprétation : l'article 15 sur le droit des personnes handicapées est traversé par le principe de non-discrimination, pourtant non énoncé comme tel, tandis que le texte propre aux discriminations doit s'appliquer au motif du handicap, quoique non formulé.

Cette latitude prise par rapport au texte prend ensuite la forme d'une certaine hiérarchie qui transparaît du discours des experts européens. Ainsi en est-il, à notre sens, du motif de la race. « *La discrimination raciale est une forme de discrimination particulièrement odieuse et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités. C'est pourquoi celles-ci doivent recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme, en renforçant ainsi la conception que la démocratie a de la société, y percevant la diversité non pas comme une menace mais comme une richesse* »³.

Enfin, les experts contrôlent le contenu que les États accordent aux motifs, autrement dit l'acceptation qu'ils en retiennent. Au sujet du handicap toujours, le Comité a demandé à la France des informations complémentaires sur ce qui a été fait pour sortir de la définition médicale du handicap au profit d'une approche plus sociale⁴. Et toujours en 2003, à l'occasion de l'affaire

¹ CEDS, décision sur le bien-fondé Association internationale Autisme-Europe c/ France, réclamation n°13/2002, §51.

² CEDS, conclusions 2003, Tome 1, §5, p. 10.

³ CEDS, décision sur le bien-fondé COHRE c/ Italie, réclamation n°58/2009, §37-38.

⁴ CEDS, conclusions 2003, France, article 15, p. 66. Le Comité souligne dans des conclusions ultérieures (2008) qu'avec la loi du 11 février 2005 est consacrée une approche de la Classification Internationale des Fonctionnements, du Handicapé et de la Santé (CIF, 2001) prévoyant que « *constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité, ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant* ».

Autisme c/ France, il lui a été reproché de violer l'article 15 §1, entre autres choses, en raison d'une définition trop restrictive de l'autisme dans les documents officiels¹.

Concernant la notion même de discrimination, force est de reconnaître que les textes sont peu prolixes. C'est en conséquence au Comité qu'est revenu le soin de définir cette notion aux multiples facettes et, partant, de préciser les contours des obligations étatiques. Il a affirmé sans surprendre que peut être qualifiée de telle toute « *différence de traitement entre des personnes se trouvant dans des situations comparables [...] si elle ne poursuit pas un but légitime et ne repose pas sur des motifs objectifs et raisonnables* »². Le Comité a pu de ce fait qualifier de discriminatoire la législation grecque fixant un quota maximum de 20% de femmes dans la police. La justification avancée par l'État n'a pas été jugée suffisante pour démontrer que le but poursuivi par cette différence de traitement fondée sur le sexe serait la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale³. De même, le fait de prévoir un âge distinct en deçà duquel l'enfant est considéré à la charge de ses parents pour le versement de prestations familiales selon la nationalité des bénéficiaires est une différence ne reposant sur aucune raison objective⁴. Mais le Comité a très tôt élargi la notion pour y intégrer celle de discrimination indirecte. À propos du Protocole additionnel, les experts ont considéré que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe en matière d'emploi couvrirait aussi bien la discrimination directe que la discrimination indirecte « *qui pourrait résulter de ce que les femmes ou les hommes sont souvent plus nombreux dans certaines catégories de travailleurs bénéficiant de conditions moins favorables, telles les travailleurs à temps partiel* »⁵. En conséquence, le travail à temps partiel concernant statistiquement bien plus de femmes que d'hommes, une différenciation opérée par une réglementation nationale entre des travailleurs à temps partiel et des travailleurs à temps complet constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe⁶. Un autre contentieux, celui de la scolarisation des enfants handicapés, a fourni d'utiles précisions sur ces notions. Le réexamen de la situation française a permis aux experts européens d'isoler des discriminations directes et indirectes. Ainsi, « *le fait que des familles n'aient pas d'autre choix que d'aller à l'étranger, notamment en Belgique, aux fins de scolarisation en milieu scolaire spécialisé de leurs enfants autistes, résulte de l'omission de la France de prendre en compte les besoins spécifiques d'apprentissage et de communication en milieu scolaire de ces*

¹ CEDS, décision sur le bien-fondé *Autisme-Europe c/ France*, réclamation n°13/2002, §54.

² Voir par exemple CEDS, décision sur le bien-fondé, *Syndicat national des Professions du tourisme c/ France*, réclamation collective n°6/1999, §25.

³ CEDS, conclusions XIV-1 Grèce, article 1 §2 du Protocole de 1988.

⁴ CEDS, conclusions XVI, France, article 12 §4, p. 276.

⁵ CEDS, Conclusions XIII-5, Suède, article 1^{er} du Protocole additionnel, p. 290.

⁶ Le fait que la Suède n'accorde à l'époque l'assurance-chômage qu'aux personnes ayant travaillé au moins dix-sept heures par semaine et au moins trois heures par jour constitue une discrimination indirecte (CEDS, conclusions 2002, Suède, article 20, p. 277 ; CEDS, conclusions 2008, Suède, article 20, p. 898).

personnes sur le territoire national et constitue, pour cette raison, une discrimination directe à l'encontre des personnes concernées »¹. Mais dans cette affaire une discrimination de nature indirecte a aussi été établie en s'inspirant de l'approche communautaire de la notion² : « *dans le domaine particulier du handicap, le Comité considère qu'une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes handicapées par rapport à d'autres personnes, à moins que cela puisse être justifié* ». Partant, les restrictions budgétaires réalisées en France en matière de politique sociale – dont dépendent plus que le reste de la population les personnes handicapées – affectent davantage ces dernières, de sorte qu'il s'agit d'une discrimination indirectement fondée sur le handicap³.

Les juges européens font œuvre de pédagogie pour livrer aux États les clarifications conceptuelles nécessaires à la mise en œuvre d'une politique publique fondée sur un arsenal juridique performant promouvant l'égalité. À côté de l'obligation pesant sur les États de s'abstenir de toute mesure discriminatoire, qu'elle soit directe ou indirecte, il leur incombe des obligations d'agir.

B. Prendre en compte les différences

« [...] le principe d'égalité [qui] sous tend l'article E [...] implique d'assurer un même traitement aux personnes se trouvant dans la même situation, mais aussi de traiter de manière différente des personnes en situation différente »⁴. Aussi l'absence de mesures propres à assurer que les droits et avantages collectifs ouverts à tous sont effectivement accessibles à tous est-elle reconnue comme une discrimination indirecte⁵. Le Comité se conforme sur ce point à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à laquelle il se réfère d'ailleurs expressément⁶ et privilégie donc une conception de l'égalité réelle, que ne retient pas pour

¹ CEDS, décision sur le bien-fondé, Action Européenne des Handicapés (AEH) c/ France, Réclamation n°81/2012, §136.

² Et le Comité de citer la Cour de justice de l'Union européenne (2ème chambre) du 11 avril 2013, aff. jointes C-335/11 & C-337/11, Jette Ring & Lone Skouboe Werge, non encore publiées au *Rec.*, §76 et 77.

³ CEDS, décision sur le bien-fondé, Action Européenne des Handicapés (AEH) c/ France, Réclamation n°81/2012, §143 et s.

⁴ CEDS, Décision sur le bien-fondé, Association internationale Autisme-Europe (AEH) c/ France, Réclamation n°13/2002, §52.

⁵ Par cette formulation (Centre sur les droits au logement et les expulsions (COHRE) c/ Italie, réclamation n°58/2009, §35), le Comité clarifie ce qu'il avait commencé à énoncer en ces termes : les discriminations indirectes peuvent être révélées soit par des « *traitements inappropriés de certaines situations* » – ce qui restait assez vague – soit par « *l'inégal accès des personnes placées dans ces situations et des autres citoyens aux divers avantages collectifs* » (CEDS, décision sur le bien-fondé, Association internationale Autisme-Europe c/ France, Réclamation n°13/2002, par. 52 et décision sur le bien-fondé, Centre européen des Droits des Roms (CEDR) c/ Italie, Réclamation collective n°27/2004, §36).

⁶ CEDH, *Thlimmenos* c/ Grèce, n°34269/97 in *Autisme* c. France, préit., §52.

l'heure la France. Cet État ne fait en effet d'un tel traitement différent de situations distinctes qu'une simple faculté offerte aux pouvoirs publics (administration, législateur) et en aucun cas une obligation¹. La contrariété entre les deux ordres juridiques est de ce point de vue évidente. Le contentieux sur le sort réservé aux Roms vivant en France permet d'ailleurs de l'illustrer. Reconnaisant les conditions de vie déplorables des Roms et les difficultés extrêmes qu'ils rencontrent dans l'accès au logement, la scolarisation des enfants ou la santé, le Gouvernement français a tenté de se défendre de toute discrimination à leur encontre en indiquant que la France ne distingue pas les populations, en particulier sur une base ethnique, dans la conduite de ses politiques publiques. Mais ce que le Gouvernement avançait au soutien de sa défense s'est retourné contre lui puisque cet argument est à l'origine de la critique acerbe formulée par le Comité. Ce dernier souligne en effet que, quelles que soient les traditions des États parties, il est nécessaire, afin de garantir l'égalité de traitement, de tenir compte des différences entre les individus et donc de porter une attention spéciale aux besoins et mode de vie propres des Roms, qui constituent un type particulier de minorité défavorisée et vulnérable. Ce qui est reproché à la France c'est donc justement d'invisibiliser, de taire et *in fine* de ne pas tenir compte des spécificités de cette population. Sans aller jusqu'à imposer la reconnaissance de minorités, le Comité laisse entendre qu'une telle évolution du droit participerait d'une meilleure prise en compte d'une situation spécifique². Au-delà de la question de la reconnaissance juridique des minorités, *via* notamment l'admission de ce motif discriminatoire, c'est bien une divergence d'approche de l'égalité et donc des discriminations entre les deux ordres juridiques qui transparaît. L'égalité formelle fondée sur l'individu abstrait à laquelle est attachée la République française s'avère insuffisante aux yeux du Comité qui s'intéresse, conformément à l'objet de la Charte sociale européenne, à un individu situé, avec des besoins propres. L'objet des Chartes est en effet de protéger des personnes vulnérables et plus encore des groupes vulnérables, qu'il s'agisse des travailleurs, des étrangers, des femmes, des handicapés, des personnes âgées ou des enfants. Le Comité l'explicite par exemple dans son observation interprétative sur l'article 15 dans laquelle il affirme qu'« *en érigeant un droit distinct à la formation et à la réadaptation professionnelle et sociale des personnes physiquement et mentalement diminuées [ce texte] entend donner une protection renforcée dans un domaine – l'emploi – où elles sont plus vulnérables que le reste de la main d'œuvre* »³.

¹ CE, 28 mars 1997, Société Baxter : « Considérant que les principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents ». Cons ; const., n°2008-573 DC, Loi relative à la Commission prévue par l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés : « si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ».

² CEDS, décision sur le bien-fondé, Médecins du Monde - International c/ France, réclamation collective n°67/2011, §40.

³ CEI, conclusions XIV-1, Observation interprétative, article 15, p. 68.

S'attacher aux spécificités de groupes vulnérables par une différenciation dans la règle ou dans la politique publique qui leur est applicable peut, dans certaines hypothèses, conduire l'État à adopter des mesures dites positives. Les textes sociaux européens l'envisagent explicitement pour plusieurs titulaires de droits dont les personnes handicapées et les personnes ayant des responsabilités familiales¹. Les exigences du Comité sur ce point se concentrent quant à elles sur les femmes et les personnes handicapées et concernent une fois encore principalement le champ de l'emploi. Pour les premières, la jurisprudence du Comité s'inscrit dans la logique des textes qui précisent que « *le présent article [article 20] ne fait pas obstacle à l'adoption de mesures spécifiques visant à remédier à des inégalités de fait* »². *A minima* le Comité juge donc qu'un État partie aux Chartes ne doit pas conserver une législation qui interdirait l'adoption de mesures positives à l'égard de l'un des deux sexes qui serait de fait défavorisé dans l'emploi³. Mais il peut arriver de surcroît que, compte tenu de cette inégalité factuelle, un État n'ayant pris aucune mesure pour favoriser l'accès des femmes à l'emploi se voie reprocher de méconnaître ses obligations⁴. Le Comité n'hésite pas à imposer en effet aux États « *qu'une action positive et concrète soit entreprise en vue de créer, dans les faits, une situation susceptible d'assurer une égalité de traitement complète* »⁵.

L'intérêt des experts pour les mesures positives à l'égard cette fois des personnes handicapées est apparu dès leur observation interprétative de l'article 15 de la Charte de 1961. L'adoption de « *mesures positives de nature à augmenter les chances des personnes handicapées d'accéder à l'emploi et de conserver un emploi* »⁶ y était prescrite. L'observation relative à l'article 15 §2 du texte de 1996 a confirmé cette approche en sommant l'État d'« *imposer un aménagement raisonnable des conditions de travail* » pour permettre l'accès et le maintien dans l'emploi des personnes handicapées⁷.

La France, sur l'ensemble de ces points, dispose d'une législation conforme aux exigences européennes. Les mesures positives à l'égard des femmes ont été rendues possibles par deux révisions constitutionnelles, du moins dans le champ de la représentation politique et professionnelle⁸. Et elle a très tôt intégré dans sa législation à la fois l'obligation d'emploi qui prend la forme de quotas depuis la loi de 1987 enjoignant aux entreprises de plus de vingt

¹ Voir la référence aux « *aménagements* » et aux « *mesures appropriées* » dans l'emploi (respectivement articles 15 et 27).

² Annexe de la Charte sociale révisée sur l'article 20.

³ CEI, conclusions XIII-5, Observation interprétative, article 1^{er} du Protocole additionnel à la Charte de 1988, p. 272.

⁴ CEDS, conclusions XVII-2, Pays-Bas, article 1, Protocole additionnel à la Charte de 1988, p. 645. Voir aussi sur CEDS, conclusions XVIII-1, Allemagne, article 1 §2 de de la CSE(R), p. 306.

⁵ CEI, conclusions I, Italie, article 1 §2, p.15.

⁶ CEI, conclusions XIV-2, Observation interprétative, article 15, p. 68.

⁷ CEDS, conclusions 2007, Observation interprétative, article 15 §2, p. 12.

⁸ Loi constitutionnelle n°99-569 du 8 juillet 1999, relative à l'égalité entre les hommes et les femmes, loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

salariés d'embaucher 6% de personnes handicapées¹ et les mesures appropriées imposées par la loi de 2005 pour favoriser l'emploi en milieu ordinaire des personnes handicapées².

Dans la perspective d'une égalité réelle, les États intégrés dans le système de la Charte sociale européenne sont tenus d'éliminer les discriminations de toutes natures, voire de prendre des mesures positives à défaut desquelles des discriminations indirectes se produiraient. À cette fin les experts guident les parties au fur et à mesure du développement de leurs contrôles et apportent d'utiles précisions sur les outils à leur disposition dont elles doivent se saisir pour lutter efficacement contre les discriminations.

§2. Les instruments juridiques de lutte contre les discriminations

Les États doivent à la fois éviter de commettre des discriminations mais également instaurer des mécanismes efficaces de protection des individus contre les discriminations. Le Comité exige la mise en place d'un arsenal juridique dont il s'efforce de dessiner les exacts contours (A) et propose en outre quelques pistes plus éparses, au gré de ses contrôles (B).

A. Les éléments indispensables du dispositif juridique national (La mise en place d'un dispositif juridique national)

Soucieux de l'effectivité de la lutte étatique contre les discriminations³, le Comité exige l'adoption d'une législation ayant cet objet, législation assortie de recours efficaces.

Il revient donc en premier lieu aux États de se doter d'une législation anti-discriminatoire : « *la législation doit interdire toute discrimination dans l'emploi au moins en fonction du sexe, de la race, de l'origine ethnique, de la religion, du handicap, de l'âge, de l'orientation sexuelle et des opinions politiques* »⁴. Le Comité a même déduit du droit des personnes âgées à une protection sociale reconnu à l'article 23 de la Charte sociale révisée, qui n'évoque pourtant ni l'égalité, ni les discriminations, l'obligation de mettre en place une législation prohibant les discriminations fondées sur l'âge⁵. Plus prévisible était le rappel adressé aux États concernant la législation anti-discriminatoire en matière de handicap, qu'il s'agisse de la scolarisation des enfants handicapés (article 15 §1)⁶ ou de l'insertion professionnelle des adultes handicapés afin

¹ Loi n°87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés.

² Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

³ « *l'application effective des règles de protection contre la discrimination* » (CEDS, décision sur le bien-fondé, SUD Travail Affaires Sociales, réclamation collective n°24/2004, §34).

⁴ CEDS, conclusions 2006, Albanie, article 1 §2.

⁵ CEDS, conclusions 2003, France, article 23, p. 197.

⁶ CEDS, conclusions 2007, Observation interprétative, 15 §1, p. 12.

d'« assurer une réelle égalité des chances sur le marché ordinaire du travail » (article 15§2)¹. Et le Comité de se montrer plus précis sur le contenu nécessaire d'une telle législation qui doit poser le principe de la scolarisation en milieu ordinaire, prévoir les motifs impérieux justifiant le maintien d'un enseignement spécial ou séparé et organiser les voies de recours effectives pour ceux qui n'auraient pas obtenu une scolarisation en milieu ordinaire². S'agissant de l'emploi des personnes handicapées, le Comité veille à ce que les États aient introduit dans leur législation l'obligation d'aménagements raisonnables précédemment évoqués afin de permettre l'accès à l'emploi comme la conservation de celui-ci³. Et il va jusqu'à vérifier l'effectivité d'une mesure législative même lorsqu'elle n'est pas rendue obligatoire par les textes européens. Le Comité a ainsi souligné que l'introduction dans la loi de quotas n'était pas imposée par l'article 15 §2, mais était possible et entraînerait alors, si l'État s'engageait dans une telle voie, un contrôle de sa part concernant leur efficacité⁴.

Les experts européens exigent en second lieu que des recours permettent de garantir l'application de la législation anti-discriminatoire. Ils veillent donc, d'abord, à l'existence de recours ouverts aux victimes de discriminations⁵ aux fins de faire reconnaître un acte ou comportement discriminatoire et d'en obtenir la sanction. Pour garantir l'accessibilité de ces recours, le Comité préconise la possibilité pour les organisations syndicales de travailleurs d'ester en justice, l'introduction d'actions collectives ou encore la création d'institutions spécialisées dans la lutte contre les discriminations pouvant accompagner les victimes. Les experts s'assurent ensuite que la victime est en mesure d'établir l'existence de la discrimination vécue en demandant aux États d'adapter leurs règles de procédure, particulièrement en matière probatoire. Après avoir affirmé que la charge de la preuve ne doit « *pas reposer entièrement sur le plaignant* »⁶, le Comité n'a eu de cesse de rappeler la nécessité d'un tel aménagement de la charge de la preuve, faisant de celui-ci un élément d'effectivité des règles nationales de protection contre les discriminations. Aussi veille-t-il à ce que l'aménagement probatoire soit accordé à l'ensemble des travailleurs s'estimant victimes de discrimination, quel que soit leur statut⁷. La France a été mise en cause pour ne pas avoir opéré ledit aménagement au profit de certains fonctionnaires et agents publics non titulaires et employés de l'Agence nationale pour l'emploi⁸. Soulignons que si un tel aménagement est exigé devant les juridictions internes, il vaut aussi devant le Comité. Dans l'affaire *MDAC c/ Bulgarie* de 2008, celui-ci a spécifié

¹ CEDS, conclusions 2003, Sloénie, p. 538. Conclusions 2003, France, p. 61.

² CEDS, conclusions 2007. Observation interprétative, 15 §1, p. 12.

³ CEDS, conclusions 2007, Observation interprétative, article 15§2, p. 12, §10.

⁴ CEDS, conclusions XIV-2 Belgique, p. 168. Voir *infra* sur la France, conclusions de 2003 not.

⁵ Voir *supra* à propos du recours pour la non scolarisation en établissements ordinaires des enfants handicapés.

⁶ CEDS, conclusions XIX-1 Turquie, article 1 §2, p.496.

⁷ CEDS, conclusions 2004 Roumanie, p. 530, à propos de l'art 20 de la CSE(R)).

⁸ CEDS, décision sur le bien-fondé, SUD Travail Affaires sociales c/ France, réclamation n°24/2004, §34.

« qu'en ce qui concerne les réclamations alléguant d'une discrimination, il importe que la charge de la preuve ne repose pas intégralement sur l'organisation auteur de la réclamation, mais qu'elle fasse l'objet d'un aménagement approprié »¹.

Les experts contrôlent enfin que les sanctions susceptibles d'être prononcées à l'issue d'un recours soient adaptées. Une illustration de l'attention portée par les experts européens à cette question est donnée avec l'article 8 §2 relatif à l'interdiction de licencier une salariée pendant sa grossesse. Le Comité a exigé des États qu'en cas de non respect de cette règle et donc de nullité du licenciement, la femme puisse être réintégrée dans son poste et obtenir le versement des salaires non perçus, sauf si elle ne le souhaitait pas, auquel cas, elle devait être indemnisée². À défaut, le Comité estime que la réparation n'est pas appropriée³. Pour la même raison, les législations arménienne et turque sont apparues au Comité insuffisantes en termes de sanction d'un licenciement discriminatoire fondé sur les responsabilités familiales pesant sur le salarié⁴. Il ressort en substance de la jurisprudence sociale européenne que la sanction des discriminations prononcée par les juridictions internes doit offrir une réparation effective à la victime, c'est-à-dire proportionnée et dissuasive⁵. On retrouve ici les deux fonctions de la sanction, à savoir, d'une part, la réparation du dommage subi par la victime et, d'autre part, la sanction de l'auteur, afin d'inciter ce dernier à transformer son comportement défaillant et illicite en comportement vertueux. Le Comité a par conséquent jugé que l'imposition d'un plafond prédéfini d'indemnisation contrevenait aux exigences de la Charte, la fixation d'un maximum étant susceptible d'avoir pour effet que les indemnités octroyées ne soient pas en rapport avec le préjudice réellement subi et soient dès lors insuffisamment dissuasives.

Si le Comité prend soin de dessiner avec précision les éléments constitutifs indispensables du dispositif juridique national de lutte contre les discriminations, il livre aussi quelques recommandations plus spécifiques, non dénuées d'intérêt pratique pour les États.

B. Les compléments attendus

Le champ du handicap a permis aux experts européens de préciser la teneur des obligations de l'État lorsque celles-ci impliquent des dépenses conséquentes. Ainsi, en 2003, ils affirment que, lorsque la mise en œuvre de l'un des droits protégés par la Charte est exceptionnellement

¹ Décision sur le bien-fondé Centre de Défense des Droits des Personnes Handicapées Mentales (MDAC) c. Bulgarie, réclamation n°41/2007, §52.

² Le Comité a donc salué l'évolution jurisprudentielle qu'a connue la France à ce sujet (Soc, 9 octobre 2001, Mme Hille c. Société SVP Service), CEDS, conclusions 2003, France (sur l'article 8 §2).

³ CEDS, conclusions 2015 sur les rapports étatiques à propos de la Bosnie-Herzégovine, la République tchèque ou la Roumanie.

⁴ CEDS, conclusions 2015.

⁵ CEDS, conclusions 2006, Norvège, art. 1^{er}, p. 632.

complexe et onéreuse, les mesures prises par l'État pour atteindre les objectifs de la Charte doivent remplir trois critères : être engagées au terme d'une échéance raisonnable, permettre des progrès mesurables et recevoir un financement utilisant au mieux les ressources qu'il est possible de mobiliser¹. Autrement dit, le coût, on le voit, n'exonère pas l'État, la France en l'occurrence, de son obligation de lutter contre les discriminations. Il arrive même au Comité de se faire plus intrusif et de décréter non optimale l'allocation des ressources. Toujours dans le cadre de ce contentieux, il a laissé clairement entendre que l'argent que l'État français utilise pour participer aux frais de scolarisation des enfants souffrant de handicap mental en Belgique serait mieux employé s'il finançait la création de nouvelles structures adaptées à ces enfants dans l'Hexagone².

De façon très pragmatique les experts exigent par ailleurs de façon répétée que les États fournissent des données chiffrées. Il est vrai que pour établir une discrimination, en particulier indirecte, la comparaison des effets inégaux sur différentes catégories est indispensable. Dès lors le recours aux statistiques apparaît comme un instrument de preuve privilégié. Le Comité a ainsi retenu l'usage de statistiques pour révéler l'existence³ comme l'absence⁴ d'une discrimination indirecte. Quoi de mieux que les chiffres pour démontrer de manière objective que des personnes appartenant à une catégorie sont davantage défavorisées que les autres par une mesure en apparence neutre. Dans le cadre des réclamations collectives, elles ont aussi dévoilé leur intérêt en faisant présumer l'existence d'une discrimination à l'encontre d'un groupe déterminé⁵. Il se montre toutefois précautionneux concernant la collecte de données personnelles à l'origine de l'établissement de statistiques en demandant aux États de s'assurer du respect de la vie privée des personnes dont les données sont recueillies⁶.

La comparaison étant la condition sans laquelle une discrimination ne peut pas être déterminée, les termes de la comparaison sont étroitement contrôlés par le Comité européen. C'est la raison pour laquelle, il a jugé que la France ne se dotait pas des outils nécessaires pour débusquer les discriminations salariales entre les sexes en restreignant les comparaisons de rémunération aux seuls salariés d'une même entreprise ou d'un même établissement⁷. De ce fait, le principe d'une rémunération égale pour un travail de valeur égale ne pouvait être invoqué par des personnes couvertes par une même convention collective mais travaillant pour des entreprises différentes⁸.

¹ §53.

² CEDS, décision sur le bien-fondé, Action européenne des handicapés c/ France.

³ CEI, conclusions XIII-2, Royaume-Uni, art. 13§4, p. 152.

⁴ CEI, conclusions XIII-4, Chypre, p. 473.

⁵ CEDS, décision sur le bien-fondé, MDAC c/ Bulgarie, précit., §52.

⁶ CEDS, conclusions XVI-2, Grèce, art. 15§2, p. 208.

⁷ CEDS, conclusions 2012, France non-conformité à l'article 20.

⁸ Comme le souligne le Défenseur des droits dans son rapport d'activité pour 2015, en France, les écarts de salaires restent conséquents : « l'écart de salaire moyen entre les femmes et les hommes s'établit à 12% dans la fonction publique contre 19% dans le secteur privé », *Rapport annuel d'activité 2015*, URL : [<http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapport-annuel-dactivite-2015>]

Plus largement, au-delà de l'évaluation des effets d'une mesure *a priori* neutre, le Comité a besoin de chiffres afin d'assurer un réel suivi de la situation des États. Il regrette donc fréquemment le manque ou l'imperfection de statistiques fournies par les États nécessaires à une évaluation rationnelle des progrès réalisés au fil du temps¹.

A l'issue de cette analyse du système de la Charte sociale européenne, deux enseignements nous semblent devoir être tirés. En tout premier lieu la vision hiérarchisée des discriminations qui y est développée est frappante, en contraste avec ce que la clause transversale de non-discrimination, telle qu'interprétée par le Comité, laissait augurer. En effet, l'acceptation très large des motifs jugés illégitimes dans la jouissance des droits sociaux ne peut masquer que le champ de l'emploi est privilégié – ce qui résulte, il est vrai, sans doute plus de la conception européenne des droits sociaux dont les droits du travailleur constituent une composante essentielle que d'une approche spécifique des discriminations – et que certains motifs concentrent l'attention des rédacteurs comme celle des interprètes des textes. C'est, nous l'avons vu, sur les femmes et les personnes handicapées que convergent les prescriptions les plus exigeantes de protection contre les discriminations, notamment d'actions positives². En second lieu, il nous semble que le modèle de lutte contre les discriminations développé dans ce cadre participe de la réconciliation entre l'approche française de l'égalité et la lutte contre les discriminations souvent perçues comme difficilement conciliables, voire antinomiques³. Par son analyse des droits en termes de vulnérabilité des personnes et son raisonnement *in concreto*, le Comité européen des droits sociaux inscrit la protection des droits sociaux et la lutte des discriminations dans une réalité sociale, historique, économique, culturelle, qui n'est pas étrangère à la conception française. Au-delà de la seule égalité de droit que l'on dit héritée de la Révolution et qui serait inscrite dans ses gènes républicains, c'est assurément l'égalité réelle que recherche la France en retenant le modèle de l'État-providence⁴. Le langage est certes

¹ CEDS, décision sur le bien-fondé, Autisme c/ France, précit., §54.

² Ce traitement privilégié au sein de la lutte contre les discriminations du système de la Charte sociale européenne ne peut manquer d'étonner si on retient la vision selon laquelle «*il semble évident que les diverses situations ne peuvent être traitées d'une manière analogue. En effet l'âge et le handicap n'affectent pas une population déterminée (comme la race ou l'orientation sexuelle) mais n'importe quel individu à un moment ou à un autre de sa vie.* » (D. Borillo, « La politique antidiscriminatoire de l'Union européenne », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, Recherches, 2003, p. 150). À suivre l'auteur, le sexe et le handicap ne relèvent pas par nature de la même logique de protection. Il ressort pourtant de notre examen que les catégories des femmes et des personnes handicapées sont dans ce cadre européen particulièrement protégées.

³ Voir V. Champeil-Desplats, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », in T. Dumortier, T. Gründler et J.-M. Thouvenin (dir.), « Les freins à la lutte contre les discriminations », *Revue des droits de l'homme*, 2016, 9, URL : [https://revdh.revues.org/2049].

⁴ « *Dans la mesure où elle vise à assurer une égalité sociale réelle, en assurant à tous les mêmes droits, la lutte contre les discriminations est conforme à la logique de l'État-providence : elle aussi cherche à faire entrer l'égalité dans les faits en allant au-delà d'une simple proclamation ; elle aussi fait de l'État l'agent actif de réalisation de cette exigence.* » (J. Chevallier, « Lutte contre les discriminations et État-providence », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, op. cit., p. 45).

différent, le raisonnement parfois exotique, les outils quelquefois impensés, mais, au-delà du sentiment d'étrangeté, les finalités de l'Europe sociale et de la France se rejoignent autour de l'égalité sociale réelle, à laquelle participe indéniablement la lutte contre les discriminations.

III. Les discriminations dans les textes nationaux

La lutte contre les discriminations dans le discours législatif.

Étude légistique.

Céline Fercot & Marc Pichard

*Maîtresse de conférences en droit public et Professeur de droit privé,
Université Paris Ouest Nanterre La Défense*

Comment le droit textuel français s'est-il saisi de la question de la lutte contre les discriminations dont sont victimes les individus¹ ?

Deux textes codifiés constituent le socle de l'intervention législative en la matière : l'article 225-1 du Code pénal, qui succède aux articles 187-1 et 416 de l'ancien Code pénal, et l'article L.122-45 devenu l'article L.1132-1 du Code du travail.

Les articles 187-1 et 416 de l'ancien Code pénal sont issus de la loi du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme. Le texte incriminait en particulier le comportement de « *tout dépositaire de l'autorité publique ou citoyen chargé d'un ministère de service public qui [...] aura refusé sciemment le bénéfice d'un droit auquel [une personne] pouvait prétendre* » et le refus de fournir un bien ou un service « *à raison de l'origine ou de l'appartenance ou de la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée de celui qui le requiert* ». À l'époque, les textes du Code pénal ne se référaient donc pas explicitement au concept de discrimination. La référence formelle à la « *discrimination* », dans le seul article 416, est à dater de la réécriture du texte par la loi n°87-588 du 30 juillet 1987². En revanche,

¹ Par opposition à la lutte contre les discriminations entre les opérateurs économiques en vue de la protection du marché.

² « *Seront punis d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 2.000 F à 20.000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement : 1° Toute personne fournissant ou offrant de fournir un bien ou un service qui, sauf motif légitime hormis en matière de discrimination raciale, l'aura refusé soit par elle-même, soit par son préposé, à raison de l'origine de celui qui le requiert, de son sexe, de ses mœurs, de sa situation de famille ou de son appartenance ou de sa non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, ou aura soumis son offre à une condition fondée sur l'origine, le sexe, les mœurs, la situation de famille, l'appartenance ou la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée [...]* ».

avec l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, en 1994, la notion de discrimination est sensiblement mieux mise en avant. Le nouveau Code contient en effet une Section 1, intitulée « *Des discriminations* », incluse dans le Chapitre 5 « *Des atteintes à la dignité de la personne* » du Titre II du Livre II. En son dernier état, l'article 225-1 du Code pénal dispose, en son alinéa 1^{er} : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ».

Le second texte emblématique de la lutte contre les discriminations est l'article L.1132-1 du Code du travail. Celui-ci dispose :

« *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, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article [L.3221-3](#), de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité 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, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap* ».

À ces articles phares de la lutte contre les discriminations viennent s'ajouter les textes de lois qui ont pour objet – lequel est d'ailleurs inscrit dans leur intitulé – de lutter contre les discriminations. Cinq lois (seulement) doivent être mentionnées : la loi n°90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), 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 et, enfin, la loi n°2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à

l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique. Doit par ailleurs être ajoutée à la liste la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits – en ce que l'institution nouvelle a absorbé l'ancienne HALDE et en ce que la lutte contre les discriminations est au cœur de ses missions. Si ces textes revêtent une portée spécifique, c'est en raison de la grande généralité de leur champ d'application. La définition de la discrimination donnée par le Code pénal sert à la pénalisation de comportements très divers. L'article 225-2 du Code pénal dispose en effet :

« La discrimination définie aux [articles 225-1 et 225-1-1](#), commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ; 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à [l'article 225-1-1](#) ; 5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ; 6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article [L. 412-8](#) du Code de la sécurité sociale. [...] ».

Quant au Code du travail, il vise les discriminations fondées sur un nombre considérable de motifs, et à toutes les étapes de la relation de travail.

Pour leur part, les lois mentionnant la « protection » – s'agissant de la seule loi de 1990 – ou la « lutte » contre les discriminations dans leurs intitulés ont également, en général, une portée très vaste. Ainsi, la loi du 12 juillet 1990, pour ajouter parmi les motifs de discrimination prohibée l'état de santé et le handicap, modifie ou crée quatre textes du Code pénal, un texte du Code de procédure pénale, un texte du Code du travail et un texte de la loi du 13 juillet 1983 portant statut général des fonctionnaires (dite « loi Le Pors »). La loi du 16 novembre 2001 remanie profondément l'article L.122-45 du Code du travail, crée les articles L.122-45-1, L.122-45-2, L.122-45-3 et L.513-3-1 du même Code, deux textes du Code de l'action sociale et des familles ainsi qu'un texte non codifié instaurant un « service d'accueil téléphonique gratuit [...] concour[an]t à la mission de prévention et de lutte contre les discriminations raciales »¹ ; il complète ou modifie par ailleurs six articles du Code du travail, deux articles du Code pénal, un article du Code de la sécurité sociale et, enfin, l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 pour améliorer les dispositifs de lutte contre les discriminations. La loi du 30 décembre

¹ Art. 9.

2004 instaure la HALDE et prévoit ses modalités de saisine et de fonctionnement ; elle réforme également en plusieurs points la loi du 19 juillet 1881 sur la liberté de la presse afin de renforcer la lutte contre les propos discriminatoires à caractère sexiste ou homophobe et modifie également l'article non codifié de la loi du 16 novembre 2001. La loi organique du 29 mars 2011 instaure quant à elle le Défenseur des droits, successeur de la HALDE et, en particulier, définit les missions de l'institution nouvelle. Ses articles 4 et 5 disposent respectivement :

« Le Défenseur des droits est chargé : [...] 3° de lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité » ; « le Défenseur des droits peut être saisi : [...] 3° par toute personne qui s'estime victime d'une discrimination, directe ou indirecte, prohibée par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, ou par toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits se proposant par ses statuts de combattre les discriminations ou d'assister les victimes de discriminations, conjointement avec la personne s'estimant victime de discrimination ou avec son accord ».

Quant à la loi du 27 mai 2008, ses cinq premiers articles, non codifiés, posent des définitions des discriminations directes et indirectes, prohibent les discriminations en fonction de certains critères dans différents contextes¹ et fixent le régime des actions en justice tendant à la sanction de pratiques discriminatoires, en particulier en instaurant des règles probatoires originales, tandis que les articles suivants modifient de nombreuses dispositions du Code du travail, réforment l'article 225-3 du Code pénal et créent un article L.112-1-1 du Code de la mutualité ainsi qu'un article L.931-3-2 du Code de la sécurité sociale. Comme, au demeurant, son intitulé le suggère, la loi du 12 mars 2012 a, en revanche, une portée beaucoup plus modeste : seul le Chapitre I^{er} intitulé « *Dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes et à la lutte contre les discriminations* » de son Titre III est relatif aux discriminations : il modifie à cette fin plusieurs articles de la loi du 13 juillet 1983 et instaure des règles de représentation équilibrée des hommes et des femmes au sein de différentes instances².

¹ A l'heure où nous écrivons, nous soulignons que le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle envisage de modifier un certain nombre de dispositions de la loi du 27 mai 2008. Voir *infra*.

² Nous avons toutefois exclu de notre étude les dispositions qui, tout en ayant trait aux discriminations – en l'occurrence positive –, d'une part, ne se rattachent pas à la « lutte » contre ces dernières et, d'autre part, n'apparaissent pas à l'issue de nos recherches effectuées via un certain nombre de mots-clés (voir *infra*). Nous faisons ici référence, par exemple, à l'art. 6 sexies de la loi de 1983, en vertu duquel « *afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, les employeurs [...] prennent, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs (en situation de handicap) d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer et d'y progresser* ». En ce sens également, voir les propositions de modification issues de l'examen du projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, destinées à réformer et à compléter l'art. 2 de la loi du 27 mai 2008 (et où il est question de « *mesures prises en faveur* » non seulement « des

De fait, parmi ces textes, l'article 225-1 du Code pénal se voit reconnaître un statut original, tant sont nombreux les textes qui y renvoient. Le site Legifrance indique en ce sens que l'article 225-1 du Code pénal est cité par un certain nombre de textes, dont l'article 1^{er} de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989¹, l'article R.434-11 du Code de la sécurité intérieure², l'article 3 du Code de déontologie des agents immobiliers, des administrateurs de biens, des syndics de copropriété et des marchands de listes annexé au décret n° 2015-1090 du 28 août 2015³, les articles L.1110-3⁴, L.1110-3-1⁵ et L.1541-2⁶ du Code de la santé publique, l'article L.1142-6 du Code du travail⁷ ainsi que, au sein même du Code pénal, les articles 225-2⁸ et 432-7⁹. On est

personnes handicapées » mais également « *des personnes résidant dans certaines zones géographiques* » ; des mesures visant dans tous les cas « *à favoriser l'égalité de traitement* »).

¹ L'art. 1^{er} de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 dispose « *[qu'] aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement pour un motif discriminatoire défini à l'article 225-1 du Code pénal* ». Voir *infra*.

² « *Le policier et le gendarme [...] accordent la même attention et le même respect à toute personne et n'établissent aucune distinction dans leurs actes et leurs propos de nature à constituer l'une des discriminations énoncées à l'art. 225-1 du Code pénal* ». Cette disposition est issue du Code de déontologie de la police nationale et de la gendarmerie nationale, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014. Voir *infra*.

³ « *Dans l'exercice de leurs activités, les personnes mentionnées à l'article 1^{er} agissent dans le strict respect des lois et textes réglementaires en vigueur ainsi que des dispositions du présent code. En particulier, elles s'obligent : 1° A ne commettre aucune des discriminations mentionnées à l'article 225-1 du Code pénal, tant à l'égard des personnes physiques que des personnes morales ; [...]* ».

⁴ « *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 [...]* ».

⁵ « *A Mayotte, 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. [...]* ».

⁶ « *[...] Pour son application en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, l'article L.1110-3 est ainsi rédigé : "Art. L.1110-3.-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. [...]"* » ;

⁷ « *Dans les lieux de travail ainsi que dans les locaux ou à la porte des locaux où se fait l'embauche, les personnes mentionnées à l'article L.1132-1 sont informées par tout moyen du texte des articles 225-1 à 225-4 du Code pénal* ». Voir également dans le même sens l'art. L.042-6 du Code du travail applicable à Mayotte.

⁸ « *La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ; 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ; 5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ; 6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L.412-8 du Code de la sécurité sociale. [...]* ».

⁹ « *La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ; 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque* ».

donc particulièrement fondé à y voir un texte de référence – y compris au sens strict, c'est-à-dire un texte auquel les autres textes se réfèrent – en matière de lutte contre les discriminations.

Mais ces différents textes emblématiques, au premier rang desquels l'article 225-1 du Code pénal, ne doivent pas occulter la multitude des occurrences du registre lexical des discriminations dans les différents énoncés législatifs et réglementaires et en particulier dans les différents codes du droit français. Or ces références formelles au registre des discriminations établissent que les pouvoirs publics ne jugent pas que les textes fondateurs de la lutte contre les discriminations suffisent à œuvrer à leur éradication. Partant, cerner la vision de la lutte contre les discriminations que charrient les énoncés du droit français exige de partir à la recherche des références au registre lexical des discriminations au sein d'un *corpus* d'énoncés beaucoup plus vaste. En l'occurrence, soixante-sept codes¹ et huit grandes lois – dont une loi organique – ont été scrutés. En effet, à côté des six textes législatifs mentionnés, deux autres ont également été analysés, eu égard à l'importance de leur domaine : la loi n°83-634 du 13 juillet portant droits et obligations des fonctionnaires, dite « loi Le Pors », ainsi que la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

Un tel exercice de légistique formelle ne permet certes pas de mesurer l'effectivité de la lutte contre les discriminations, si l'on entend, très classiquement, l'effectivité comme le caractère d'une règle de droit qui tout à la fois « est appliquée réellement » et « produit l'effet voulu »². Néanmoins, en embrassant un *corpus* de textes assez vaste, l'étude doit permettre de mieux identifier les finalités que se donne la loi – identification nécessaire à la mesure de l'effectivité d'une norme juridique qui doit s'apprécier par rapport à sa ou ses finalités³. Surtout, cette étude permet de révéler les stratégies mises en œuvre par les pouvoirs publics, les angles d'attaque privilégiés, en matière de lutte contre les discriminations.

Le (vaste) *corpus* délimité peut alors être scruté en adoptant deux focales différentes : **un grand angle** pour saisir la manière générale d'appréhender – ou de ne pas appréhender – les discriminations dans les énoncés (Section 1) ; **un zoom** pour cerner plus précisément la manière de mobiliser les motifs de discrimination au sein de ces énoncés (Section 2).

Section 1. Grand angle : les énoncés relatifs aux discriminations

¹ La liste est composée de l'ensemble des Codes en vigueur en France au 1^{er} mai 2016 (soit 71 codes), à l'exception du Code pénal, du Code de procédure pénale, du Code du travail et du Code du travail applicable à Mayotte.

² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, v° « Effectivité ».

³ L'effectivité d'une règle de droit réside en effet dans « la production, par la norme juridique, d'effets compatibles avec les finalités que celle-ci poursuit, qu'il s'agisse d'effets concrets ou symboliques, d'effets juridiques ou extra-juridiques, d'effets prévus ou non, désirés ou non, immédiats ou différés » (Y. Leroy, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011/3, n° 79, p. 715).

Les deux articles – l'article 225-1 du Code pénal et l'article L.1132-1 du Code du travail – et les six lois emblématiques de la lutte contre les discriminations¹ sont très loin de rendre compte de la place de la lutte contre les discriminations au sein des énoncés du droit français : révéler les stratégies législatives à l'œuvre en la matière impose d'embrasser un plus vaste *corpus* de textes. Une analyse des discours législatifs permet, dans un premier temps, d'établir **une topographie des énoncés relatifs aux discriminations** (§1). Mais l'identification des lieux d'expression du lexique de la lutte contre les discriminations ne suffit pas à cerner la ou les stratégies législatives adoptées pour atteindre cet objectif. Les énoncés en cause portent des normes aux statuts particulièrement divers ; partant, il convient de proposer **une typologie des normes relatives aux discriminations** (§2).

§1. Une topographie des énoncés relatifs aux discriminations

En vue d'analyser les discours du législateur, il s'agit de cartographier les références au lexique des discriminations dans un grand nombre de textes de droit interne², en les passant au crible d'un certain nombre de mots-clés.

Dans cette optique, le premier réflexe est d'opérer, de manière assez évidente, une recherche en utilisant comme mots-clés le substantif « *discrimination* » et l'adjectif « *discriminatoire* »³. Ces **références explicites** au champ sémantique des discriminations s'avèrent assez nombreuses. Néanmoins, toutes ne méritent pas que l'on s'y arrête dans le cadre d'une étude relative aux discriminations à l'encontre des personnes. On songe aux – très nombreuses – mentions des discriminations entre les opérateurs économiques aux fins de protection du marché présentes dans le Code des transports⁴, dans le Code monétaire et financier⁵, dans le

¹ Voir *supra*.

² Voir *supra*, en introduction.

³ Une recherche au sein de tous les codes par le biais du mot-clé « discriminer » ne mène à aucun résultat.

⁴ L'art. L.2111-9 al. 7 dispose par exemple que « *SNCF Réseau est le gestionnaire du réseau ferré national. Sa gestion vise à une utilisation optimale du réseau ferré national, dans des objectifs de sécurité, de qualité de service et de maîtrise des coûts et dans des conditions assurant l'indépendance des fonctions mentionnées au 1^o, garantissant une concurrence libre et loyale et l'absence de toute discrimination entre les entreprises ferroviaires* » (voir aussi, dans le même Code, les art. L.2122-4-1, L.2122-9 et L.2131-4).

⁵ L'art. L.330-4 I al. 1 dispose : « *I.- Les règles régissant l'accès des prestataires de services de paiement aux systèmes de paiement mentionnés à l'article L.330-3 doivent être objectives, non discriminatoires et proportionnées* » (dans le même sens, voir art. L.330-1 ou art. L.421-21, I, al. 3, ou art. L.421-22, I, al. 3 du même Code).

Code général des collectivités territoriales¹, mais également dans des codes plus spécifiques comme le Code de l'aviation civile², le Code des postes et des communications électroniques³ ou le Code de l'énergie⁴. En particulier, il est question, dans un grand nombre de textes, d'un « *principe de non-discrimination* », par exemple dans le Code des postes et des communications électroniques⁵, le Code du sport⁶, le Code des transports⁷, le Code de l'énergie⁸ ou encore le Code de la sécurité sociale⁹. Comme l'exige le droit de l'Union européenne s'agissant du fonctionnement du marché, non-discrimination, objectivité et transparence sont alors systématiquement entendus comme des corollaires indissociables.

Outre que toutes les références au lexique des discriminations ne méritent pas l'attention, il est évident, inversement, que tenter une cartographie des énoncés relatifs aux discriminations en se limitant à ces seuls mots-clés serait excessivement réducteur. Il convient d'identifier des équivalents sémantiques qui devraient permettre de produire une topographie plus riche. Le premier d'entre eux est le renvoi par le texte à la norme de référence que constitue l'article de définition des discriminations du Code pénal¹⁰ : le mot-clé retenu est alors « 225-1 Code pénal ». Mais d'autres équivalents sémantiques doivent être sollicités. Le *corpus* retenu doit encore être sondé en recourant à d'autres expressions *a priori* équivalentes, construites à partir des substantifs « *distinction* », « *différence* » et « *considération* »¹¹, les mots-clés étant

¹ Voir l'art. D.1414-2 du CGCT. Voir également l'art. L.213-4-1 du Code de la route, en vertu duquel « *la répartition des places d'examen au permis de conduire attribuées aux établissements d'enseignement de la conduite et de la sécurité routière est assurée dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, ne portant pas atteinte à la concurrence entre ces établissements.* [...] ».

² Quatre dispositions au total. Ainsi, l'art. D. 216-6 dispose que « *la rémunération perçue par le gestionnaire de l'aérodrome pour l'accès aux installations dans le cadre des services d'assistance en escale doit être déterminée en fonction de critères pertinents, objectifs, transparents et non discriminatoires* ».

³ Trente-et-une dispositions, dont aucune n'est toutefois pertinente au regard de l'objet de l'étude.

⁴ Quarante-deux occurrences, dont onze de « *discrimination* » et trente-et-une de « *discriminatoire* », mais uniquement dans le champ économique.

⁵ Voir art. R.20-30-11, art. L.32-1, art. L.38, art. D.307, art. D.312.

⁶ Voir art. R.333-2.

⁷ Voir art. L.2122-4-4.

⁸ Voir art. R.335-1, R.314-40, D.446-21, L.311-13, L.311-13-2.

⁹ Son art. L.863-6, relatif aux assurances complémentaires de santé, évoque « *le respect des principes de transparence, d'objectivité et de non-discrimination* ». Exactement dans le même sens, voir également l'art. R.863-8.

¹⁰ Voir *supra*.

¹¹ Le *Dictionnaire de l'Académie française* définit en effet le terme « *discrimination* » comme « *l'action de distinguer, de séparer deux ou plusieurs éléments d'après les caractères distinctifs* », ou encore comme « *l'action de distinguer une personne, une catégorie de personnes ou un groupe humain en vue d'un traitement différent d'après des critères variables* ». Quant au terme « *distinction* », il est issu, selon la même source, du latin *distinctiō*, qui désigne « *l'état de ce qui est distingué, différencié* » ; il est parallèlement emprunté du latin *distinctio*, qui renvoie à « *l'action de distinguer, [à la] différence, [la] séparation, [l']honneur* ». Parmi de multiples acceptions, ce terme désigne notamment, dans les relations avec autrui, « *l'action de marquer une différence entre des personnes [et le] traitement inégal qui en résulte* ». Quant au terme « *différence* », il est emprunté du latin *differentia*, qui signifie « *différence, différence spécifique, caractère distinctif* », et il désigne « *ce qui fait qu'une ou plusieurs choses, un ou plusieurs êtres ne sont ni semblables, ni égaux ; ce qui permet de les distinguer* ». Le terme « *discrimination* » renvoie donc à celui de « *distinction* », lequel renvoie à celui de « *différence* », ce dernier faisant à son tour référence aux distinctions. Ces trois termes semblent quoi qu'il en soit *a priori* appartenir au même champ lexical. Quant au terme « *considération* », certes plus rare, il présente néanmoins un certain intérêt. Emprunté du latin *consideratio*, « *examen attentif par les yeux et*

alors : « *sans distinction* », « *aucune distinction* », « *sans différence* », « *aucune différence* » et « *sans considération* »¹.

Malgré la multiplication des mots-clés demeure un certain nombre de cas dans lesquels la recherche ne débouche sur aucun résultat, révélant ainsi un certain nombre d'**absences**².

Les résultats de l'investigation doivent donc être présentés en distinguant les absences (A), les références par équivalences (B) et les références explicites (C) au lexique des discriminations.

A. Les absences

Certains textes du *corpus* ne se réfèrent à aucun des mots-clés. Le Code de la consommation comprend certes deux références aux discriminations mais très récentes et sans grande pertinence dès lors qu'il s'agit uniquement de rappeler les intitulés de conventions qui devront, pour la compréhension d'un texte, être comprises comme des « *conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux* »³. On ne trouve aucune mention des discriminations, différences ou distinctions (entre les personnes) dans le Code de l'artisanat, ou dans le Code de la construction et de l'habitation, pour ne citer qu'eux⁴. Nombreux sont par

l'esprit », puis « *égard, estime* », il peut être défini non seulement comme le fait de considérer avec une attention particulière, mais également comme la raison, le motif, la réflexion qui, après examen, porte à agir de telle ou telle manière.

¹ Une recherche à partir de l'expression « *sans distinction* » débouche sur 43 résultats, dont 17 résultats pertinents au regard de l'objet de l'étude ; une autre à partir de l'expression « *aucune distinction* » donne 7 résultats, dont 5 pertinents ; une autre à partir de l'expression « *sans différence* » aboutit à 9 résultats, dont aucun n'est toutefois pertinent ; une recherche via « *aucune différence* » donne 12 résultats dont seulement 2 pertinents ; une autre, enfin, via l'expression « *sans considération* » aboutit à 16 résultats, dont 6 seulement présentent une certaine pertinence.

² Certes, la méthodologie adoptée est perfectible. Les mots-clés retenus ne permettent pas, en effet, d'identifier toutes les hypothèses. On peut ainsi relever que l'article L.1225-1 du Code du travail n'utilise aucune des 8 expressions utilisées comme mots-clés, qui dispose : « *L'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, pour rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai ou, sous réserve d'une affectation temporaire réalisée dans le cadre des dispositions des [articles L.1225-7, L.1225-9 et L.1225-12](#), pour prononcer une mutation d'emploi. Il lui est en conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée* ». Néanmoins, parmi les différents codes en vigueur, l'expression « *ne doit pas prendre en considération* » n'est utilisée que par ce texte et son équivalent du Code du travail applicable à Mayotte, à l'article L.122-45.

³ L'art. D. 117-1, créé par le décret n°2015-295 du 16 mars 2015 (art. 1^{er}), dispose : « *Au sens et pour l'application de l'article [L.117-1](#), constituent des conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux : [...] 3° La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ouverte à la signature à New York le 1^{er} mars 1980 ; [...] 11° La convention n°111 de l'Organisation internationale du travail concernant la discrimination (emploi et profession), adoptée par la Conférence internationale du travail dans sa 42^{ème} session tenue à Genève le 25 juin 1958* ».

⁴ Pour être tout à fait exhaustifs, sur les soixante-sept codes analysés, vingt-six ne comportent aucun des mots-clés mentionnés. Sont ici visés : le Code de l'artisanat, le Code de la construction et de l'habitation, le Code de déontologie des architectes, le Code disciplinaire et pénal de la marine marchande, le Code du domaine de l'Etat, le Code du domaine de l'Etat et des collectivités publiques applicable à la collectivité territoriale de Mayotte, le Code du domaine public fluvial de la navigation intérieure, le Code des douanes, le Code des douanes de Mayotte, le Code électoral, le Code de

ailleurs les codes dans lesquels on retrouve très peu d'occurrences relatives aux discriminations : le CESEDA ne comporte ainsi que trois dispositions pertinentes au regard de l'objet de l'étude¹.

Comment expliquer ces absences, parfois déroutantes lorsque l'on songe, par exemple, que le Code de la consommation est le code des contrats du quotidien et entend adopter une démarche très pragmatique, ou que le CESEDA vise des personnes dont on sait qu'elles sont particulièrement exposées aux discriminations ? La première explication plausible réside dans le sentiment des producteurs de normes de l'inutilité de certaines références aux discriminations. Ainsi peut-on supposer que l'article 225-2 du Code pénal est perçu comme rendant sans objet une référence aux discriminations dans le Code de la consommation, dès lors que le texte dispose que « *la discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service [...] ; 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à [l'article 225-1-1](#)* ».

Il n'en demeure pas moins qu'il peut sembler étonnant en termes de stratégie de communication de ne pas même renvoyer à ces dispositions fondamentales du droit pénal : le lecteur du seul Code de la communication semble voué à ne pas savoir que les discriminations à l'égard des consommateurs sont prohibées... La deuxième explication résiderait dans la conviction du producteur de normes qu'un domaine particulier n'expose pas spécialement à des pratiques discriminatoires. Ainsi peut-être s'expliquer l'absence de tous les mots-clés dans le Code de l'artisanat ou dans le Code de la construction et de l'habitation. La troisième explication est tout autre : lorsqu'un corps de règles est entièrement construit sur la prise en considération d'une caractéristique particulière de l'individu, en l'occurrence sa nationalité dans le CESEDA, par exemple, on peut comprendre qu'il ne fasse pas particulièrement référence au lexique de la lutte

l'expropriation pour cause d'utilité publique, le Code des instruments monétaires et des médailles, le Code des juridictions financières, le Code de la famille et de l'aide sociale, le Livre des procédures fiscales, le Code minier, le Code de l'organisation judiciaire, le Code du patrimoine, le Code des pensions de retraite des marins français du commerce, de pêche ou de plaisance, le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre, le Code des ports maritimes, le Code des procédures civiles d'exécution, le Code de la propriété intellectuelle, le Code de la recherche, le Code du service national et, enfin, le Code du travail maritime. Par ailleurs, certains codes ne contiennent que très peu d'occurrences pertinentes dans le cadre de notre étude. Ainsi, le Code des assurances ne comporte que deux dispositions présentant pour nous un intérêt particulier, le Code civil uniquement trois dispositions (sur cinq au total), le Code du commerce trois (sur treize au total), le Code monétaire et financier une seule (sur huit au total), tout comme le Code des transports ne recèle que trois occurrences pertinentes (sur trente-cinq au total). Enfin, un certain nombre de codes ne contient que des dispositions non pertinentes, essentiellement parce qu'il s'agit de discriminations entre opérateurs économiques (voir *supra*).

¹ L'art. L521-3 du CESEDA indique que « *ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'expulsion qu'en cas de comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'Etat, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes* » [suit une liste de personnes].

contre les discriminations. Mais, inversement, il pourrait sembler utile d'indiquer que seul ce critère – la nationalité – peut être légitimement pris en compte pour l'application des normes en cause, et pas le sexe ou l'orientation sexuelle par exemple. À l'évidence, le législateur français n'en a pas été convaincu.

B. Les références par équivalences

Nombre d'énoncés ne font pas directement référence aux « discriminations » mais utilisent des expressions que l'on peut, en première analyse, considérées comme équivalentes.

Il s'agit, d'une part, d'**équivalences par renvoi**, en l'occurrence à l'art. 225-1 du Code pénal : ainsi en est-il dans le Code du travail (art. L.1142-6¹), dans le Code de la santé publique (art. L.1110-3, L.1110-3-1, L.1541-2), dans le Code de la sécurité intérieure (art. R.434-11²) ou encore dans la loi de 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs (art. 1^{er}). Les renvois présentent, en particulier, l'avantage d'œuvrer en faveur d'une conception unifiée et cohérente des discriminations au sein de l'ordre juridique français³.

Il s'agit, d'autre part, d'**équivalences lexicales**. Souvent n'apparaît pas le terme « *discrimination* », mais les termes « *différence* » ou « *distinction* », sans que l'on puisse *a priori* déceler une volonté d'exprimer une nuance dans la signification. La formule « *aucune différence* » est ainsi employée dans le Code de la sécurité sociale, dont l'article L.931-3-2 prévoit qu'« *aucune différence en matière de cotisations et de prestations ne peut être fondée sur le sexe* »⁴. Le substantif « *distinction* » est d'emploi plus courant. On retrouve ainsi dans un certain nombre de cas la formulation « *sans distinction* », comme dans l'article L.2213-7 CGCT, en vertu duquel toute personne décédée doit être ensevelie et inhumée décemment « *sans distinction de culte ni de croyance* », ou dans l'article L.132-2 du Code de l'éducation, qui dispose que le service public de l'enseignement supérieur « *veille à favoriser l'inclusion des individus, sans distinction d'origine, de milieu social et de condition de santé* »⁵. On peut également citer l'article 37 du Code civil, en vertu duquel « *les témoins produits aux actes de*

¹ V. également l'art. L. 042-6 du Code du travail applicable à Mayotte.

² « *Le policier et le gendarme [...] accordent la même attention et le même respect à toute personne et n'établissent aucune distinction dans leurs actes et leurs propos de nature à constituer l'une des discriminations énoncées à l'art. 225-1 du Code pénal* » (le Code de déontologie omet en revanche de préciser que c'est l'art. 432-7 du Code pénal qui s'applique – celui-ci visant les discriminations « *commise(s) à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission* »).

³ V. *infra* à propos de la diversité des motifs. En ce sens, v. la contribution de Serge Slama, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *Revue des droits de l'Homme*, 2016, n°9.

⁴ Voir également l'art. L.112-1-1 du Code de la mutualité.

⁵ Voir également l'art. L.442-1 du même Code, qui prévoit, depuis 2000, que dans les établissements privés d'enseignement sous contrat, « *tous les enfants, sans distinction d'origine, d'opinion ou de croyances* », ont accès à l'enseignement.

l'état civil devront être âgés de dix-huit ans au moins, parents ou autres, sans distinction de sexe »¹. L'expression « *aucune distinction* » est également employée, comme dans le Code des communes, qui retient l'expression « *aucune distinction entre les hommes et les femmes* »². Citons également les articles 6 et 6 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant statut général des fonctionnaires, lesquels consacrent tous deux la formulation « *aucune distinction, directe ou indirecte* »³.

Dans d'autres cas de figure, les termes « *distinction* » et « *discrimination* » sont explicitement associés. Ainsi, l'article R.434-11 du Code de la sécurité intérieure, issu du Code de déontologie de la police nationale et de la gendarmerie nationale, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014⁴, dispose que « *le policier et le gendarme accomplissent leurs missions en toute impartialité. Ils accordent la même attention et le même respect à toute personne et n'établissent aucune distinction dans leurs actes et leurs propos de nature à constituer l'une des discriminations énoncées à l'article 225-1 du Code pénal* »⁵. Plus encore, l'article R.631-27 du même Code de la sécurité intérieure⁶, issu quant à lui du Code de déontologie des personnes physiques ou morales exerçant des activités privées de sécurité, adopté en 2012⁷, dispose que « *les salariés [...] agissent avec tact, diplomatie et courtoisie. Dans l'exercice de leurs fonctions, ils s'interdisent envers autrui toute familiarité et toute discrimination, c'est-à-dire toute distinction fondée notamment sur l'origine [...], le sexe, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, les opinions politiques ou syndicales, l'appartenance ou la non-*

¹ On retrouve la même expression dans l'art. 735 du Code civil : « *les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère ou autres ascendants, sans distinction de sexe, ni de primogéniture, même s'ils sont issus d'unions différentes* ».

² Voir l'art. R. 444-11 du Code des communes.

³ Et pourtant, c'est bien le terme « *discrimination* » qui apparaît au cours des débats parlementaires. Ainsi, dans le rapport n°431 (1982-1983) présenté par M. Daniel Hoeffel, au nom de la Commission des lois (déposé le 23 juin 1983), dans le cadre de la seconde lecture, est évoquée « *la citoyenneté du fonctionnaire* », laquelle comporte tout à la fois la liberté d'opinion et « *le principe de non-discrimination* » (art. 5 du rapport). À cette occasion, ce dernier est considéré comme le corollaire de la liberté d'opinion (« *en effet, aucune distinction ne peut être faite entre des fonctionnaires lorsqu'elle est fondée sur les opinions politiques, syndicales, philosophiques, religieuses, sur l'appartenance ethnique ou sur le sexe* »). V. également le rapport n°324 (1982-1983) présenté par M. Daniel Hoeffel, au nom de la Commission des lois, déposé le 18 mai 1983.

⁴ Voir [le décret n°2013-1113 du 4 décembre 2013](#).

⁵ Est toutefois ici appelé à s'appliquer l'art. 432-7 du Code pénal en vertu duquel « *la discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ; 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque* ».

⁶ Voir le [décret n°2012-870](#) du 10 juillet 2012 relatif au Code de déontologie des personnes physiques ou morales exerçant des activités privées de sécurité. Les publics ici concernés sont à la fois les entreprises de sécurité privée, les agences de recherches privées, les entreprises assumant pour leur propre compte des activités privées de sécurité, les opérateurs privés de vidéoprotection définis à l'article L.613-13 du Code de la sécurité intérieure, les dirigeants, les associés ainsi que les salariés de ces entreprises.

⁷ Voir le décret n°2012-870 du 10 juillet 2012 relatif au Code de déontologie des personnes physiques ou morales exerçant des activités privées de sécurité.

appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. [...] » – c'est-à-dire reprend la définition de la discrimination posée à l'article 225-1 du Code pénal¹. Aux termes de ces textes, la discrimination est donc définie comme une distinction en fonction d'un motif prohibé – ce qui semble refléter une approche très consensuelle des discriminations².

C. Les références explicites

Parfois, enfin, les énoncés font directement référence aux termes « *discrimination* » et « *discriminatoires* ».

Concernant, en premier lieu, le terme « *discrimination(s)* », celui-ci apparaît sous des formes diverses.

Ce substantif peut tout d'abord apparaître sans être intégré dans une expression particulière³. Ainsi, l'article L.913-1 du Code de la sécurité sociale prohibe toute « *discrimination fondée sur le sexe* » dans les conventions, accords ou décisions unilatérales relatifs à la protection sociale complémentaire des salariés. On ressent parfois la très forte influence du droit de l'Union européenne, notamment lorsqu'est prohibée « *toute discrimination directe ou indirecte* », comme dans les articles L.111-7 et L.111-8 du Code des assurances. Le premier proscriit en effet « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte du sexe* » comme facteur dans le calcul des primes d'assurance⁴, quand le second prohibe « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte d'un don d'organes, de cellules ou de gamètes* »⁵.

Quant à la formule « *sans discrimination* », elle est employée dans des contextes très divers. Ainsi, l'article L.119-9 du Code de la voirie routière indique, depuis 2010, que « *les péages sont perçus sans discrimination directe ou indirecte en raison de la nationalité du conducteur, de l'immatriculation du véhicule ou du trajet effectué* »⁶. De même, l'article L.110 du Code de l'urbanisme rappelle que « *le territoire français est le patrimoine commun de la nation* » et que « *chaque collectivité publique en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses*

¹ A deux « oublis » près, sur lesquels voir *infra*.

² Sur le sens d'une référence aux discriminations sans indication du moindre motif, voir *infra*.

³ On remarque que, dans certains textes législatifs, comme la loi du 12 juillet 1990, le terme « *discrimination* » n'apparaît qu'une seule fois ... dans l'intitulé du texte. Pour le reste, ladite loi ne comporte qu'une occurrence du terme « *distinction* », en relation avec l'art. 6 de la loi de 1983.

⁴ Cette disposition a été insérée dans ledit Code par la loi n°2007-1774 du 17 décembre 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans les domaines économique et financier.

⁵ Cette disposition a été créée par la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

⁶ Cet article a été créé par la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (art. 60).

compétences ». Il ajoute : « afin d'aménager le cadre de vie, d'assurer sans discrimination aux populations résidentes et futures des conditions d'habitat, d'emploi, de services et de transports répondant à la diversité de ses besoins et de ses ressources [sic], les collectivités publiques harmonisent, dans le respect réciproque de leur autonomie, leurs prévisions et leurs décisions d'utilisation de l'espace »¹.

En revanche, très rares sont les textes dans lesquels sont visées les « victimes de discriminations ». La loi organique du 29 mars 2011 sur le Défenseur des droits les mentionne à quatre reprises, dans ses articles 5 et 27. L'article 1263-1 du Code de procédure civile et l'article R.779-9 du Code de justice administrative font quant à eux tous deux référence aux associations de lutte contre les discriminations². Pour sa part, l'article L.1110-3 du Code de la santé publique évoque, enfin, « la personne qui s'estime victime d'un refus de soin illégitime », après avoir posé qu'« aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins »³.

Mais le terme « discrimination » est parfois intégré dans l'expression « principe de non-discrimination ». Ainsi, l'article L.4122-1 du Code de la santé publique dispose que le Conseil national de l'ordre évalue, en lien avec des associations de patients agréées, « le respect du principe de non-discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins ». Dans le même ordre d'idées, en vertu de l'article L.114-2-1 du Code de l'action sociale et des familles, le Gouvernement organise, tous les trois ans, une Conférence nationale du handicap à l'issue de laquelle est remis un « un rapport sur la mise en œuvre de la politique nationale en faveur des personnes handicapées, portant notamment sur les actions de prévention des déficiences, de mise en accessibilité, d'insertion, de maintien et de prévention du principe de non-discrimination et sur l'évolution de leurs conditions de vie »⁴. Lorsqu'il n'est pas utilisé dans l'intitulé d'une subdivision d'un texte⁵, le « principe » de non-discrimination ne semble alors sollicité que pour exprimer la condamnation générale des discriminations, de manière assez floue, en dehors donc de tout motif particulier⁶.

¹ L'insertion de l'expression « sans discrimination » apparaît en 1991, via l'art. 5 de la loi n°91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville. Dans le même sens, voir les art. L.101-2 et L.121-1 du Code de l'urbanisme.

² En ce sens, voir les discussions en cours en lien avec la modification de la loi de 2008. Il est en effet question d'ajouter un article 11 à cette dernière, lequel mentionnerait les associations « intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap », qui peuvent agir devant une juridiction civile ou administrative « afin d'établir que plusieurs personnes physiques feront l'objet d'une discrimination directe ou indirecte [...] ».

³ Voir également dans le même sens l'art. L.1541-2 à propos de la Nouvelle-Calédonie. Pour le reste, le Code des transports contient trois dispositions mentionnant les victimes, mais « d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de tout autre pratique ayant pour effet de restreindre abusivement l'accès [...] », autrement dit trois dispositions qui se cantonnent au champ économique (art. L.1263-2, 1263-3 et 2133-12).

⁴ On pourrait encore citer ici l'article 2 de l'annexe 4-3 de la Charte des droits et libertés de la personne majeure protégée, annexée au Code de l'action sociale et des familles, qui s'intitule « non-discrimination ».

⁵ En particulier, le fondamental article L.1132-1 du Code du travail est inséré dans un Chapitre II intitulé « Principe de non-discrimination ».

⁶ V. *infra*.

Le terme « *discrimination* » peut également être intégré dans l'expression « *lutte contre les discriminations* ». Celle-ci apparaît dans l'intitulé de quatre grandes lois¹ ; elle figure également dans le corps de certains textes. La « *lutte contre les discriminations* », qui se présente alors comme un objectif de politique publique, est parfois évoquée de manière très générale, sans aucune précision. La loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits mentionne ainsi, à cinq reprises, la nécessité de « *lutter contre* » les discriminations, ou de les « *combattre* ». Mais cette lutte est parfois mobilisée de manière isolée, en lien avec un critère précis. Ainsi, l'article 9 de la loi du 6 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations crée un service d'accueil téléphonique gratuit qui « *concourt à la mission de prévention et de lutte contre les discriminations raciales* »². Néanmoins, bien plus souvent, cette « *lutte* » se retrouve aux côtés d'autres objectifs tels que « *la promotion des diversités* »³, « *la scolarisation des élèves en situation de handicap ainsi que des formations à la prévention et à la résolution non violente des conflits* »⁴, « *la promotion de l'égalité* »⁵, ou plus spécifiquement « *l'égalité professionnelle* »⁶. L'accumulation de tels objectifs laisse ainsi parfois l'impression d'un inventaire à la Prévert : ainsi en est-il de la nouvelle version de la clause générale de compétences des communes, départements et régions, lesquels « *règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence* » et « *concourent avec l'Etat à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique, à la lutte contre les discriminations, à la promotion de*

¹ V. *supra*, introduction.

² C'est d'ailleurs le seul exemple qui mentionne, à côté de la « *lutte* » la « *prévention* » des discriminations.

³ Ainsi, l'article L.225-102-1 du Code du commerce, qui concerne les assemblées d'actionnaires des sociétés anonymes, prévoit la production d'un rapport (visé à l'art. L.225-102), qui rend compte de la rémunération et des avantages versés aux mandataires sociaux ; un rapport qui doit comprendre un certain nombre d'informations « *sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité* » ainsi que « *sur ses engagements sociétaux [...] en faveur du développement durable, de l'économie circulaire, de la lutte contre le gaspillage alimentaire et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités* ». Dans le même sens, et avec une même mention de la « *lutte contre les discriminations* », v. également l'art. R. 225-105-1 du Code du commerce.

⁴ Ainsi, depuis 2013 (v. la loi n°2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République), l'article L.721-2 Code de l'éducation rappelle que les écoles supérieures du professorat et de l'éducation « *préparent les futurs enseignants et personnels d'éducation aux enjeux du socle commun de connaissances, de compétences et de culture et à ceux de la formation tout au long de la vie. Elles organisent des formations de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes, à la lutte contre les discriminations, à la scolarisation des élèves en situation de handicap ainsi que des formations à la prévention et à la résolution non violente des conflits* ».

⁵ Comme dans la loi de 2011 relative au Défenseur des droits, qui fixe à ce dernier une mission bien déterminée. Dans cette loi, sur 23 occurrences du terme « *discrimination* », 15 mentionnent « *la lutte contre les discriminations* », dont 5 se rattachent à la mission principale du Défenseur des droits (les 10 autres occurrences se rattachant à l'intitulé de la HALDE, à laquelle le Défenseur des droits vient se substituer).

⁶ Ainsi, l'art. R. 914-13-24 du Code de l'éducation indique que le Comité consultatif ministériel des maîtres de l'enseignement privé sous contrat est consulté sur les questions et projets de textes concernant les maîtres et documentalistes des établissements d'enseignement privés sous contrat et qui sont relatifs « *à l'égalité professionnelle, à la parité et à la lutte contre toutes les discriminations* ». Dans le même sens, l'art. R. 4312-58 du Code des transports dispose que « *les comités techniques uniques de proximité sont consultés sur les questions et projets relevant de leur ressort et relatifs à [...] 6° l'égalité professionnelle, la parité et la lutte contre toutes les discriminations* ».

l'égalité entre les femmes et les hommes ainsi qu'à la protection de l'environnement, à la lutte contre l'effet de serre par la maîtrise et l'utilisation rationnelle de l'énergie, et à l'amélioration du cadre de vie »¹.

En second lieu, l'adjectif « discriminatoire » est présent dans un certain nombre de textes. L'adjectif sert alors à qualifier des substantifs divers², les textes se référant à un « fait » ou à une « pratique » discriminatoire³, à un « acte » discriminatoire⁴ ou encore à des « propos » discriminatoires⁵. L'accent est alors mis non pas sur la responsabilité de l'auteur de la discrimination ou sur la protection des victimes de discrimination, mais sur une série d'actes ou de comportements qui sont prohibés. Ces occurrences demeurent toutefois rares, l'adjectif « discriminatoire » apparaissant bien plus souvent en lien avec l'interdiction des discriminations entre opérateurs économiques⁶.

Dans tous les cas, s'agissant de considérations strictement topographiques, il faut souligner que les termes recherchés côtoient régulièrement d'autres termes, qu'ils s'inscrivent dans un voisinage lexical probablement porteur de sens. **Cohabitent ainsi régulièrement dans les mêmes lieux les termes « discriminations » et « violences ».** Ainsi, l'article D. 411-2 du Code de l'éducation prévoit que le Conseil d'école, « *dans le cadre de l'élaboration du projet d'école à laquelle il est associé, donne tous avis et présente toutes suggestions sur le fonctionnement de l'école et sur toutes les questions intéressant la vie de l'école, et notamment sur [...] g) La protection et la sécurité des enfants dans le cadre scolaire et périscolaire notamment contre toutes les formes de violence et de discrimination, en particulier de harcèlement* »⁷. Le rapprochement entre violences et discriminations se retrouve également s'agissant des associations ou groupements « *provoquant à la discrimination, à la haine ou à la violence* »,

¹ V. l'art. 1111-2 du CGCT.

² On retrouve par ailleurs les expressions « *refus discriminatoire* », « *comportement discriminatoire* », ou « *motivation discriminatoire* », mais dans le Code pénal ainsi que dans le Code de procédure pénale, autrement dit en dehors de notre corpus.

³ V. l'art. 11 de la loi de 2004 portant création de la HALDE (abrogée en 2011). L'art. 28 de la loi organique de 2011 sur le Défenseur des droits mentionne quant à lui des « *faits constitutifs d'une discrimination* ».

⁴ V. l'art. 9 de la loi de 2001 et l'art. 14 de la loi de 2004 portant création de la HALDE. Dans le même sens, l'art. 3 de la loi du 27 mai 2008 indique qu'« *aucune personne ayant témoigné de bonne foi d'un agissement discriminatoire ou l'ayant relaté ne peut être traitée défavorablement de ce fait* ».

⁵ V. l'intitulé du Titre III de la loi de 2004 portant création de la HALDE (« *Renforcement de la lutte contre les propos discriminatoires à caractère sexiste ou homophobe* »).

⁶ V. *supra*.

⁷ Dans le même sens, v. art. L.423-2 du Code de l'action sociale et des familles, qui indique que sont applicables aux assistants maternels et familiaux employés par des personnes de droit privé les dispositions du Code du travail relatives « *1° aux discriminations et harcèlements [...]* ».

comme dans l'article L.521-3 CESEDA¹, dans l'article L.212-1 du Code de la sécurité intérieure², ou encore dans l'article 332-18 du Code du sport³. **Un second voisinage est assez courant entre « lutte contre discriminations » et promotion de l'égalité – tout particulièrement entre les hommes et les femmes.** Ainsi en est-il dans l'article L.1111-2 du CGCT, à propos du rôle des communes, départements et régions⁴. Mais cette association est parfois enrichie de références à d'autres objectifs, en particulier dans le Code de l'éducation. Ainsi, l'article L.123-2 prévoit que *« le service public de l'enseignement supérieur contribue [...] 3° à la lutte contre les discriminations, à la réduction des inégalités sociales ou culturelles et à la réalisation de l'égalité entre les hommes et les femmes en assurant à toutes celles et à tous ceux qui en ont la volonté et la capacité l'accès aux formes les plus élevées de la culture et de la recherche [...] »*⁵. Dans un sens similaire, l'article L.721-2 du même Code souligne que les écoles supérieures du professorat et de l'éducation *« organisent des formations de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes, à la lutte contre les discriminations, à la scolarisation des élèves en situation de handicap ainsi que des formations à la prévention et à la résolution non violente des conflits »*. **Mais les voisinages peuvent aussi être plus originaux, mais non moins significatifs.** À titre d'exemple, l'article D. 551-2 du Code de l'éducation, introduit en 2009⁶, prévoit, à propos des agréments délivrés aux associations éducatives complémentaires de l'enseignement public, que ceux-ci sont accordés après vérification d'un certain nombre de critères et notamment *« de leur respect des principes de laïcité et d'ouverture à tous sans discrimination »*.

Au-delà de considérations strictement topographiques, on constate avant toute chose que, pour les producteurs d'énoncés, **les termes « discrimination », « distinction », et « différence », voire « considération », semblent quasiment interchangeables** – ce qui ne paraît pas infondé au regard de leur grande proximité sémantique⁷. Néanmoins, il faut constater que le terme

¹ « Ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'expulsion qu'en cas de comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'Etat, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes ».

² « Sont dissous, par décret en conseil des ministres, toutes les associations ou groupements de fait : [...] 6° Ou qui, soit provoquent à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, soit propagent des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination, cette haine ou cette violence ».

³ « Peut être dissous ou suspendu d'activité pendant douze mois au plus par décret [...], toute association ou groupement de fait ayant pour objet le soutien à une association sportive [...], dont des membres ont commis en réunion, en relation ou à l'occasion d'une manifestation sportive, des actes répétés ou un acte d'une particulière gravité et qui sont constitutifs de dégradations de biens, de violence sur des personnes ou d'incitation à la haine ou à la discrimination contre des personnes à raison de leur origine, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur sexe ou de leur appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». V. également l'art. R. 142-13 du même Code, à propos de la Commission éthique et valeurs du Conseil national du sport.

⁴ V. *supra*.

⁵ V. également l'art. L.721-2 du Code de l'éducation (préc.)

⁶ Cette disposition a été créée par le décret n°2009-553 du 15 mai 2009.

⁷ V. *supra*.

discrimination semble depuis une quinzaine d'années supplanter les autres. L'année 2002 apparaît, en l'occurrence, comme une année charnière – la date correspondant à l'adoption de la loi de modernisation sociale, mais également à la transposition de plusieurs directives de l'Union européenne. Le phénomène semble, par ailleurs, s'être amplifié depuis 2008, là encore sous l'influence de l'Union européenne.

Loin d'être cantonné à quelques textes emblématiques, le lexique des discriminations – *lato sensu* – essaime donc, malgré quelques absences qui peuvent interloquer, dans de très nombreux énoncés du droit français. Mais il n'est pas toujours mobilisé aux mêmes fins, ce qui invite, au-delà des énoncés, à tenter de dresser une typologie des normes relatives aux discriminations.

§2. Une typologie des normes relatives aux discriminations

Les dispositions analysées poursuivent des objectifs très différents : d'une part, certaines s'inscrivent dans **des stratégies « sanctionnatrices »** (les discriminations se réduiront si l'on sanctionne les auteurs de comportements discriminatoires) ; d'autre part, certaines, beaucoup plus nombreuses au sein du *corpus*, participent à **des stratégies moins contraignantes**, qui visent avant tout à **sensibiliser** à la question des discriminations (les discriminations se réduiront si l'on en parle).

1. Les stratégies « sanctionnatrices »

Certains discours du législateur – finalement assez rares¹ – adoptent une approche très classique de la normativité juridique – qui passe avant toute chose par une sanction² (même si, à titre secondaire, on peut attendre de telles normes des effets prophylactiques). Trois types de normes peuvent alors être distingués.

Le premier type est la norme portant une sanction pénale. Seules certaines discriminations font l'objet d'une telle sanction, et la sanction prévue n'est du reste pas toujours identique. On en déduit, d'une part, que la voie pénale est perçue comme pertinente pour construire

¹ A titre purement formel, une recherche effectuée dans tous les codes et associant les mots-clés « *discrimination* » et « *sanction* » ne débouche toutefois que sur 4 résultats, dont 2 seulement sont pertinents (il s'agit en l'occurrence de l'art. L.1110-3 du Code de la santé publique et de l'art. L.162-1-14-1 du Code de la sécurité sociale) – si l'on écarte l'art. L.8281-1 du Code du travail. Quant à une recherche associant « *discriminatoire* » à « *sanction* », elle débouche sur 9 résultats, dont seuls 2 (en l'occurrence l'art. L.2313-2 et l'art L.8241-2) correspondent à notre objet d'étude, mais sont exclusivement issus du Code du travail.

² Lors des travaux préparatoires à l'adoption de la loi du 20 avril 2016 sur la déontologie et des droits et obligations des fonctionnaires, Mme Descamps-Crosnie, rapporteure de la Commission des lois, justifie l'insertion de la situation de famille comme motif prohibé dans l'art. 6 de la loi de 1983 par l'argument suivant : « *comme le relève le Défenseur des droits, "cette forme de discrimination, parfois découplée de toute discrimination indirecte (liée au sexe par exemple), échappe alors à toute sanction"* » (amendement n°172, souligné par nous). V. *infra*.

l'effectivité de la lutte contre les discriminations, et, d'autre part, que la différence des peines encourues pourrait dessiner une hiérarchie des valeurs sociales protégées, toutes les discriminations ne se valant donc pas.

Le deuxième type est la norme portant une sanction ciblée, « sur mesure », adaptée à la situation spécifique dans laquelle la discrimination s'inscrit et en particulier à celle de son auteur. La stratégie est avant tout pragmatique. Ainsi, en vertu de l'article L.162-1-14-1 du Code de la sécurité sociale, les professionnels de santé qui « *pratiquent une discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins, définie à l'article L.1110-3 du code de la santé publique* » s'exposent à « *une pénalité financière forfaitaire [...] [et] en cas de récidive [à] un retrait temporaire du droit à dépassement ou [à] une suspension de la participation des caisses au financement des cotisations sociales [...]* »¹. Dans le même ordre d'idées, l'article L.332-18 du Code du sport menace de dissolution ou de suspension d'activité pendant douze mois les associations sportives, notamment, « *dont des membres ont commis en réunion, en relation ou à l'occasion d'une manifestation sportive, des actes répétés ou un acte d'une particulière gravité et qui sont constitutifs de dégradations de biens, de violence sur des personnes ou d'incitation à la haine ou à la discrimination contre des personnes [...]* ». On peut ici citer également les articles 6, 6 bis et 6 ter de la loi de 1983, et tout particulièrement l'article 6, qui, après avoir énuméré un certain nombre de critères prohibés, précise « *(qu')est passible d'une sanction disciplinaire tout agent ayant procédé ou enjoint de procéder aux agissements (précédemment interdits)* »². Ces dispositifs illustrent la volonté de moduler la nature de la sanction à la nature de l'activité afin de gagner, à l'évidence, en efficacité.

Le troisième type est la norme portant adaptation des règles probatoires, que soient en cause la charge de la preuve ou le mode de preuve, dont le modèle est issu du droit du travail. L'objet de la disposition n'est pas alors au premier chef la sanction mais la facilitation de son prononcé. Au titre des règles aménageant la charge de la preuve, inspirées tant du droit social que du droit de l'Union européenne – *a priori* source d'unification et donc de cohérence –, peut être cité l'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989, dans sa rédaction issue de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002³. Cette disposition indique « *(qu') aucune personne ne peut se voir*

¹ V. également, en sens inverse, l'art. L.1110-3 du CSP, qui dispose « *(qu')aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins* », et qui ajoute « *(qu')en cas de carence du conseil territorialement compétent, dans un délai de trois mois, le directeur de l'organisme local d'assurance maladie peut prononcer à l'encontre du professionnel de santé une sanction dans les conditions prévues à l'article L.162-1-14-1 du Code de la sécurité sociale* ».

² V. également l'art. 6 ter de la loi de 1983.

³ La disposition est justifiée, dans le rapport présenté devant l'Assemblée nationale, en termes d'effectivité : « *se pose la question de la charge de la preuve de la discrimination : on sait que la difficulté pour une personne discriminée à fournir la preuve de la discrimination ne permet que rarement l'aboutissement d'actions en justice. Dès lors, en l'absence d'aménagement de la charge de la preuve comparable à celui opéré pour les discriminations en matière d'emploi, on peut s'interroger sur l'effectivité du présent article* » (Rapport AN de MM. Philippe Nauche et Gérard Terrier, au nom de la Commission des affaires culturelles, n°2809).

refuser la location d'un logement pour un motif discriminatoire défini à l'article 225-1 du Code pénal », et ajoute : « (qu') en cas de litige relatif à l'application de l'alinéa précédent, la personne s'étant vu refuser la location d'un logement présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

2. Les stratégies de sensibilisation

La norme vise parfois avant tout à sensibiliser à la lutte contre les discriminations en informant sur les enjeux, en dénonçant certaines pratiques ou en incitant à ne pas en commettre. Ces discours s'adressent tantôt aux auteurs de discriminations, tantôt aux victimes, et d'autres indifféremment aux deux. Ils poursuivent en toute hypothèse des finalités très diverses.

Il peut s'agir de rechercher un relais de l'information. Ainsi, dans des domaines où ont été identifiés certains risques, particulièrement avérés, de discriminations, des Codes de déontologie ont été adoptés, formant ainsi des arsenaux législatifs ambivalents : le Code de déontologie des personnes physiques ou morales exerçant des activités privées de sécurité, entré en vigueur en 2012, d'une part, et le Code de la police nationale et de la gendarmerie nationale, entré en vigueur en 2014, d'autre part. Rédigés en des termes parfois peu juridiques – s'exprime en particulier l'idée selon laquelle l'interdiction de toute discrimination serait une valeur, un devoir qui s'imposerait aux forces de l'ordre¹ –, ces documents cherchent avant tout à informer leurs destinataires des obligations qui pèsent sur eux². Ils font parfois référence à **un arsenal**

¹ V. la rédaction de l'art. R. 631-27 du Code de la sécurité intérieure, intitulé « *Respect du public* » : « *Les salariés se comportent, en toutes circonstances, de manière respectueuse et digne à l'égard du public. Ils agissent avec tact, diplomatie et courtoisie. Dans l'exercice de leurs fonctions, ils s'interdisent envers autrui toute familiarité et toute discrimination, c'est-à-dire toute distinction [...]* ». V. également l'art. R. 434-11 du CSI (inséré dans une sous-section : « *Devoirs du policier et du gendarme* ») : « *Le policier et le gendarme accomplissent leurs missions en toute impartialité. Ils accordent la même attention et le même respect à toute personne et n'établissent aucune distinction dans leurs actes et leurs propos de nature à constituer l'une des discriminations énoncées à l'article 225-1 du code pénal* ». Ce code (motivé, entre autres, par la question – sensible... – des contrôles d'identité) a essentiellement vocation à définir les « devoirs » du policier et du gendarme, devoirs qui se concentrent essentiellement autour du « secret professionnel, du devoir de discrétion, de la probité, du discernement, de l'impartialité, de la dignité et du non cumul d'activité ».

² Le Code de déontologie des sociétés de sécurité privée a été préparé par le Conseil national des activités privées de sécurité (CNAPS) chargé d'une mission de police administrative, d'une mission de conseil et d'assistance à la profession, et d'une mission disciplinaire. Ce document distingue les devoirs communs à tous les acteurs de la sécurité privée, les devoirs des entreprises et de leurs dirigeants et, enfin, les devoirs des salariés. C'est dans cette dernière rubrique que s'insère l'art. 27, qui dispose que les salariés « *dans l'exercice de leurs fonctions, s'interdisent envers autrui toute familiarité et toute discrimination [...]* ».

de sanctions, tout à la fois disciplinaires et pénales¹, mais il s'agit alors de sanctions préexistantes, qu'il ne s'agit donc pas d'instaurer mais de rappeler. Ainsi, l'article R. 434-27 du Code de la sécurité intérieure dispose que « *tout manquement du policier ou du gendarme aux règles et principes définis par le présent code de déontologie l'expose à une sanction disciplinaire en application des règles propres à son statut, indépendamment des sanctions pénales encourues le cas échéant* ».

Il peut s'agir d'imposer certaines actions – ou du moins, faute de sanction, d'inciter à celles-ci. Parfois, des acteurs sociaux sont invités à adopter des mesures – plus ou moins précisément identifiées – pour atteindre un objectif lié à la lutte contre les discriminations. En vertu de l'article L.511-41 du Code monétaire et financier, relatif aux lanceurs d'alerte, diverses catégories d'entreprises du secteur du crédit, de l'investissement ou du financement « *doivent [...] veiller, en adoptant toutes les dispositions nécessaires, à ce qu'aucune personne ne soit écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise et à ce qu'aucun membre de leur personnel ne soit sanctionné, licencié ou ne fasse l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, [...] pour avoir signalé de bonne foi des manquements ou des infractions auprès des responsables et comités compétents de leur entreprise ainsi qu'à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* ». Dans le même sens, l'article 6 ter A de la loi de 1983, qui prévoit une protection similaire contre toute mesure de rétorsion « *à l'égard d'un fonctionnaire pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, aux autorités judiciaires ou administratives de faits constitutifs d'un délit, d'un crime ou susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts (...) dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* »².

Parfois, la norme impose la production de rapports. Ces derniers peuvent être à destination du législateur lui-même, et s'inscrivent alors dans le cadre de sa mission d'organe de contrôle de l'exécutif. En ce sens, l'article L.114-2-1 du Code de l'action sociale et des familles indique que le Gouvernement organise tous les trois ans une Conférence nationale du handicap, le second alinéa de cette disposition précisant qu'« *à l'issue des travaux de [celle-ci], le Gouvernement dépose sur le bureau des assemblées parlementaires [...] un rapport sur la mise en œuvre de la politique nationale en faveur des personnes handicapées, portant notamment sur les actions de prévention des déficiences, de mise en accessibilité, d'insertion, de maintien et de promotion dans l'emploi, sur le respect du principe de non-discrimination et sur l'évolution de leurs conditions de vie. Ce rapport peut donner lieu à un débat à l'Assemblée*

¹ On peut définir la sanction comme « une norme au service d'une autre norme » qui « a précisément pour fonction d'influer positivement sur le degré d'observance de la norme au service de laquelle elle doit agir » (Jean-François Perrin, « Qu'est-ce que l'effectivité d'une norme juridique ? », in *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979, p. 93).

² Cette disposition a été créée par l'art. 35 de la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013, puis modifiée par l'art. 39 de la loi n°2016-483 du 20 avril 2016.

nationale et au Sénat ». Mais il peut aussi s'agir d'imposer à des personnes privées la rédaction de rapports aux fins d'information d'autres personnes privées. Ainsi, l'article L.225-102-1 du Code de commerce indique, dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises, que le rapport transmis aux assemblées générales « *comprend également des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités* ». De fait, en imposant la production de rapports, la norme en cause incite indirectement les sociétés à prendre des engagements en faveur de la lutte contre les discriminations – selon une logique caractéristique des habits nouveaux de la normativité juridique.

Mais, bien plus souvent, le discours du législateur ne fixe que des objectifs pour l'action publique, voire ne laisse transparaître aucune stratégie particulière. L'idée est simplement, dans le cadre de ce qui s'apparente à des pétitions de principe, de « lutter » contre les discriminations : le législateur poursuit alors un objectif irénique, recherchant une forme de paix œcuménique autour d'une « valeur morale » unique et communément partagée¹. De manière tout à fait emblématique, l'article L.123-2 du Code de l'éducation indique que « *le service public de l'enseignement supérieur contribue [...] 3° à la lutte contre les discriminations, à la réduction des inégalités sociales ou culturelles et à la réalisation de l'égalité entre les hommes et les femmes en assurant à toutes celles et à tous ceux qui en ont la volonté et la capacité l'accès aux formes les plus élevées de la culture et de la recherche [...]* ». Si rien n'indique que ce type de dispositions n'est pas mobilisable, il semble que le législateur les ait davantage conçues comme des dispositions proclamatoires, dont il attend vraisemblablement peu en termes d'effectivité.

L'étude des énoncés, puis des normes auxquelles ces énoncés renvoient, a permis de mettre en évidence la diversité des manières d'écrire les textes relatifs aux discriminations et la diversité des stratégies à l'œuvre, mais elles ont été aussi l'occasion d'apercevoir des motifs prohibés de discrimination extrêmement divers. Il convient donc de se focaliser sur ces motifs – c'est à dire de quitter le grand angle pour lui préférer le zoom.

Section II. Zoom : les motifs de discrimination au sein des énoncés

¹ La lutte contre les discriminations apparaît alors comme une « valeur morale » qui serait partagée par tous, et en quelque sorte devenue inhérente au pacte social. À titre d'exemple, v. les propos de Mme Laurence Rossignol à l'occasion des débats entourant l'adoption de la loi sur le vieillissement du 28 décembre 2015 : « *considérer la perte d'autonomie comme une discrimination représente une avancée morale collective extrêmement importante, dont je vous félicite [...]* » (2^e séance du 10 septembre 2014, à l'Assemblée nationale, à propos de l'adoption d'un amendement ajoutant la perte d'autonomie à la liste des critères de discrimination prohibés (v. *infra*)).

Les textes de référence visent de très nombreux motifs de discrimination. En particulier, l'article 225-1 du Code pénal comporte pas moins de vingt motifs. Cette longue liste a été construite par étapes. Les articles 187-1 et 416 du Code pénal ne mentionnaient en effet dans leur version initiale que la prise en compte « *de l'origine ou de l'appartenance ou de la non-appartenance d'une personne à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* » : cinq motifs seulement, et qui n'étaient pas sans se recouper, étaient donc visés. Dès 1975, les textes sont enrichis de références au sexe et à la situation de famille – ce qui porte à sept les motifs prohibés¹. La loi du 25 juillet 1985 ajoute à la liste les mœurs², la loi du 12 juillet 1990, l'état de santé et le handicap³. La loi du 16 décembre 1992, instituant le nouveau Code pénal⁴, qui instaure l'article 225-1, l'enrichit de deux nouveaux motifs, les opinions politiques et les activités syndicales, ce qui porte leur nombre à douze. La loi du 16 novembre 2001⁵ en ajoute quatre : l'apparence physique, le patronyme, l'orientation sexuelle et l'âge. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002⁶ insère dans la liste un dix-septième motif : les caractéristiques génétiques. La loi du 23 mars 2006 y adjoint la grossesse⁷. La loi du 6 août 2012 insère « *ou identité* » entre orientation et sexuelle⁸ – et porte à dix-neuf le nombre des critères prohibés. En dernier lieu, la loi du 21 février 2014 a adjoint à la liste un vingtième motif : le lieu de résidence⁹. Les autres textes du droit français couvrent-ils autant de motifs de discrimination ? Cette liste reflète-t-elle l'ensemble des motifs de discrimination visés par les autres textes du droit français ? Parce que les énoncés se caractérisent par leur diversité, il convient à nouveau de dresser une typologie – **typologie des énoncés relatifs aux discriminations, en fonction des motifs qu'ils visent (§1)** – avant d'avancer **des hypothèses de nature à expliquer ces différentes manières d'écrire la loi en matière de discriminations (§2).**

§1. Typologie des énoncés en fonction des motifs de discrimination visés

¹ Loi n° 75-625 du 11 juillet 1975 modifiant et complétant le code du travail en ce qui concerne les règles particulières au travail des femmes ainsi que l'art. L.298 du Code de la sécurité sociale et les art. 187-1 et 416 du Code pénal, art. 10 et 11.

² Loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social, art. 1.

³ Préc., art. 1 et 3.

⁴ Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur.

⁵ Préc., art. 1.

⁶ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, art. 4.

⁷ Loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, art. 13.

⁸ Loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, art. 4. L'article 3 de la même loi crée par ailleurs un nouvel article 225-1-1 du Code pénal qui dispose : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés* ». Le texte recèle donc de nouveaux motifs de discrimination prohibés. Dans la mesure où les motifs en cause n'ont pas intégré l'article 225-1, il ne semble pas illégitime de considérer qu'ils ne font pas partie la liste de référence.

⁹ Loi n°2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, art. 15.

Une étude de la législation laisse apparaître trois approches distinctes : une approche généraliste (1), une approche ciblée (2) et, enfin, une approche originale (3).

1. L'approche généraliste

Au sein même de l'approche « **généraliste** », deux cas de figure doivent être distingués, qui ont en commun la généralité, même si l'on ne peut probablement pas les mettre sur le même plan, dans la mesure où il s'agit là de **deux manières très différentes d'écrire la loi**.

On trouve, d'un côté, des dispositions qui mentionnent la prohibition des « *discriminations* », « *distinctions* » ou « *différences* », **sans indication complémentaire** – ou en précisant simplement que *tous les motifs* (sans distinction de ceux-ci) sont concernés. On peut ici citer l'article L.111-1 du Code de l'éducation, qui rappelle que « *le service public de l'éducation [...] veille à l'inclusion scolaire de tous les enfants, sans aucune distinction* », ou encore l'alinéa 1^{er} de l'article L.1110-3 aL.1 du Code de la santé publique, en vertu duquel « *aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins* »¹. Mention peut ici également être faite des références au « *principe de non-discrimination* »².

On trouve, d'un autre côté, des dispositions qui précisent *certaines motifs* de discrimination, mais **de manière très englobante**, dès lors que tous les critères visés par l'article 225-1 du Code pénal – ici à nouveau entendu comme norme de référence – sont alors visés. Deux cas de figure peuvent alors être distingués. Certaines dispositions se contentent, tout d'abord, d'opérer **un simple renvoi à l'article 225-1 du Code pénal**. Tel est le cas, par exemple, de l'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989, qui dispose qu'« *aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement pour un motif discriminatoire défini à l'article 225-1 du Code pénal* ». On constate le même renvoi à l'article 225-1 dans l'article R. 434-11 du Code de la sécurité intérieure, en vertu duquel « *le policier et le gendarme accomplissent leurs missions en toute impartialité. Ils accordent la même attention et le même respect à toute personne et n'établissent aucune distinction dans leurs actes et leurs propos de nature à constituer l'une des discriminations énoncées à l'article 225-1 du Code pénal* ». Certaines dispositions retiennent, ensuite, **l'ensemble des critères mentionnés à l'article 225-1 du Code pénal**. Tel

¹ Dans le même sens, l'article D. 5232-5 du même Code dispose que les prestataires de services et distributeurs de matériels doivent prendre en charge la personne malade ou présentant une incapacité ou un handicap « *avec la même conscience sans discrimination* ». V. également l'art. L.162-1-14-1 du Code de la sécurité sociale, en vertu duquel « *peuvent faire l'objet d'une sanction [...] les professionnels de santé qui : 1° pratiquent une discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins, définie à l'article L.1110-3 du Code de la santé publique* » ; une disposition qui manifeste par ailleurs un souci certain du législateur de voir cette disposition pourvue d'une certaine effectivité.

² V. *supra*.

est le cas de la Charte des droits et libertés de la personne majeure protégée¹, adossée au Code de l'action sociale et des familles, et qui reprend textuellement le contenu de l'article 225-1 Code pénal, sans toutefois faire mention de celui-ci. Tel sera peut-être également le cas, à court terme, de la loi du 27 mai 2008. Le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle – adopté, dans le cadre d'une procédure accélérée, en première lecture par le Sénat puis par l'Assemblée nationale, le 24 mai 2016 – prévoit en effet, en son article 44, de modifier ledit texte, et de retenir une liste de motifs identique en tous points à celle figurant à l'article 225-1 du Code pénal². Ce projet de modification, totalement absent du texte initial et de l'exposé des motifs³ – il n'était alors question que d'introduire une procédure de *class action* –, a fait une première apparition dans le cadre d'un amendement déposé au Sénat⁴ – toutefois non adopté – avant d'être repris par l'Assemblée nationale quelques mois plus tard par MM. Jean-Michel Clément et Jean-Yves Le Bouillonnet, dans leur rapport fait au nom de la Commission des lois. L'intention est alors de rapprocher la rédaction de la loi de 2008 « *de l'article L.1132-1 du Code du travail* », lequel englobe une liste « *plus large* » de motifs de discrimination – alors que ce sont en réalité les motifs de l'article 225-1 du Code pénal, certes très proches mais pas exactement identiques – qui sont repris *in extenso* dans la proposition – : « *il apparaît (alors) nécessaire d'harmoniser l'ensemble des motifs de discrimination* »⁵.

2. L'approche ciblée

En second lieu, un certain nombre de dispositions reprennent **un ou plusieurs motifs classiques** de discrimination, au sens de motifs inclus dans l'art. 225-1 du Code pénal, toujours entendu comme norme de référence de la lutte contre les discriminations. Il s'agit alors tantôt d'une logique d'exclusion (tous les critères sauf un ou quelques uns), tantôt d'une logique de

¹ Article annexe, intitulé « *Principe de non-discrimination* ». Cette disposition a été introduite par la [loi n°2007-308 du 5 mars 2007](#) portant réforme de la protection juridique des majeurs (dont l'objet n'est pas précisément de lutter contre les discriminations).

² A ce sujet, v. *supra* et *infra*.

³ On retrouve parallèlement cette proposition de modification à l'article 41 du projet de loi Egalité et Citoyenneté (n°3679), enregistré le 13 avril 2016 (v. dans ce cadre l'amendement n° CL415 présenté le 3 mai 2016 par MM. Clément et Le Bouillonnet).

⁴ V. l'amendement n°155, présenté par Mme Cukierman et les membres du groupe communiste républicain et citoyen. Il n'est toutefois fait à aucun moment fait explicitement mention de l'art. 225-1 du Code pénal. Mme Cukierman ajoute seulement : « *Les discriminations pouvant faire l'objet d'action de groupe doivent être définies le plus largement possible ; c'est ce que préconisait le Défenseur des droits, dénonçant l'hétérogénéité des niveaux de protection des victimes. La lutte contre toutes les formes de discrimination doit demeurer notre priorité, et mobiliser tous les moyens utiles. Il y va du respect de notre devise républicaine* », ce à quoi M. Yves Détraigne, rapporteur, répond : « *Une étude d'impact précise serait utile... (avis défavorable)* », avant que Mme Christiane Taubira, alors Garde des Sceaux, poursuive en ces termes : « *Je comprends la démarche et la rédaction est efficace. Toutefois, il n'est pas sûr qu'elle couvre tous les cas possibles et elle empêcherait toute référence à ce qui existe ailleurs. Par sécurité et prudence, un retrait est préférable* ». Un débat très succinct, donc, que Mme Cukierman conclut par ces mots : « *Sécurité et prudence* » : je vous entends », avant que l'amendement en question soit retiré.

⁵ Rapport n°3726, déposé le 6 mai 2016.

sélection (seuls quelques critères de l'article 225-1 du Code pénal), même si la frontière entre les deux hypothèses n'est pas toujours évidente à tracer.

S'agissant, tout d'abord, de **la logique d'exclusion**, celle-ci s'exprime par une reprise des motifs mentionnés à l'article 225-1 du Code pénal.

Cette reprise peut tout d'abord être **quasi intégrale**. Ainsi, l'article R. 631-27 du Code de la sécurité intérieure, qui correspond à l'article 27 du Code de déontologie des personnes physiques ou morales exerçant des activités privées de sécurité, adopté en 2012¹, dispose que « *les salariés (exerçant de telles activités) agissent avec tact, diplomatie et courtoisie. Dans l'exercice de leurs fonctions, ils s'interdisent envers autrui toute familiarité et toute discrimination, c'est-à-dire toute distinction fondée notamment sur [...] [un certain nombre de critères]* », en mentionnant tous les critères de l'article 225-1 du Code pénal, à l'exception de deux critères, à savoir le lieu de résidence et l'identité sexuelle².

Mais cette reprise peut être **plus partielle**. Ainsi, la Charte des droits et libertés de la personne accueillie, mentionnée à l'article L.311-4 du Code de l'action sociale et des familles³, vise à interdire un certain nombre de discriminations dans le cadre d'une prise en charge ou d'un accompagnement social ou médico-social. Or, cette disposition énumère un ensemble de critères en partie calqués sur l'article 225-1 du Code pénal, mais en « omettant » de mentionner les critères du sexe, de la situation de famille⁴, de la grossesse, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, des mœurs, de l'identité sexuelle (seule l'orientation sexuelle est mentionnée) ou encore des activités syndicales, et en ne disant mot de « *l'appartenance ou (de) la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». De même, l'article 6, suivi de l'article 6 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant statut général des fonctionnaires mentionne certains motifs de discrimination inclus dans l'article 225-1 du Code pénal, sans toutefois retenir dans la liste les discriminations fondées sur

¹ V. *supra*.

² Cet article dispose que « *les salariés [...] agissent avec tact, diplomatie et courtoisie. Dans l'exercice de leurs fonctions, ils s'interdisent envers autrui toute familiarité et toute discrimination, c'est-à-dire toute distinction fondée notamment sur l'origine [...], le sexe, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, les opinions politiques ou syndicales, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée [...]* ».

³ « *Dans le respect des conditions particulières de prise en charge et d'accompagnement, prévues par la loi, nul ne peut faire l'objet d'une discrimination à raison de son origine, notamment ethnique ou sociale, de son apparence physique, de ses caractéristiques génétiques, de son orientation sexuelle, de son handicap, de son âge, de ses opinions et convictions, notamment politiques ou religieuses, lors d'une prise en charge ou d'un accompagnement, social ou médico-social* ».

⁴ L'article 55 de la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires est venu adjoindre au texte le critère lié à la situation de famille – lequel figurait dans le Code pénal depuis 1975, et dans le Code du travail depuis 1982 (v. *infra*).

la grossesse, le lieu de résidence, les caractéristiques génétiques, les mœurs, et – formellement – « l'appartenance ou la non-appartenance à une religion »¹.

C'est en revanche **une logique de sélection** qui semble, ensuite, s'exprimer lorsque la reprise des motifs de l'article 225-1 du Code pénal est **très ciblée**. Ainsi, l'article 2213-7 du Code général des collectivités territoriales, relatif aux compétences des autorités de police en matière d'ensevelissement et d'inhumation, ne mentionne comme critères de discrimination *que* le culte et les croyances². De même, l'article 16-13 du Code civil ne concerne *que* les caractéristiques génétiques³. De même encore, l'article D. 4122-8 du Code de la défense prévoit que le militaire au combat recueille, protège et soigne les blessés, les malades et les naufragés « *sans aucune discrimination* » fondée sur la race, le sexe, la religion, mais également sur la nationalité ou l'ethnie. Surtout, un certain nombre de dispositions ne mentionnent *que* les discriminations fondées sur le sexe, ou sur des critères qui se rapportent au sexe, comme la grossesse ou la maternité – ce qui peut probablement s'expliquer par l'influence du droit de l'Union européenne. Les exemples sont ici très nombreux⁴ : on peut notamment citer l'article L.111-7 du Code des assurances, qui prohibe « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte du sexe comme facteur dans le calcul des primes (d'assurance)* »⁵, ainsi que l'article 931-3-2 du Code de la sécurité sociale, en vertu duquel « *aucune différence en matière de cotisations et de prestations ne peut être fondée sur le sexe* »⁶. Entre en ligne de compte également l'article 6 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant statut général des fonctionnaires, qui affirme qu'« *aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leur sexe* »⁷.

3. L'approche originale

¹ Sont toutefois mentionnées « les opinions religieuses ».

² « *Le maire ou, à défaut, le représentant de l'Etat dans le département pourvoit d'urgence à ce que toute personne décédée soit ensevelie et inhumée décemment sans distinction de culte ni de croyance* ».

³ « *Nul ne peut faire l'objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques* ».

⁴ V. également, entre autres, les art. R. 444-1 et R. 444-11 du Code des communes, l'art. L.111-7 Code des assurances ou encore l'art. L.913-1 Code de sécurité sociale.

⁵ « *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte du sexe comme facteur dans le calcul des primes et des prestations ayant pour effet des différences en matière de primes et de prestations est interdite. Les frais liés à la grossesse et à la maternité n'entraînent pas un traitement moins favorable des femmes en matière de primes et de prestations* ».

⁶ « *Aucune différence en matière de cotisations et de prestations ne peut être fondée sur le sexe. L'alinéa précédent ne fait pas obstacle à l'attribution aux femmes de prestations liées à la grossesse et à la maternité* ». V. également l'art. L.913-1 du même Code, selon lequel « *aucune disposition comportant une discrimination fondée sur le sexe ne peut être insérée, à peine de nullité, dans les conventions, accords ou décisions unilatérales relevant de l'article L.911-1* ».

⁷ La suite de cette disposition apporte toutefois une nuance : « *toutefois, des recrutements distincts pour les femmes ou les hommes peuvent, exceptionnellement, être prévus lorsque l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions* ».

On constate, en troisième et dernier lieu, que de très nombreux textes font mention d'un **motif « original »**, au sens de motif non inclus dans la liste de l'art. 225-1 Code pénal. Les exemples ne manquent pas – même si l'originalité de certains s'avère toute relative. Ainsi, l'article L.715-3 du Code de l'éducation indique que les directeurs des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel dénommés instituts et écoles sont choisis « dans l'une des catégories de personnels, fonctionnaires ou non, qui ont vocation à enseigner dans l'institut ou l'école, *sans considération de nationalité* » : cette rédaction, issue de la loi Savary de 1984¹, rompt avec la formule traditionnelle « appartenance ou [...] non-appartenance, vraie ou supposée [...] à [...] une nation » ; ceci étant, il n'est pas certain qu'il s'agisse de réalités profondément différentes – sous réserve de la prise en considération de l'erreur de l'auteur de la discrimination sur l'appartenance nationale de la victime². Sont en revanche des motifs de discrimination visés dans les textes résolument originaux le « *don d'organes* », dans l'article L.411-8 du Code des assurances, « *l'obésité* » et « *le surpoids* », dans les articles L.3232-4 et D. 3232-3 du Code de la santé publique³, « *(les) circonstances qui ont accompagné la mort* », dans l'article L.2213-9 CGCT⁴. De manière également originale, l'article L.4126-4 du Code de la défense dispose, depuis la loi du 28 juillet 2015, qu'« *aucune discrimination* ne peut être faite entre les militaires *en raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une association professionnelle nationale de militaires* »⁵. Quant au Code de l'éducation, il indique en son article L.553-1 du Code de l'éducation – depuis 1959⁶ – que « *les collectivités territoriales, les établissements publics de coopération intercommunale et les caisses des écoles peuvent faire bénéficier des mesures à caractère social tout enfant sans considération de l'établissement d'enseignement qu'il fréquente* ». Pour sa part, l'article L.35-1 du Code des

¹ V. l'art. 36 de la [loi n°84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur](#).

² Rapp. *infra* à propos de l'article 6 de la loi de 1983 la mention des « opinions [...] philosophiques ou religieuses ».

³ Selon l'article L.3232-4 CSP, des campagnes d'information doivent « *également porter sur l'acceptation des personnes obèses ou en surpoids et la lutte contre les discriminations qui leur sont faites* ». En vertu de l'article D. 3232-3 du même Code, notamment, l'Institut national de prévention et d'éducation pour la santé (INPES) peut approuver ces campagnes en tenant compte de « *2° Leurs messages, y compris en ce qui concerne l'acceptation des personnes obèses ou en surpoids et la lutte contre les discriminations dont elles peuvent faire l'objet, au regard des recommandations et principes formulés dans les plans de santé publique en vigueur* ».

⁴ « *Sont soumis au pouvoir de police du maire le mode de transport des personnes décédées, le maintien de l'ordre et de la décence dans les cimetières, les inhumations et les exhumations, sans qu'il soit permis d'établir des distinctions ou des prescriptions particulières à raison des croyances ou du culte du défunt ou des circonstances qui ont accompagné sa mort* ».

⁵ V. la loi n°2015-917 du 28 juillet 2015 actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense. Soulignons au passage que l'on remarque ici, comme dans d'autres textes récents, une mention explicite du terme « *discrimination* », là où le législateur pouvait auparavant avoir recours au vocable lié aux « *différences* » ou aux « *distinctions* ». V. également l'art. L.2223-4 du Code de la défense, qui indique que « *dans l'établissement du logement ou du cantonnement chez l'habitant, les municipalités ne font aucune distinction de personnes, quelles que soient leurs fonctions ou qualités* ».

⁶ V. l'art. 7 de la loi n°59-1557 du 31 décembre 1959 sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privés (« *Les collectivités locales peuvent faire bénéficier des mesures à caractère social tout enfant sans considération de l'établissement qu'il fréquente* »).

postes dispose, en son avant-dernier alinéa : « Le service universel est fourni dans des conditions tarifaires et techniques prenant en compte les difficultés particulières rencontrées dans l'accès au service téléphonique par certaines catégories de personnes, en raison notamment de leur niveau de revenu et en proscrivant toute discrimination fondée sur *la localisation géographique de l'utilisateur* ».

Quant à la situation économique de l'individu, elle est parfois saisie par les textes, mais sous différents prismes : ainsi l'article L.1110-3 du Code de la santé publique dispose : « *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* » - c'est à dire de la « CMU complémentaire » ou de l'« aide médicale d'état ». S'agissant des tarifs applicables aux personnes hébergées dans les EHPAD, l'article R. 314-182 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que « *le président du conseil départemental arrête les tarifs ainsi modulés après s'être assuré : [...] 2° Que les bénéficiaires de l'aide sociale à l'hébergement ne font pas l'objet d'une quelconque discrimination* ». Pour sa part, l'article L.123-2 du Code de l'éducation dispose, depuis 2013¹ : « *Le service public de l'enseignement supérieur contribue : [...] 3° bis : à la construction d'une société inclusive. À cette fin, il veille à favoriser l'inclusion des individus, sans distinction d'origine, de milieu social et de condition de santé* ».

Mais d'autres motifs plus originaux encore peuvent être mentionnés. C'est le cas, par exemple, du « *statut d'emploi et l'origine professionnelle* », mentionné à l'article L.2101-2 al. 3 du Code des transports, à propos des salariés de la SNCF². Dans le même sens, l'article L.131-8 du Code du sport, relatif aux agréments délivrés aux fédérations qui participent à l'exécution d'une mission de service public, précise que les statuts des dites fédérations « *favorisent la parité dans les instances dirigeantes de la fédération* » - il est à ce sujet précisé que « *la proportion de licenciés de chacun des deux sexes est appréciée sans considération d'âge ni de toute autre condition d'éligibilité aux instances dirigeantes* »³. Constitue par ailleurs un motif de discrimination stigmatisé le fait « *(d')avoir signalé de bonne foi des manquements ou des*

¹ V. la loi n°2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche.

² « *Sans discrimination liée à leur statut d'emploi ou à leur origine professionnelle, les salariés de la SNCF, de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités peuvent occuper tout emploi ouvert dans l'un des établissements publics constituant le groupe public ferroviaire, avec continuité de leur contrat de travail, ou dans leurs filiales* ».

³ Cette nouvelle rédaction de l'art. L.131-8 est issue de l'art. 63 de la loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (inséré dans un Chapitre III intitulé « *Dispositions relatives à l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sportives* »). L'exposé des motifs indiquait que l'art. 19 du projet de loi avait vocation « *à (modifier) le Code du sport afin d'introduire une évolution vers la parité dans les modalités de désignation des représentants pour les instances de gouvernance des fédérations sportives agréées* ».

infractions auprès des responsables et comités compétents de leur entreprise ainsi qu'à l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution »¹ ou le fait « (d')avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, aux autorités judiciaires ou administratives de faits constitutifs d'un délit, d'un crime ou susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts au sens du I de l'article 25 bis dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ». Cette formulation, qui concerne donc les lanceurs d'alerte, n'est pas sans rappeler l'article 6 ter A de la loi de 1983, laquelle prévoit une protection similaire contre toute mesure de rétorsion « à l'égard d'un fonctionnaire pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, aux autorités judiciaires ou administratives de faits constitutifs d'un délit, d'un crime ou susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts (...) dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions »². Autant de dispositions qui sont également à rapprocher de l'article 6 ter de la même loi de 1983³, lequel non seulement sanctionne les auteurs de harcèlement sexuel – comportement par ailleurs analysé comme discriminatoire – mais précise par ailleurs « (qu')aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération : 1° Le fait qu'il a subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers ; 2° Le fait qu'il a formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire cesser ces agissements ; 3° Ou bien le fait qu'il a témoigné de tels agissements ou qu'il les a relatés ».

Parallèlement, certaines dispositions peuvent être qualifiées de « mixtes », au sens où, à côté des critères très classiques, elles viennent ajouter un critère original, ou quelques critères spécifiques. Ainsi, et depuis 1804, les textes relatifs aux successions du Code civil précisent qu'elles seront dévolues « sans distinction de sexe », critère classique, « ni de primogéniture », motif original⁴. Pour sa part, l'article D. 4122-8 du Code de la Défense⁵ prévoit que le militaire au combat recueille, protège et soigne les blessés, les malades et les naufragés « *sans aucune discrimination* » fondée sur la race, le sexe, la religion, la nationalité ou l'ethnie – et l'on retrouve là, sous une autre forme sensiblement différente, certes (pour la nation et l'ethnie, notamment), le contenu de l'article 225-1 du Code pénal, avec une reprise que l'on peut qualifier de partielle, voire de très sélective –, mais également sur « *l'idéologie* »,

¹ V. l'art. L.511-41 du Code monétaire et financier.

² Cette disposition a été créée par l'art. 35 de la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013, puis modifiée par l'art. 39 de la loi n°2016-483 du 20 avril 2016.

³ Cet article a été créé par la loi n°2001-397 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes du 9 mai 2001 (art. 20).

⁴ La formule se retrouvait en 1804 à l'article 745 du Code civil ; on la trouve désormais à l'article 735.

⁵ Cette disposition a été insérée dans le Code de la défense par le décret n°2008-393 du 23 avril 2008 relatif à certaines dispositions réglementaires de la quatrième partie du Code de la défense.

motif indéniablement original. Dans le même sens, on peut également citer l'article 6 de la loi de 1983, qui mentionne de manière – en apparence du moins – originale les « opinions [...] philosophiques ou religieuses »¹.

Il est ici à souligner que la loi de 2008 présente – à l'heure où nous écrivons² – des contours assez différents³. Plus courte, elle ne mentionne comme critères que « *l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race* », le sexe, le handicap, l'orientation ou l'identité sexuelle, l'âge, la religion⁴, mais encore la grossesse. Cette loi mentionne par ailleurs trois critères inédits : dès l'origine, « *les convictions* », sans plus de précision, mais également « *la maternité* »⁵ - qui peut certes être rattaché à la grossesse ; depuis la retouche du texte opérée par la loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, la « *perte d'autonomie* »⁶.

Il convient désormais, après avoir dressé une typologie des motifs de discrimination mentionnés dans la loi, d'avancer quelques hypothèses permettant de justifier celle-ci.

§2. Explications de la variété des motifs de discrimination visés dans les énoncés

Il n'est pas certain qu'une explication de fond puisse toujours être avancée pour tenter de saisir les différences constatées : certaines explications relèvent de la légistique formelle au sens où elles résident dans la manière selon laquelle les textes ont été écrits – même si cela n'est pas

¹ Rappelons que l'art. 225-1 du Code pénal se cantonne aux opinions politiques et syndicales.

² Le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle prévoit, en son article 44, de modifier la loi du 27 mai 2008, et de retenir une liste de motifs identique en tous points à celle figurant à l'art. 225-1 du Code pénal. Le texte, qui s'inscrit dans le cadre d'une procédure accélérée, a été discuté en première lecture au Sénat les 3, 4 et 5 novembre 2015, puis à l'Assemblée nationale les 17, 18, 19 et 24 mai 2016.

³ V. l'art. 13 du TCE dans sa version issue du traité d'Amsterdam (« *Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de 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* »)

⁴ Art. 2, 1^o de la loi de 2008 : « Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services » ; art. 2, 2^o : « *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation ou identité sexuelle ou le lieu de résidence est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle* ».

⁵ Art. 2, 3^o de la loi de 2008 : « *Toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité. Ce principe ne fait pas obstacle aux mesures prises en faveur des femmes pour ces mêmes motifs* ».

⁶ Loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement (art. 23).

forcément anodin (1) ; d'autres hypothèses se prêtent à un décryptage au fond, un décryptage de la logique matérielle à l'œuvre (2).

1. Les explications relevant de la légistique formelle

Les différences de rédaction peuvent s'expliquer par le contexte d'écriture de la loi – en particulier en termes chronologiques. En particulier, les « exclusions » sont bien souvent le fait, avant tout, d'inadvertances liées au contexte chronologique d'adoption des textes. Se calquant à un moment donné, et de manière exhaustive, sur la liste établie dans le Code pénal, le législateur l'a ensuite laissée en jachère, sans la mettre à jour. C'est l'impression qui ressort en particulier de l'analyse du Code de déontologie des personnes privées, qui ne mentionne ni le lieu de résidence ni l'identité sexuelle. Or le décret à l'origine du Code de déontologie date du 10 juillet 2012 alors que l'insertion de l'identité sexuelle dans l'article 225-1 du Code pénal date de la loi du 6 août 2012, et celle du lieu de résidence de la loi du 21 février 2014. Qu'il y ait ici un choix délibéré de ne pas mentionner ces critères dans le Code de déontologie, notamment parce que ceux-ci ne correspondraient pas à des risques particuliers de discrimination, semble, en l'occurrence, extrêmement peu probable ; l'inadvertance de l'auteur du texte semble la cause. Mais c'est alors aussi la technique de l'énumération qui trouve ici ses limites – d'autant que, en l'espèce, les deux critères oubliés renvoient à des risques particulièrement élevés de discriminations dans le contexte en cause –, peut-être plus significatives que ses vertus.

On constate d'ailleurs, dans certains textes, l'abandon récent de la technique de l'énumération en faveur de la technique du renvoi, afin, précisément, de contrer le risque de voir certaines listes voulues exhaustives se révéler lacunaires. L'évolution de l'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 est, à cet égard, significative. C'est une loi du 17 janvier 2002¹ qui a complété ce texte pour y insérer un alinéa prohibant les discriminations en matière de bail d'habitation et un autre instaurant un régime probatoire spécifique à la question. Le rapport à l'Assemblée nationale sur le projet de loi pose très clairement qu'il s'agit d'importer les critères d'ores et déjà stigmatisés par ailleurs : « *Il est donc proposé par le présent article d'affirmer le principe de non-discrimination en matière de location de logement, sur le modèle de ce qui existe à l'article L 122-45 du code du travail et aux articles 225-1 et 225-2 du Code pénal* »². Or, parallèlement à l'ouverture du débat parlementaire relatif à ce texte, est inauguré celui portant sur ce qui allait devenir la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations – et qui envisageait l'insertion de nouveaux motifs, en particulier à l'article L.122-45 du Code du travail, à savoir l'orientation sexuelle, le patronyme et l'apparence physique. Partant, il est proposé de

¹ Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

² Rapport AN de MM. Philippe Nauche et Gérard Terrier, au nom de la Commission des affaires culturelles, n°2809.

ne pas uniquement insérer les motifs d'ores et déjà visés mais aussi ceux qui devraient l'être à brève échéance¹. Simplement, on constate que la liste de l'article 225-1 du Code pénal tel qu'issue de la loi du 16 novembre 2001 fera référence à l'âge tandis que l'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 dans sa rédaction issue de la loi du 17 janvier 2002 ne s'y référera pas : les discussions parallèles des deux textes n'ont pas permis une harmonisation totale des critères. L'absence du critère de l'âge dans la liste de l'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 est donc purement fortuite et dépourvue de portée. Le projet de texte qui allait devenir la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové proposait de modifier la liste des critères de l'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 pour l'harmoniser avec celle de l'article 225-1 du Code pénal – en particulier en ajoutant l'âge, la grossesse et les caractéristiques génétiques. Mais le rapporteur du projet de loi propose de changer de méthode : *« Votre rapporteur a constaté que des critères manquaient, comme celui de l'identité sexuelle. Un amendement a ainsi été proposé dans le but de coller parfaitement à la rédaction du Code pénal. Néanmoins, cette solution présente également un léger inconvénient, en ce que toute modification de la législation pénale impliquerait une modification de la loi de 1989, puisque rien ne justifie que les discriminations réprimées par la loi diffèrent entre le secteur du logement et le droit commun. À titre d'exemple, l'identité sexuelle a complété la liste des discriminations réprimées par l'article 4 de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel. Dans ces conditions votre Commission a souhaité adopter [...] un amendement [...] visant à préciser qu'aucune personne ne peut se voir refuser un logement en raison d'un des critères définis à l'article 225-1 du Code pénal, c'est-à-dire visant à ce que la loi de 1989 se réfère directement à la législation pénale »*². Et c'est cette technique du renvoi qui sera finalement effectivement préférée dans le texte définitivement adopté. L'exemple

¹ La situation se répète à l'occasion de la discussion de ce qui allait devenir la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Le projet de loi prévoyait une énumération des critères de discrimination prohibée en matière d'accès à la santé ou aux soins. Il envisageait l'insertion de tous les critères de l'article 225-1 du Code pénal dans sa rédaction alors en vigueur mais ajoutait *« deux motifs supplémentaires pour lesquels toute discrimination sera interdite, en anticipant les compléments à venir du Code pénal »*, à savoir les caractéristiques génétiques et *« "l'orientation sexuelle" ajoutée par la proposition de loi relative à la lutte contre les discriminations qui [venait] d'être adoptée en deuxième lecture par le Sénat »* (Rapport AN de MM. Claude Evin, Bernard Charles et Jean-Jacques Denis, fait au nom de la Commission des affaires culturelles, n°3263, p. 43). Finalement, un amendement est adopté qui supprime toute énumération *« afin de ne conserver que le principe et d'éviter ainsi d'éventuelles omissions »* (*ibid.*). Mais la tentation de l'énumération réapparaît à l'article 18 du projet de loi *« portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires »*. L'assemblée nationale maintient une énumération mais ajoute *« pour tout autre motif visé au premier alinéa de l'article 225-1 du Code pénal »*. Finalement, le texte adopté par le Sénat supprime l'énumération et se contente, pour les motifs « classiques », d'un renvoi à l'article 225-1 du Code pénal. C'est ce texte qui est finalement définitivement adopté. Dans sa rédaction issue de la loi n°2009-879, l'article L.1110-3 du Code de la santé publique disposait en effet : *« 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 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 »*.

² Rapport préparé par M. Daniel Goldberg et Mme Audrey Linkenheld, au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (n°1329).

illustre le fait que le choix d'adopter une liste unique de critères bute parfois sur des obstacles relevant de la seule difficulté à harmoniser régulièrement les textes entre eux – sans qu'il faille y déceler quelque intention que ce soit.

Il est toutefois des hypothèses dans lesquelles l'explication par le contexte de rédaction du texte est une explication plausible mais aussi probablement insuffisante. Ainsi, la liste des critères illicites posés par l'article 6 de la loi de 1983 s'est-elle progressivement étendue. À l'origine, soit entre 1983 et 1992¹, les seuls critères illicites mentionnés dans la loi avaient trait aux opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses², au sexe ou encore à l'appartenance ethnique. Puis, en 1992, ont été ajoutés deux nouveaux motifs de discrimination, à savoir l'état de santé et le handicap – à la suite de leur insertion à l'article 225-1 du Code pénal par la loi du 12 juillet 1990 : le décalage existant entre les deux textes de 1990 à 1992 est donc non significatif – et s'explique par de simples données chronologiques. Puis, à nouveau, en 2001, la loi du 16 novembre 2001³ ajoute de nombreux autres critères, à savoir l'orientation sexuelle, l'âge, le patronyme, l'apparence physique – en même temps qu'est modifié le Code pénal –, mais également l'origine et « *l'appartenance, ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race* » – critères quant à eux présents dans le Code pénal depuis 1972. Par la suite, c'est autour de la loi du 6 août 2012⁴ d'introduire le critère de l'identité sexuelle – concomitamment à son insertion dans le Code pénal. Rappelons, enfin, que l'article 55 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires est venu adjoindre au texte le critère lié à la « *situation de famille* » – lequel figurait dans le Code pénal depuis 1975, et dans le Code du travail depuis 1982⁵. L'ajout de ce motif résulte de l'adoption par l'Assemblée nationale d'un amendement (n° 172) déposé par Mme Descamps-Crosnie, rapporteure de la Commission des lois, accompagnée de ces explications : « *La situation de famille peut, en effet, entraîner des discriminations opérées à raison de la situation matrimoniale, de la nature de la filiation, d'une situation de concubinage ou de PaCS ou encore de l'absence ou de l'existence d'enfants. Les discriminations en fonction de la situation de famille sont réprimées pénalement (par l'article 225-1 du Code pénal) et interdites, pour les salariés du secteur privé, par l'article L.1142-1 du Code du travail (...). En droit de la fonction publique, la situation de famille est déjà prise en compte dans certaines*

¹ Très exactement entre le 14 juillet 1983, date d'entrée en vigueur de la loi Le Pors, et le 4 nov. 1992, date d'entrée en vigueur de la loi n°92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le Code du travail et le Code de procédure pénale.

² A ce propos, à noter que l'expression « *appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une religion déterminée* » (pourtant visée dès 1972 dans le Code pénal) n'a pas été retenue dans la loi de 1983. On peut donc noter ici une formulation plus restrictive, l'appartenance « *supposée* » à une religion, n'étant pas ici reconnue explicitement comme un critère de discrimination potentiel.

³ Loi n°2001-1066 du 16 nov. 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

⁴ Loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

⁵ V. l'art. 225-1 du Code pénal et l'art. L.122-45 du Code du travail. V. *supra*.

décisions relatives à la carrière des agents (par exemple le rapprochement de conjoints), mais elle est ignorée de la liste des discriminations interdites, fixée à l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Or, comme le relève le Défenseur des droits, "cette forme de discrimination, parfois découplée de toute discrimination indirecte (liée au sexe par exemple), échappe alors à toute sanction" »¹. Nonobstant ces nombreux « ajustements », la liste actuelle de critères « omet » d'en mentionner quatre, à savoir les mœurs (dans le Code pénal depuis 1985), les caractéristiques génétiques (dans le Code pénal depuis 2002), la grossesse (dans le Code pénal depuis 2006) et le lieu de résidence (dans le Code pénal depuis 2014). On peut ici déceler plusieurs logiques différentes. Si l'on se concentre sur la modification la plus importante de l'article 6 de la loi de 1983, intervenue en 2001, il est possible de s'interroger sur les variations de l'intention du législateur en retenant un simple critère chronologique. Concernant les motifs liés aux caractéristiques génétiques, à la grossesse et au lieu de résidence, ceux-ci ont été insérés dans l'article 225-1 du Code pénal à une date postérieure. L'hypothèse de l'inadvertance du législateur, responsable d'une « mise en jachère » de l'article 6 de la loi de 1983 s'avère alors plausible. En revanche, l'absence de mention des autres critères, liés aux mœurs, par exemple (alors que celui-ci est présent dans le Code pénal depuis 1985) ou à la grossesse (présent dans le Code pénal depuis 2006), est beaucoup plus surprenante. Concernant ce second motif, lié à la grossesse, sans doute son insertion a-t-elle été exclue car jugée inutile en raison de l'application par extension du droit du travail, notamment depuis l'arrêt *Dame Peynet* de 1973². L'explication est plausible ; on voit toutefois mal pour quelle(s) raison(s) le législateur n'a pas jugé nécessaire de clarifier et d'unifier la liste des critères présents à l'article 6. Il est dès lors permis de s'interroger : ces absences laissent-elles entendre que tel ou tel risque de discrimination serait, dans le contexte de la fonction publique, inexistant ? L'explication ne convainc pas, ne serait-ce qu'au regard des cas de discrimination avérés, en lien, tout particulièrement, avec la grossesse³. L'on est donc contraint d'observer que le législateur aurait pu saisir l'occasion, en 2001 ou, plus encore, lors des débats entourant l'adoption de la loi du 20 avril 2016, pour calquer la liste de motifs présente à l'article 6 de la loi de 1983 sur la liste présente à l'article 225-1 du Code pénal. Il nous faut donc formuler de nouvelles interrogations : cette incomplétude de l'article 6 de la loi de 1983 révèle-t-elle une volonté de marquer une certaine autonomie par rapport au Code pénal ? Ou répond-elle à une

¹ Dans son rapport (n°274), M. Alain Vasselle souligne que l'inscription de ce critère à l'art. 6 de la loi de 1983 paraît « cohérente » au regard des dispositions précitées du Code pénal et du Code du travail. À noter que cet ajout avait déjà été suggéré par M. Alain Touret dans un avis budgétaire consacré à la lutte contre les discriminations dans la fonction publique (projet de loi de finances pour 2013, avis n°258, tome III, octobre 2012).

² V. également art. 1132-1 du Code du travail.

³ Selon le Baromètre sur la perception des discriminations au travail, présenté le 3 février 2014 par le Défenseur des droits et l'Organisation internationale du travail, la grossesse et la maternité apparaissent en 2^{ème} position dans la liste des motifs de discrimination dans la fonction publique (avec un taux respectivement de 20% et 19% des discriminations dénoncées).

stratégie d'exclusion délibérément adoptée par le législateur – laquelle est parfois difficile à établir explicitement au regard des travaux préparatoires ? La signification de cette absence ne tombe pas sous le sens... De manière générale, d'ailleurs, lorsque la chronologie ne peut pas expliquer les exclusions de certains critères, l'analyste ne peut avancer que des hypothèses de légistique matérielle.

2. Les explications relevant de la légistique matérielle

Plusieurs pistes peuvent être avancées pour expliquer ces manières très différentes d'écrire la loi lorsqu'il s'agit de se saisir de la question des discriminations. Certaines se rattachent à l'approche « généraliste », quand d'autres ont trait aux approches « ciblées ».

En premier lieu, s'agissant de l'approche « généraliste », un constat et une interrogation s'imposent.

Le constat est d'ordre « géographique ». On constate que la prohibition générale des discriminations (ou des « distinctions », ou encore des « différences ») est souvent directement en lien avec **la reconnaissance d'un droit, parfois qualifié de droit fondamental**. Ainsi, le premier alinéa de l'article L.111-1 du Code de l'éducation évoque l'inclusion scolaire de tous les enfants « *sans aucune distinction* », tandis que le quatrième alinéa du même texte mentionne un droit à l'éducation¹. Et l'on constate la même proximité géographique entre l'article L.1110-1 du Code de la santé publique, lequel mentionne un droit fondamental à la protection de la santé², et l'article L.1110-3 qui renferme une prohibition générale des discriminations en son alinéa 1^{er} et procède, entre autres, à un renvoi aux articles 225-1 et 225-1-1 du Code pénal en son alinéa 2. L'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 fait pareillement se côtoyer la reconnaissance du droit au logement comme « *un droit fondamental* », en son alinéa 1^{er}, et l'affirmation selon laquelle « *aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement pour un motif discriminatoire défini à l'article 225-1 du Code pénal* », en son alinéa 3. La corrélation entre mention des discriminations « *en général* » et reconnaissance d'un droit (fondamental) s'explique aisément. Pour l'auteur de la norme, parce qu'un droit est fondamental, il doit être protégé contre toute forme de discrimination sans distinction, ou contre toutes les discriminations, selon les critères les plus vastes, fixés par l'article 225-1 du Code pénal.

L'interrogation porte sur l'unité conceptuelle de l'approche « généraliste ». Les prohibitions de toute distinction, sans indication de motif, ou *via* une liste très riche de motifs,

¹ « Le droit à l'éducation est garanti à chacun afin de lui permettre de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, d'exercer sa citoyenneté ».

² « Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne ».

ou en référence à l'article 225-1 du Code pénal peuvent-elles vraiment être mises sur le même plan ? Le dessein législatif est-il équivalent ? De fait, lorsque sont prohibées les distinctions, ou les discriminations, sans indication de motif, on peut se demander si l'approche est véritablement distincte de **la re-connaissance, de la re-formulation de l'exigence d'égalité**. En effet, les **situations spécifiques de stigmatisation** ne sont alors pas du tout identifiées. L'article L.1111-5 du Code général des collectivités territoriales, relatif à l'attribution des aides sociales, semble à cet égard assez emblématique. Il impose que « *les conditions d'attribution de ces aides et avantages n'entraînent pas de discrimination à l'égard de personnes placées dans la même situation, eu égard à l'objet de l'aide ou de l'avantage, et ayant les mêmes ressources rapportées à la composition du foyer* ». C'est ici un discours très classique relatif à l'égalité qui se laisse entendre, et qui invite uniquement à l'attribution du même avantage à toute personne dans la même situation, loin d'une logique de discrimination en référence à un quelconque stigmat. On ne peut exclure qu'existe une ligne de fracture forte entre cette approche et celle qui consiste à adopter ou à renvoyer aux critères de l'article 225-1 du Code pénal. On peut en effet lire dans la reprise ou le renvoi à la liste de l'article 225-1 l'ambition de **voir émerger un lexique unifié de la lutte contre les discriminations** : la reprise des mêmes motifs faciliterait en effet pour les acteurs l'identification des situations susceptibles d'engendrer une discrimination, de quoi l'on pourrait espérer une meilleure attention des acteurs sociaux à ces motifs. Mais cette démarche reste très minoritaire ; le jurislatureur – quand bien même on ne prendrait pas en compte les probables exclusions par inadvertance¹ - semble préférer l'approche ciblée ou originale.

Concernant, en second lieu, les approches « ciblée » et « originale », il semble surtout que le législateur ait cherché à **identifier des risques spécifiques** auxquels les individus seraient exposés dans une situation donnée. La stratégie législative à l'œuvre se caractériserait avant toute chose par son pragmatisme : la loi chercherait à dire le risque d'exposition concrète de certains individus à certains types de discriminations. Mais **le pragmatisme** qu'exprime la démarche ne serait pas toujours du même degré. Il s'agirait, parfois, d'identifier un risque particulier car **en rapport direct avec l'objet de la disposition**. Ainsi en est-il en matière d'inhumation, lorsque la loi se réfère aux distinctions selon les cultes ou les croyances ou selon les « *circonstances qui ont accompagné [la] mort* ». Il s'agirait, plus souvent, d'**identifier une exposition particulière à un risque social identifié d'être victime d'une discrimination**². C'est alors moins l'objet de la disposition que le constat de certaines pratiques sociales discriminatoires qui est à l'œuvre. La loi est écrite en réaction à des pratiques discriminatoires ; elle y répond en se référant à un motif particulier, original ou classique. Il semble ainsi qu'il

¹ V. *supra*.

² V. par ex. l'art. 735 du Code civil (préc.), en vertu duquel « *les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère ou autres ascendants, sans distinction de sexe, ni de primogéniture, même s'ils sont issus d'unions différentes* ».

s'agisse d'envoyer **un message aux acteurs** pour des hypothèses où le risque de discrimination est particulièrement fort. Le destinataire du discours semble alors le « discriminateur » potentiel – ce qui révèle une certaine idée de l'effectivité : pour lutter contre les discriminations, il faut dire aux acteurs que **ce qu'ils ont tendance à faire est prohibé**. Cette analyse peut expliquer que les successions soient dévolues « sans distinction de sexe, ni de primogéniture » : la stigmatisation de ces deux motifs, l'un classique, l'autre original, répond à la volonté de rompre avec les pratiques de l'Ancien régime et de dire leur illégitimité – sans toutefois que ces précisions aient de réelle portée dès lors qu'est en cause la transmission des biens en vertu de la loi, et pas de la volonté du défunt. Ainsi en est-il de l'article L.1110-3 du Code de la santé publique, relatif au refus de soins pour les bénéficiaires de la CMU : l'exposé des motifs du projet de loi établit qu'il s'agit de répondre à un risque socialement identifié de stigmatisation, et se réfère à « *des travaux récents [qui] ont mis en évidence l'existence de refus de soins dont sont victimes, principalement, les bénéficiaires de la couverture maladie universelle complémentaire* »¹. Et ce ciblage d'un risque particulier peut s'accompagner de l'adaptation d'un motif classique à une situation particulière. Ainsi s'explique la référence faite à « *l'appartenance ou la non-appartenance à une association professionnelle nationale de militaires* », dans l'article L.4126-4 du Code de la défense² - évoquant là un critère qui peut aisément être rapproché du critère lié aux activités syndicales³. Ce pragmatisme peut aussi, de manière beaucoup plus exceptionnelle, conduire à exclure la référence à un motif classique de discrimination en raison de son absence de pertinence dans un contexte particulier. Ainsi peut-on comprendre l'absence de référence aux discriminations en fonction de l'appartenance ou de la non-appartenance à une religion dans la loi de 1983 : les fonctionnaires étant par ailleurs soumis à une obligation de neutralité, ils ne sauraient eux-mêmes faire état de leur éventuelle appartenance religieuse.

Il est toutefois évident que la démarche n'est pas sans danger. Tout d'abord, la réponse ponctuelle à un risque lui-même spécifique **génère une juxtaposition de discours différents**. Sur le plan pratique, la réception du discours peut être fragilisée : le destinataire de la norme peut avoir du mal à identifier les motifs qui sont pris en compte et les autres, ce qui peut sembler paradoxal car il semble bien que ce soit l'effet inverse qui soit recherché. Ainsi peut-on rester circonspect devant l'insertion, à l'occasion de la loi du 28 décembre 2015, du critère lié à la « perte d'autonomie » dans la loi de 2008 – mais pas dans la liste de l'article 225-1 du Code

¹ V. également l'art. R. 314-182 du Code de l'action sociale et des familles, en vertu duquel il convient de vérifier que les bénéficiaires de l'aide sociale à l'hébergement ne font pas l'objet « *d'une quelconque discrimination* ».

² L'art. L.4126-2 du Code de la Défense indique, depuis la même loi du 28 juillet 2015, que « *les associations professionnelles nationales de militaires [...] représentent les militaires, sans distinction de grade, appartenant à l'ensemble des forces armées et des formations rattachées [...]* ».

³ A rapprocher de l'art. L.515-1 du Code rural et de la pêche maritime, selon lequel « *le mandat de représentant des salariés à la chambre d'agriculture ne peut entraîner aucune discrimination en matière d'embauche ou de promotion au sein de l'entreprise* ».

pénal. L'objectif de la découverte de ce nouveau critère, absent du projet de loi initial¹, est alors clairement pragmatique : souligner les risques de discrimination au sein des établissements hospitaliers pour personnes âgées et dépendantes (EHPAD) ; permettre, en mentionnant ce critère dans la liste de la loi de 2008, de se fonder sur ce critère pour saisir le Défenseur des droits². Le choix de ne pas modifier l'article 225-1 du Code pénal est par ailleurs clairement assumé : les travaux parlementaires établissent la conscience des producteurs de la norme de l'impossibilité de fonder une sanction pénale sur ce critère³. Mais la discussion parlementaire met clairement en évidence que, parmi les parlementaires, nombreux sont ceux qui doutent de l'intérêt de l'insertion d'un tel critère, alors que sont déjà visés par les textes les discriminations en raison de l'âge et du handicap⁴. Et, par ailleurs, exclure la sanction pénale en matière de discrimination fondée sur la « perte d'autonomie » engendre une impression de hiérarchie entre les motifs de discriminations dont on a bien du mal à saisir la logique quand, précisément, le handicap ou l'âge, l'un et l'autre mentionnés à l'article 225-1 du Code pénal, pourraient en principe être sollicités pour saisir les situations en cause et, partant, fonder une sanction pénale ... Sur un plan plus théorique, la méthode engendre de **l'inconstance**, c'est à dire **une modification de la norme en fonction des pratiques ou surtout des mises en lumière de pratiques** discriminatoires, **cas par cas**. Elle emporte aussi **des différences de situations dont la justification n'est pas évidente** : ainsi, les discriminations à raison des ressources ou du milieu social ne sont prises en compte que dans certains contextes particuliers, et à travers des prismes eux-mêmes changeants (« *milieu social* » dans le Code de l'éducation, « *bénéfice*

¹ L'exposé des motifs du projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement, présenté par Mmes M. Touraine et L. Rossignol (n°1994) ne mentionnait que les discriminations au regard de l'âge (il est ainsi affirmé que « *l'âge ne doit pas être facteur de discrimination ou d'exclusion* »). V. également le projet de rapport annexé au projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement, annexe à l'art. 2, § 111 (« *Le défenseur des droits a affirmé dès 2005 que les discriminations liées à l'âge étaient en augmentation. L'âge est le troisième critère de discrimination après l'origine et le handicap. Toutes les mesures nécessaires pour les prévenir devront être prises, en concertation étroite avec le Défenseur des droits* »), et § 245 (« *[...] Il s'agit également de lutter contre les discriminations liées à l'âge qui sont en augmentation [...]* »). Il s'agit alors de « *faire mieux respecter les droits des âgés vulnérables et lutter contre les discriminations* » (§ 244).

² C'est en tout cas ainsi qu'est justifié l'amendement 608 rectifié, par la rapporteure de la loi à l'Assemblée nationale, Mme Martine Pinville : « *Cet amendement vise à faire figurer la perte d'autonomie au nombre des motifs discriminatoires définis par la loi. Les droits des personnes âgées seront ainsi confortés dans le cadre global des politiques de lutte contre les discriminations. Cela aura pour conséquence d'établir sans conteste la possibilité pour le Défenseur des droits d'être saisi par des personnes victimes de discriminations en raison de leur perte d'autonomie, mais aussi par leur ayant droit ou leur représentant légal, conformément à la loi organique du 29 mars 2011 relative au défenseur des droits. Le Défenseur des droits sera ainsi habilité sans ambiguïté à recevoir des demandes en cas de traitement discriminatoire survenant dans des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, les EHPAD. C'est une garantie supplémentaire du respect des droits des résidents des EHPAD* » (Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement, n°2155, 17 juill. 2014).

³ V. le Rapport n°101 (2015-2016) de MM. Georges Labazée et Gérard Roche, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 21 octobre 2015, à propos de l'art. 19 A.

⁴ Si bien que le Sénat, à l'occasion de la première lecture du texte, a supprimé l'amendement insérant ce nouveau motif dans la loi de 2008.

d'aides sociales » dans le Code de l'action sociale et des familles, à propos de l'hébergement des personnes âgées dépendantes, CMU en matière d'accès aux soins, dans le Code de la santé publique). Ensuite, la méthode **expose à l'absence de prise en compte ou à l'invisibilisation de pratiques discriminatoires minoritaires** ; or, le présupposé législatif selon lequel, dans certains contextes, on ne discriminera que pour certains motifs, peut être pris en défaut. La démarche qui se veut pragmatique pourrait donc produire des effets pervers. Ainsi, ne prend-on pas le risque de laisser entendre que, en matière d'inhumation, les seuls motifs de discrimination prohibés sont ceux visés par la loi spéciale – de sorte qu'une discrimination en fonction de l'orientation sexuelle ou de la race ne serait pas répréhensible ? De la même manière, on comprend intuitivement les raisons de la sélection des motifs opérés par l'article L.332-18 du Code du sport, aux termes duquel : « *Peut être dissous ou suspendu d'activité pendant douze mois au plus par décret [...] toute association ou groupement de fait ayant pour objet le soutien à une association sportive mentionnée à l'article L.122-1, dont des membres ont commis en réunion, en relation ou à l'occasion d'une manifestation sportive, des actes répétés ou un acte d'une particulière gravité et qui sont constitutifs de dégradations de biens, de violence sur des personnes ou d'incitation à la haine ou à la discrimination contre des personnes à raison de leur origine, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur sexe ou de leur appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Est-ce à dire que les responsables d'associations sportives ne doivent pas sensibiliser leurs membres à la prohibition de tout discours discriminatoire, par exemple au regard de l'état de santé, du handicap, de l'apparence physique, de l'âge ou du lieu de résidence ? Même, le pragmatisme n'alimente-t-il pas les stéréotypes de genre quand il conduit à souligner le risque de discrimination à raison de la maternité en matière professionnelle, et pas de la paternité, comme s'il était certes illégitime mais pas surprenant de considérer qu'une mère n'ait pas les mêmes aptitudes professionnelles qu'un père ?

Il s'agirait, plus rarement, en troisième lieu, **d'invalider par avance la démarche tendant à voir dans un certain critère un motif de discrimination justifiée, le pragmatisme passant alors parfois par la neutralisation préventive d'une justification**. L'hypothèse est celle dans laquelle, eu égard au domaine en cause, ou au contexte normatif, on pourrait imaginer que le motif en question puisse être **valablement** pris en compte. La loi cherche à couper court à cette tentation. En d'autres termes, on identifie un risque particulier de discrimination **qui pourrait être jugée légitime**, et on choisit de neutraliser ce risque explicitement, en interdisant formellement tel ou tel motif de discrimination dans la loi. Deux exemples principaux peuvent être cités. D'une part, l'article 225-3 du Code pénal précise que, dans certains contextes, l'état de santé peut être pris en compte sans que cela constitue une discrimination répréhensible. Mais des exceptions à cette exception sont prévues. Elles punissent en particulier les discriminations qui « *se fondent sur la prise en compte des conséquences sur l'état de santé d'un prélèvement*

d'organe ». On comprend bien la logique : *a priori*, il ne serait pas absurde que le don d'organe puisse, dans certaines circonstances, être pris en considération ; il s'agit de disqualifier ce raisonnement. La même analyse peut être adoptée s'agissant de l'article L.511-41 du Code monétaire et financier, qui prohibe toute discrimination directe ou indirecte à l'encontre des lanceurs d'alerte. Le risque n'est pas, *a priori*, nul que l'employeur soit autorisé à prendre une sanction à l'encontre de celui qui a nui à l'image de l'entreprise ; le texte vient tuer dans l'œuf une telle tentation – sans passer par le canal, qui pourrait s'avérer ineffectif, de la discrimination à raison des activités syndicales.

En définitive, l'impression qui ressort de l'étude est que **l'écriture des motifs de discrimination dans la loi dessine moins une échelle de l'intolérable qu'un tableau de la perception du risque de discrimination**¹.

¹ Comp. Marie-Laure Izorche, « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 53 et s., n°33, p. 65 : « Il serait d'ailleurs intéressant de se demander pourquoi et comment le législateur a lui-même opéré une distinction entre les critères qui méritaient d'être cités dans l'article 225-1, et ceux qu'il n'a pas retenus : on pourrait avancer au moins deux hypothèses, la première étant que les discriminations retenues dans ce texte seraient, de fait, les plus fréquentes, la seconde étant que ce seraient les distinctions les plus intolérables pour le corps social ... les deux explications n'étant nullement incompatibles ».

L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne

Robin Médard

Doctorant, Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Dernière modification d'ampleur du cadre juridique en matière de définition, la loi du 27 mai 2008¹ est venue transposer, par l'intermédiaire de son article premier, les définitions communautaires des discriminations directe et indirecte. En dépit d'avancées certaines, il serait cependant audacieux de soutenir que cette loi fut élaborée en vue d'apporter une réponse à l'impératif d'efficacité de la lutte contre les discriminations. De manière moins ambitieuse mais néanmoins assumée, l'objectif du projet de loi était explicitement de « *se mettre à l'abri de procédures judiciaires avant la présidence française* » de l'Union européenne² via la transposition de directives communautaires à la suite de deux mises en demeure et d'un avis motivé, adressés au gouvernement par la Commission européenne. Plus encore, cette perspective formaliste et procédurale relégua la dimension qualitative du texte au rang d'une considération accessoire. Les travaux en commissions furent des plus succincts³, évacuant l'hypothèse d'auditions de personnalités qualifiées⁴. Quant aux débats parlementaires, ils furent étriés par l'intermédiaire d'une déclaration d'urgence, réduisant le processus de délibération à une lecture par chambre, étalée sur une séance unique⁵. *In fine*, le texte promulgué, de par ses carences et en raison d'une transposition mécanique, fut dénoncé comme concourant à une complexité inutile, à une illisibilité du droit⁶ et à une hiérarchisation des motifs⁷.

¹ 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.

² Sénat (M. Dini), *Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, annexé au procès-verbal de la séance du 2 avril 2008, n°253, p. 6. Voir également *JORF*, 26 mars 2008, n°15 [2], AN (CR), 2008, p. 916-919.

³ Voir les dossiers législatifs [en ligne], disponible sur URL : [www.assemblee-nationale.fr] et URL : [www.senat.fr]. Par ailleurs, le délai accordé aux rapporteurs pour l'élaboration des rapports sur le projet de loi fut limité à six jours.

⁴ Pour nuancer ces carences, Valérie Letard soulignait quelques consultations en amont, tout en admettant que « *l'on peut déplorer que ce ne soit pas suffisant : la HALDE, porte-parole des victimes de discriminations, les partenaires sociaux, la Commission nationale de la négociation collective, le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes* », in *JORF*, 26 mars 2008, n°15 [2], AN (CR), 2008, p. 938.

⁵ En ce sens, voir *JORF*, 26 mars 2008, n°15 [2], AN (CR), 2008, p. 935-936.

⁶ Conséquence des rejets successifs, au Sénat, des amendements n°s 14, 37, 15, 16 et 38, à l'Assemblée nationale, des amendements n°s 58, 22, 2, 54, 16, 25, 60, 17, 20 et 26. Voir *JORF*, *idem*, p. 941-943 et *JORF*, 10 avril 2008, n°24, S (CR), 2008, p. 1599-1600.

⁷ Voir not. *JORF*, 26 mars 2008, n°15 [2], AN (CR), 2008, p. 919-927.

Par ailleurs, si les définitions des discriminations directe et indirecte nouvellement transposées – plus ou moins fidèlement – constituèrent des progrès indéniables, il ne fut toutefois pas estimé opportun de procéder à leur codification¹. Face à cette absence d'uniformisation et à une démarche affranchie des exigences de perfectionnement de l'ordre juridique interne, il put alors être relevé – avec justesse – que, « *comme le Conseil constitutionnel le réclame, le droit en vigueur doit être lisible pour ses utilisateurs. Lorsqu'un texte donne de la discrimination plusieurs définitions [qui] ne se superposent pas totalement avec ce qu'on trouve dans le code du travail ou le code pénal, comment peut-on prétendre parvenir à une transposition lisible tant par les utilisateurs que par les exégètes ? C'est là encore une situation dont on ne saurait se satisfaire* »². Au fondement de cette rétrospective critique se trouve l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui recouvre ici sa pleine pertinence. Reconnu par le Conseil constitutionnel en 1999³, cet objectif fut progressivement complété par le principe ou l'exigence de clarté de la loi⁴ et sa non-complexité excessive⁵, avant d'être précisé dans ses fondements en 2006⁶.

Pourtant, bien que soutenues par l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi, les précisions du texte visant la mise en cohérence du droit se virent opposer en écho les propos de la Secrétaire d'État chargée de la solidarité qui, à de multiples reprises, considéra qu'elles devaient être rejetées dès lors qu'elles n'étaient « *pas nécessaire[s] pour [s']acquitter [des] obligations de transposition* »⁷. Au Sénat, le rapporteur rétorquait avec un détachement similaire : « *nous constatons que l'Europe n'en finit pas de légiférer sur les discriminations et, bien entendu, nous pouvons imaginer que, dans très peu de temps, une nouvelle directive sera adoptée sur ce sujet ! Il me semble donc préférable d'attendre la prochaine directive et d'essayer d'y intégrer toutes les dispositions que vous avez proposées aujourd'hui*⁸, dont nous pouvons approuver le principe, mais qu'il n'est pas opportun, me semble-t-il, de faire figurer dans le présent texte »⁹. Huit années plus tard, le cadre juridique en matière de définition

¹ En ce sens, voir *idem*, p. 937 et p. 942.

² *Ibid.*, p. 939.

³ Cons. constit., décision n°99-421 DC, 16 décembre 1999.

⁴ Cons. constit., décision n°2001-455 DC, 12 janvier 2002, cons. 9 ; décision n°2001-451 DC, 27 nov. 2001, cons. 13 ; décision n°98-401 DC, 10 juin 1998, cons. 10.

⁵ Cons. constit., Décision n°2005-530 DC, 29 décembre 2005, cons. 77.

⁶ Cons. constit., Décision n°2006-540 DC, 27 juillet 2006. Ses fondements textuels étant, en l'occurrence, les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen (DDHC).

⁷ *JORF*, 26 mars 2008, n°15 [2], AN (CR), 2008, p. 942.

⁸ *Supra*, 6^e note de l'article.

⁹ *JORF*, 10 avril 2008, n°24, S (CR), 2008, p. 1601.

demeure en substance inchangé – en dépit de l’ajout de trois motifs supplémentaires¹. Face à ce constat, et sans languir après une prochaine loi de transposition, un regard critique pourrait être porté sur l’état des définitions de la discrimination en droit interne, non plus à la lueur du *timing* politique mais avec en perspective leur intelligibilité. Pour ce faire, ce n’est qu’après avoir procédé à une approche sémantique des formulations de ces définitions (Section 1), laissant émerger leurs divergences, qu’il serait possible d’envisager leur possible harmonisation (Section 2). En transparence, le propos de cette approche étant de soutenir que, par cette mise en cohérence du droit, il serait possible de contribuer à l’intelligibilité du dispositif juridique antidiscriminatoire et, par voie de conséquence, de favoriser le recours au droit par les principaux intéressés.

Section 1. Les formulations de la discrimination à l’épreuve d’une approche sémantique

Lors de la présentation en Commission des lois du Sénat du rapport intitulé « *La lutte contre les discriminations : de l’incantation à l’action* », Esther Benbassa débutait son allocution en soulignant la difficulté manifeste que représentait la simple étape de la définition du concept de discrimination en France, « *bien plus complexe qu’il n’y paraît* »². En effet, cette complexité de la tâche émerge indéniablement au regard de la divergence des formulations en droit interne, que celles-ci aient fait l’objet d’une codification (§1) ou non (§2).

§1. Les formulations codifiées de la discrimination

A. Discrimination et Code pénal : 2 niveaux de discrimination, 7 actes discriminatoires, 20 motifs et 4 éléments constitutifs

¹ Ajout de : l’identité sexuelle à l’article 225-1 du Code pénal, à l’article L.1132-1 du Code du travail, à l’article 6 de la loi du 13 juillet 1983 et aux articles 1^{er} et 2 de la loi du 27 mai 2008 par l’article 4, I. IV. VII. et VIII., de la loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel ; du lieu de résidence aux articles 1^{er} et 2 de la loi du 27 mai 2008, à l’article L.1132-1 du Code du travail et à l’article 225-1 du Code pénal par l’article 15, I., II. et III., de la loi n°2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine ; la perte d’autonomie à l’article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 par l’article 23 de la loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l’adaptation de la société au vieillissement.

² Voir Sénat (E. Benbassa, J.-R. Lecerf), *La lutte contre les discriminations : de l’incantation à l’action, Rapport d’information de Mme Esther Benbassa et de M. Jean-René Lecerf, fait au nom de la Commission des lois*, n°94, novembre 2014, p. 63 : « *je commencerai par expliquer ce qu’est une discrimination ; nous pensons en effet, avant ce rapport, savoir ce dont il s’agissait. Or, c’est bien plus complexe qu’il n’y paraît* ».

Premièrement, au sein du dispositif juridique français, la définition pénale de la discrimination et les conditions de sa prohibition se trouvent énoncées par les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal, issus de la codification de juillet 1992¹ :

« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation ou identité sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales » ;

« La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1², commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

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

Une approche sémantique révèle alors la reconnaissance juridique de deux niveaux de discrimination, selon qu'elle soit licite ou illicite. Alors que l'article 225-1 définit la discrimination, l'article 225-2 énumère les six modalités de distinction susceptibles de transformer une discrimination non-prohibée en une discrimination prohibée, ou plus exactement, en une discrimination « *punissable* »³. Lorsque la discrimination, telle que définie à l'article 225-1, ne correspond à aucun des modalités envisagées, elle demeure licite au sens

¹ Loi n°92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes.

² « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés ».

³ Voir not. Cass. Crim., 13 avril 1999, n°98-82277, Cass. Crim., 9 novembre 2004, n°03-87444, ou encore Cass. Crim., 18 décembre 2007, n°06-82245.

du Code pénal. En outre, les six modalités de distinction ou actes discriminatoires de l'article 225-2 bénéficient du renfort de l'article 432-7 du Code pénal, comprenant deux ajouts, dont un doublon :

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

1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ».

Alors, au vu de ces éléments, la qualification pénale de discrimination dépend de quatre éléments constitutifs : un acte matériel (« *toute distinction* »), dirigé à l'égard d'un sujet personnel déterminé (« *opérée entre personnes* », physiques ou morales) et lié à un motif énuméré (aux alinéas 1 et 2 de l'article 225-1) qui se trouve pris en compte de manière déterminante (« *à raison de* »).

À souligner toutefois quatre précisions. Tout d'abord, l'élément matériel de la discrimination possède en droit pénal une spécificité qui vient d'être évoquée : il doit être précisé. Pour que soit constituée une discrimination punissable, la distinction devra de surcroît « *consister* » en l'un quelconque des actes spécifiés aux articles 225-2 et 432-7 du Code pénal. Ensuite, concernant les motifs énumérés, il convient de noter la divergence des alinéas 1 et 2 de l'article 225-1. L'absence du motif de « *grossesse* » à l'alinéa 2 réduit en effet à dix-neuf le nombre de motifs applicables à la discrimination entre personnes morales¹. Troisièmement, en cas de discrimination entre personnes morales, une autre spécificité doit de surcroît être soulignée, relative cette fois à la prise en compte des motifs. Dans cette hypothèse, les motifs pris en compte ne sont pas propres aux personnes morales mais aux « *membres* » ou à « *certains membres de ces personnes morales* ». En conséquence, cette particularité laisse transparaître en droit français – et de manière novatrice – une forme particulière de discrimination par association, modalité de discrimination qui, à défaut de mention expresse dans les directives communautaires, dérive progressivement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne². Enfin, il importe de souligner que l'article 225-3 énonce de manière exhaustive des hypothèses de « *discrimination* » (au sens de l'article 225-1), placées en dehors du champ d'application de l'article 225-2 et en conséquence « *non punissables* » (e.g. inaptitudes

¹ En raison de l'absence de généralisation de la modification apportée par l'article 13 de la loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

² Pour un cas de discrimination par association reconnu et dérivé de la discrimination directe, voir CJUE, Grande chambre, 17 juillet 2008, Colman, Aff. C-303/06. Pour un cas de discrimination par association reconnu et dérivé de la discrimination indirecte, voir plus récemment CJUE, Grande chambre, 16 juillet 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD, Aff. C-83/14.

médicalement constatée, exigence professionnelle essentielle et déterminante, nationalité et fonction publique, risque et danger manifeste, etc.).

B. Discrimination et Code du travail : 4 actes discriminatoires, 21 motifs, 10 matières spécifiques et 1 renvoi

Au-delà de la sphère pénale, l'article L.1132-1 du Code du travail précise :

« 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, telle que définie à l'article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L.3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité 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, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap ».

Le législateur reprend ici opportunément les vingt motifs de l'article 225-1 du Code pénal, auxquels il ajoute toutefois les activités mutualistes.

En sus, il insiste sur quatre actes potentiellement discriminatoires, dont trois se trouvent mentionnés à l'article 225-2, 3°, 5° et 6° du Code pénal : l'écart d'une procédure de recrutement / d'accès à un stage ou à une formation, la sanction, le licenciement, ainsi que tout autre mesure discriminatoire, notamment lorsqu'elle touche l'une des dix matières énumérées. Pour les actes potentiellement discriminatoires concernés par le doublon (*i.e.* recrutement/accès à un stage ou à une formation, sanction et licenciement), la victime aura – théoriquement – le privilège du choix de la voie juridictionnelle.

Au-delà de l'énumération des motifs ou des actes discriminatoires explicitement formulés, la scission entre discriminations « *punissables* » et discriminations « *non punissables* » ne transparaît pas de cette formulation. À l'inverse, toute discrimination, parce qu'elle est discrimination, se trouve prohibée (« *aucune personne ne peut [...] faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte* »). Or, cette divergence avec le Code pénal est liée à la définition même de la discrimination et à la dimension préjudicielle contenue ou non par l'acte matériel. À cet égard, la discrimination au sens de l'article L.1132-1 du Code du travail ne

rejoint en aucun cas celle fournie par l'article 225-1 du Code pénal, axée sur la « *distinction* ». En alternative, elle renvoie à l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008, introduisant une définition d'inspiration communautaire de la discrimination, directe et indirecte, axée sur les notions de traitement « *moins favorable* » et de « *désavantage* ».

§2. Les formulations non codifiées de la discrimination

A. Discrimination et loi du 27 mai 2008 : 11 + 2 motifs, 4 + 2 éléments constitutifs et 6 domaines d'application

Dans certains domaines, placés en dehors de la sphère pénale, ce sont les définitions issues du droit communautaire, telles que transposées par la loi du 27 mai 2008, qui font office de références. L'article 1^{er} de cette loi dispose :

« 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, son âge, 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.

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

Si les quatre éléments constitutifs de la discrimination au sens de l'article 225-1 du Code pénal demeurent (*i.e.* acte matériel, élément personnel, motifs énumérés et modalité de prise en compte de ces derniers), trois d'entre eux se voient néanmoins désavoués dans leur substance.

Premièrement, l'acte matériel de la discrimination n'est plus une simple « *distinction* » (discrimination non punissable au sens de l'article 225-1 du Code pénal), ni même une « *distinction* » qui « *consiste* » à commettre un des sept actes explicitement énumérés (discrimination punissable au sens des articles 225-2 et 432-7 du Code pénal). Pour la loi du 27 mai 2008, l'acte matériel de la discrimination directe est un traitement « *moins favorable* ». En parallèle, dans l'hypothèse d'une qualification de discrimination indirecte, l'acte matériel est « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner [...] un désavantage particulier* ». Dans les deux cas, quelle que soit la désignation de l'acte matériel (*i.e.* traitement, disposition, critère ou pratique), c'est la défaveur substantielle dont il est porteur – et non le seul aspect distinctif – qui se trouve au cœur de l'appréciation.

Deuxièmement, concernant l'élément personnel, celui-ci ne varie pas de manière extrêmement significative – sous réserves des nuances mentionnées ci-après – entre la formulation pénale et les formulations issues du droit communautaire. Qu'il s'agisse de « *personnes* » (article 225-1, alinéa 1, du Code pénal), d'« *une personne* » et d'« *une autre* » (article 1^{er}, alinéa 1, de la loi de 2008) ou « *des personnes par rapport à d'autres personnes* » (article 1^{er}, alinéa 2, de la loi de 2008), la répercussion des variantes est minime.

Troisièmement, avec onze motifs énumérés, l'article 1^{er} de la loi de 2008 est quasiment de moitié plus restreinte que celles du Code pénal ou du Code du travail. Les caractéristiques évincées sont les suivantes : origine, situation familiale, grossesse, apparence physique, patronyme, état de santé, caractéristiques génétiques, mœurs, opinions politiques, activité syndicale, et appartenance vraie ou supposée à une nation. L'article 1^{er} mentionne cependant deux motifs qui lui sont spécifiques : les convictions et la perte d'autonomie. En outre, pour être complet, à l'énumération des onze motifs de l'article 1^{er} – partiellement repris à l'article 2, 1^o, 2^o et 4^o – il convient d'ajouter les motifs de grossesse et de maternité, mentionnés exclusivement à l'article 2, 3^o. Par ailleurs, contrairement à l'article 225-1 du Code pénal, les alinéas 1 et 2 de la loi de 2008 correspondent parfaitement quant à la liste de motifs énumérés, dans la mesure où l'alinéa 2 se contente de renvoyer aux « *motifs mentionnés au premier alinéa* ».

Quatrièmement, il importe de souligner la nuance entre les définitions quant à la modalité de prise en compte des motifs énumérés. Selon le Code pénal, en ce qu'elle est porteuse d'un lien de causalité directe, la prise en compte du motif doit être déterminante (« *à raison de* », i.e. « *cause, motif* »¹). À l'inverse, selon la loi du 27 mai 2008, cette prise en compte ne doit plus simplement concourir à l'acte matériel (« *sur le fondement de* » i.e. « *[c]e qui sert de base, d'appui à quelque chose* »²) pouvant ainsi être non essentielle/principale dès lors qu'elle est significative.

Enfin, la définition de la discrimination directe posée en 2008, non contente de recadrer les quatre éléments constitutifs de base, en ajoute deux supplémentaires : un élément temporel et un élément contextuel. D'une part, l'élément temporel (i.e. « *une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été* ») précise la possible qualification discriminatoire d'actes matériels commis dans le passé, dans le présent ou achevés dans le futur. D'autre part, l'élément contextuel (« *dans une situation comparable* ») insiste sur

¹ Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} éd., entrée « *raison* », sens 6, [en ligne] disponible sur URL : [www.cnrtl.fr].

² Le Trésor de la langue française informatisée, entrée « *fondement* », sens I, B, 1, a, [en ligne] disponible sur URL : [www.cnrtl.fr].

la comparabilité des situations, utile à la dissociation explicite de la discrimination directe et du traitement différent justifié par une différence de situations.

Au-delà des éléments constitutifs, les définitions posées par la loi de 2008 se distinguent en outre par la mention d'une clause de justification ainsi que par la spécificité des domaines d'applications. En effet, l'alinéa 2 de l'article 1^{er} envisage une possibilité de justification de ce qui s'apparenterait à une discrimination indirecte dès lors qu'elle repose sur une justification objective, déterminée par un « *but légitime* » et des « *moyens nécessaires et appropriés* ». En revanche, cet alinéa n'institue pas pour autant une configuration à deux niveaux de discriminations en fonction de leur licéité. Dans le cas présent, la justification objective purge l'acte de son caractère discriminatoire (« *constitue une discrimination [...] à moins que [...]* »).

Outre la définition de la discrimination, sa prohibition est énoncée par l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 qui vient transposer les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE, 2004/113/CE et 2006/54/CE. L'interdiction de la discrimination concerne alors six domaines d'application et se formule de la manière suivante :

- « 1° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services ;
- 2° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation ou identité sexuelle ou le lieu de résidence est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle. [...] ;
- 3° Toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité. [...] ;
- 4° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est interdite en matière d'accès aux biens et services et de fourniture de biens et services. [...] ».

La pertinence de l'article 2 doit dès lors être grandement nuancée en raison d'une transposition mécanique conduite par le législateur français. La conséquence directe du peu d'égard accordé à la mise en cohérence du droit lors de cette transposition aboutit à la détermination de champs d'application variables en fonction du motif concerné. En conséquence, le point 1° de l'article 2, relatif à la protection sociale, à la santé, aux avantages sociaux, à l'éducation et à l'accès ou la fourniture de biens et services ne concerne que les seuls motifs de l'ethnie et de la race. Le point 2°, relatif au travail, s'applique quant à lui à l'ensemble des motifs de l'article 1^{er}, excepté la perte d'autonomie. Le point 3°, relatif non plus à des domaines d'application mais aux motifs

de la grossesse et de la maternité, généralise la portée de ces motifs à tous les domaines confondus¹. Enfin, le point 4°, relatif au motif du sexe précise son application en matière d'accès ou de fourniture de biens et services. Par cette rédaction, est ainsi créée une gradation composée de quatre échelons selon que la caractéristique protégée en cause s'applique : soit à l'ensemble des six domaines susmentionnés, soit seulement à l'accès ou la fourniture de biens et services ainsi qu'au travail, soit exclusivement au domaine du travail, soit, enfin, à aucun de ces domaines (*i.e.* la perte d'autonomie²).

B. Discrimination et loi du 13 juillet 1983 : 14 + 1 motifs et 4 éléments constitutifs

En droit interne, les dispositions susmentionnées sont en outre à considérer au regard des articles 6 et 6 *bis* de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui, s'ils ne se réfèrent pas explicitement à la notion de discrimination, précisent :

« aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race [ou « de leur sexe »³] »⁴.

Concernant l'élément matériel, cet article conforte la formulation du Code pénal et retient la simple « *distinction* ». Il en va de même pour la modalité de prise en compte des motifs en ce qu'elle est porteuse d'un lien de causalité directe et principal (*i.e.* « *en raison de* »). Quant à l'élément personnel, il se voit restreint par la portée de la loi du 13 juillet 1983, ne trouvant à s'appliquer qu'« *entre fonctionnaires* ». Enfin, avec quinze motifs énumérés, le quatrième élément constitutif de la définition diffère à la fois du code pénal, de la loi de 2008 et du code du travail. L'énumération comporte en effet plusieurs absences (*e.g.* situation de famille, grossesse, lieu de résidence, caractéristiques génétiques, mœurs, etc.) ainsi qu'une spécificité (*i.e.* opinions philosophiques). Par ailleurs, n'est pas retenue la logique pénale selon laquelle,

¹ Ce point 3° se borne en effet à proscrire « *toute discrimination* » liée à ces motifs. L'interprétation avancée se trouve confirmée par les débats préparatoires relatifs aux alinéas 5 et 6 de l'article 2 qui composent ce point 3° : « *ces alinéas, en raison de leur portée très générale – aucune matière n'étant mentionnée, ils semblent avoir vocation à s'appliquer à toute situation –, assurent une transposition complète des directives communautaires existantes* », in Assemblée nationale (I. Vasseur), *Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n°514) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, enregistré à la présidence le 6 février 2008, n°695, p. 23.

² En raison de l'absence de précision de ce nouveau motif à l'article 2 lors de son ajout à l'alinéa 1 de l'article 1^{er} par l'article 23 de la loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

³ Art. 6 *bis*.

⁴ En dépit du fait qu'il se borne à la seule « *distinction* » entre fonctionnaires, cet article se trouve directement lié à la lutte contre les discriminations dans la fonction publique comme l'illustre le fait que sa principale modification soit intervenue par le biais de la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

pour devenir punissable, la distinction devrait se manifester sous la forme d'actes énumérés. À l'inverse, selon l'article 6 – et à l'instar du Code du travail –, la seule distinction opérée entre personnes à raison d'un motif énuméré est prohibée, alors même qu'elle pourrait être susceptible d'équivaloir à une discrimination non-punissable au sens du Code pénal.

*

* *

Tableau n°1 : Divergences structurelles des quatre énonciations de la discrimination en droit interne au prisme des six éléments constitutifs identifiés *supra*.

Structures des définitions de la discrimination		Loi du 13 juillet 1983	Code pénal	Loi du 27 mai 2008	Code du travail
1°	Élément matériel	toute "distinction"	"toute distinction" (discrimination non punissable)	traitement de "manière moins favorable" (discrimination directe) ou disposition, critère ou pratique "neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner [...] un désavantage particulier" (discrimination indirecte)	NC (mais renvoi à la définition de l'art. 1 de la loi de 2008)
	Précision de l'élément matériel		qui "consiste" en l'un des sept actes mentionnés aux articles 225-2 et 432-7 du code pénal ("discrimination punissable")		
2°	Élément personnel	"entre fonctionnaires"	"entre les personnes physiques" (al. 1) ou "entre les personnes morales" (al. 2, discrimination par association, au regard des caractéristiques "des membres ou de certains des membres de ces personnes morales")	"une personne" par rapport à "une autre" (art. 1, al. 1, discrimination directe) ou "des personnes par rapport à d'autres personnes" (art. 1, al. 2, discrimination indirecte)	toute "personne" ou tout "salarié" (et renvoi à l'art. 1 de la loi de 2008)
3°	Motifs énumérés	14 (art. 6) + 1 (art. 6 bis)	20	11 (art. 1) + 2 (art. 2, 3°)	21 (mais renvoi à l'art. 1 de la loi 2008 = <i>quid</i> de la perte d'autonomie et des convictions)
4°	Modalité de prise en compte des motifs	"en raison de"	"à raison de"	"sur le fondement de" (art. 1 et art. 2, 1°, 2° et 4°) et "en raison de" (art. 2, 3°)	"en raison de" (mais renvoi à la définition de l'art. 1 de la loi 2008 = ambiguïté)
5°	Élément temporel	NC	NC	"ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été" (discrimination commise dans le passé, le présent ou le futur)	NC (mais renvoi à la définition de l'art. 1 de la loi de 2008)
6°	Élément contextuel	NC	NC	"dans une situation comparable" (comparabilité des situations)	NC (mais renvoi à la définition de l'art. 1 de la loi de 2008)

Tableau n°2 : Énumérations variables des motifs.

Reconnaissance variable des motifs		Art. 6 et 6 bis de la loi du 13 juillet 1983	Art. 225-1 du code pénal	Art. 1 et 2, 3° de la loi 27 mai 2008	Art. L1132-1 du code du travail
1	Origine	x	x		x
2	Sexe	x	x	x	x
3	Situation de famille		x		x
4	Grossesse		x*	x	x
5	Apparence physique	x	x		x
6	Patronyme	x	x		x
7	Lieu de résidence		x	x	x
8	Etat de santé	x	x	x	x
9	Handicap	x	x		x
10	Caractéristiques génétiques		x		x
11	Mœurs		x		x
12	Orientation sexuelle	x	x	x	x
13	Identité sexuelle	x	x	x	x
14	Âge	x	x	x	x
15	Opinions politiques	x	x		x
16	Activités syndicales	x	x		x
17	Ethnie	x	x	x	x
18	Nation		x		x
19	Race	x	x	x	x
20	Religion	x	x	x	x
21	Perte d'autonomie			x	
22	Convictions			x	
23	Maternité			x	
24	Activités mutualistes				x
25	Opinions philosophiques	x			

* Absence du motif "grossesse" à l'énumération de l'alinéa 2 de l'article 225-1 du code pénal

Tableau n°3 : Classement des motifs en fonction de leur fréquence d'occurrence au sein des quatre formulations considérées et variantes éventuelles dans leurs formulations.

Classement des motifs par fréquence de l'occurrence sur les quatre énoncés	Communs (4/4)	Communs mais formulations distinctes du motif	Quasi-communs (3/4)	Quasi-communs mais formulations distinctes du motif	Partagés (2/4)	Isolés (1/4)
Sexe	x					
Handicap	x					
Orientation sexuelle	x					
Identité sexuelle	x					
Âge	x					
Ethnie	x					
Race	x					
Religion	Religion (*2), convictions et opinions religieuses	x				
Origine			x			
Grossesse			x			
Apparence physique			x			
Lieu de résidence			x			
Etat de santé			x			
Opinions politiques			x			
Patronyme	Variante "nom de famille" in code du travail			x		
Activités syndicales	Variante "opinions syndicales" in loi du 13 juillet 1983			x		
Situation de famille					x	
Caractéristiques génétiques					x	
Mœurs					x	
Nation					x	
Perte d'autonomie						x
Convictions						x
Maternité						x
Activités mutualistes						x
Opinions philosophiques						x

Tableau n°4 : Illustration des portées respectives des motifs au regard des champs d'application des articles 1^{er} et 2 de la loi du 27 mai 2008, de l'article L.1132-1 du Code du travail et des articles 225-1, 225-2 et 432-7 du Code pénal.

Champs d'application		Civil								
		Protection sociale	Santé	Avantage sociaux	Education	Accès ou fourniture de biens et services	Travail (affiliation et engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, accès à l'emploi, emploi, formation conditions de travail, promotion)	Ecart d'une procédure de recrutement, de l'accès à un stage ou d'une période de formation	Sanction en emploi	Licenciement
1	Origine							x	x	x
2	Sexe					x	x	x	x	x
3	Situation de famille							x	x	x
4	Grossesse	x	x	x	x	x	x	x	x	x
5	Apparence physique							x	x	x
6	Patronyme							x	x	x
7	Lieu de résidence						x	x	x	x
8	Etat de santé							x	x	x
9	Handicap						x	x	x	x
10	Caractéristiques génétiques							x	x	x
11	Mœurs							x	x	x
12	Orientation sexuelle						x	x	x	x
13	Identité sexuelle						x	x	x	x
14	Âge						x	x	x	x
15	Opinions politiques							x	x	x
16	Activités syndicales							x	x	x
17	Ethnie	x	x	x	x	x	x	x	x	x
18	Nation							x	x	x
19	Race	x	x	x	x	x	x	x	x	x
20	Religion						x	x	x	x
21	Perte d'autonomie									
22	Conviction						x			
23	Maternité	x	x	x	x	x	x			
24	Activités mutualistes							x	x	x
25	Opinions philosophiques									

Tableau n°4 (suite) :

Champs d'application		Civil	Pénal						
		Autres mesure discriminatoire en emploi (notamment en matière de rémunération, mesure d'intéressement ou distribution d'action, formation, reclassement, affectation, qualification, classification, promotion, mutation, renouvellement de contrat)	Refuser la fourniture d'un bien ou d'un service	Entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque	Refuser d'embaucher, sanctionner ou licencier	Subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service	Subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation	Refuser d'accepter une personne à l'un des stages de l'art. L412-8, 2° du CSS	Refus de bénéfice d'un droit accordé par la loi (si dépositaire autorité publique ou en charge service public)
1	Origine	x	x	x	x	x	x	x	x
2	Sexe	x	x	x	x	x	x	x	x
3	Situation de famille	x	x	x	x	x	x	x	x
4	Grossesse	x	x	x	x	x	x	x	x
5	Apparence physique	x	x	x	x	x	x	x	x
6	Patronyme	x	x	x	x	x	x	x	x
7	Lieu de résidence	x	x	x	x	x	x	x	x
8	Etat de santé	x	x	x	x	x	x	x	x
9	Handicap	x	x	x	x	x	x	x	x
10	Caractéristiques génétiques	x	x	x	x	x	x	x	x
11	Mœurs	x	x	x	x	x	x	x	x
12	Orientation sexuelle	x	x	x	x	x	x	x	x
13	Identité sexuelle	x	x	x	x	x	x	x	x
14	Âge	x	x	x	x	x	x	x	x
15	Opinions politiques	x	x	x	x	x	x	x	x
16	Activités syndicales	x	x	x	x	x	x	x	x
17	Ethnie	x	x	x	x	x	x	x	x
18	Nation	x	x	x	x	x	x	x	x
19	Race	x	x	x	x	x	x	x	x
20	Religion	x	x	x	x	x	x	x	x
21	Perte d'autonomie								
22	Conviction								
23	Maternité								
24	Activités mutualistes	x							
25	Opinions philosophiques								

* *
*

Section 2. La nécessaire mise en cohérence du droit interne

Au vu de ces éléments, une difficulté liminaire de l'efficacité de la lutte contre les discriminations repose sur la capacité à penser conjointement les énoncés juridiques

susmentionnés définissant la discrimination (directe, indirecte, punissable, non-punissable, en droit pénal, en droit civil, entre personnes physiques ou morales, à partir d'une distinction, d'un traitement défavorable, fondé(e) sur, ou en raison de motifs à énumération variable, rejoignant ou non des domaines d'application spécifiés, manifestée ou non par un acte particulier, etc.). À défaut d'une satisfaction par ce biais, rationnellement envisageable mais toujours irréductiblement complexe, une voie opportune émerge du rapport d'Esther Benbassa et Jean-René Lecerf estimant que « *le toilettage du droit de la discrimination [sic] passe d'abord par une nécessaire remise en cohérence* »¹. Reste alors à questionner, dans une démarche prescriptive assumée, les possibles modalités de cette remise en cohérence en reprenant pour ce faire les différents éléments constitutifs identifiés précédemment, qu'ils soient attachés à l'acte matériel (§1) ou aux motifs énumérés (§2).

§1. Les éléments constitutifs liés à l'acte matériel de la discrimination

A. L'élément matériel, en soi

Concernant la discrimination directe, plusieurs critères plaident en faveur d'une plus grande pertinence de la notion de traitement « *moins favorable* » (loi de 2008) au détriment de la seule « *distinction* » (loi de 1983 et Code pénal). Premièrement, si le sens étymologique de la discrimination² justifierait *a priori* le recours à la « *distinction* », c'est une autre substance qui caractérise désormais le concept dans son usage juridique ainsi que dans son sens courant. Cette caractéristique substantielle se trouve davantage attachée au fait que la discrimination « *produit nécessairement de l'inégalité* »³ – bien que l'inégalité ne soit pas nécessairement le produit d'une discrimination. Comme le soulignait Danièle Lochak, la discrimination « *ce n'est pas simplement séparer* », c'est « *en même temps hiérarchiser, traiter plus mal ceux qui, précisément, seront dits victimes d'une discrimination. L'adjectif discriminatoire désigne ainsi exclusivement un acte ou un agissement qui tend à distinguer un groupe humain ou une personne des autres, à son détriment* »⁴. Or, sur ce plan, force est de reconnaître que l'acception de « *toute distinction* » est beaucoup plus large qu'une distinction préjudicielle opérée au détriment de son sujet. Elle demeure notamment susceptible d'englober des mesures visant l'égalité dès lors qu'elles s'éloignent de l'uniformité de traitement. Cette optique conduit ainsi

¹ Sénat (E. Benbassa, J.-R. Lecerf), *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, op. cit., voir « Examen en Commission », p. 66.

² *Dictionnaire de l'Académie française*, op. cit., entrée « Discriminer », « du latin *discriminare*, mettre à part, séparer, distinguer », ou entrée « Discrimination », « du latin *discriminatio*, terme de grammaire et de rhétorique, « séparation » ». Voir encore F. Gaffiot, *Dictionnaire Latin Français*, Paris, Hachette, 1934, p. 538.

³ Lochak, D., « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, n°48, hiver 2003-2004, p. 13.

⁴ *Idem*, p. 15.

à préciser l'élément matériel par l'énumération d'actes spécifiques défavorables (e.g. refus, entrave, subordination à l'art. 225-2 du Code pénal). À l'inverse, comme souligné précédemment, la notion de traitement « *moins favorable* » laisse directement transparaître la probabilité du préjudice. Deuxièmement, il pourrait être soutenu dans la perspective de la généralisation de l'un de ces éléments matériels et au regard de leur divergence que celui devant prévaloir pourrait être déterminé en vertu du principe de postérité (i.e. « *la loi nouvelle prime sur la loi ancienne* »). Or, dans cette hypothèse, puisque la notion de distinction aux fins de qualification d'une discrimination a fait son apparition en 1990 (loi de 1983) et 1992 (Code pénal), ce principe favoriserait la notion de traitement « *moins favorable* », ayant quant à elle intégré l'ordre juridique interne en 2008. Troisièmement, et plus pragmatiquement, il importe de considérer la formulation de l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 comme étant le fruit de plusieurs mises en demeure et d'un avis motivé, adressés au gouvernement par la Commission européenne, précisément en raison d'une définition insatisfaisante de la discrimination en droit interne¹. Comme le relevait le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale : « *la Commission européenne a noté l'absence de définition 'précise' de la discrimination directe en droit français [...] déplorant que la responsabilité d'interpréter cette dernière notion conformément au droit communautaire soit complètement laissée au pouvoir du juge national* »². La Commission y voyant même une atteinte à la sécurité juridique dès lors que « *les droits dont bénéficient les particuliers aux termes d'une directive doivent être clairement et précisément énoncés pour que ceux-ci puissent s'en prévaloir devant les juridictions nationales compétentes* »³. En dépit de ces précisions, la portée des nouvelles définitions introduites en écho à ces propos fut néanmoins restreinte par le refus de leur codification qui aurait pu permettre, dès 2008, l'harmonisation des divergences.

Quant à la discrimination indirecte, seul l'article 1^{er} de la loi de 2008 l'envisage, si bien que le droit interne ne propose en l'état aucune alternative à l'élément matériel suivant : « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner [...] un désavantage particulier* ». Toutefois, il est possible de regretter la disparition de la notion de traitement défavorable en ce qu'elle paraît remettre en cause la substance commune des modalités de la discrimination (i.e. en réalité l'effet défavorable illégitime). Il pourrait à cet égard être soutenu que cette disposition, ce critère ou cette pratique constitue moins l'élément matériel de la discrimination indirecte qu'une particularité intermédiaire de sa manifestation. D'une part, la dimension préjudicielle et la marque de la défaveur demeurent, bien qu'elles

¹ Voir Assemblée nationale (I. Vasseur), *Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales*, op. cit., p. 23.

² *Ibid.*, p. 25.

³ *Idem.*

soient caractérisées dans la formule par la notion de « *désavantage particulier* ». D'autre part, la notion de « *traitement* », entendue *lato sensu*¹, paraît adéquate et serait susceptible d'être spécifiée par « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence* ». Alors, insistant sur la substance commune du phénomène discriminatoire, le traitement défavorable pourrait fort bien être considéré comme élément matériel de la discrimination indirecte qui posséderait simplement un intermède défini et explicitement formulé.

Concernant enfin la discrimination par association, à ce jour, l'alinéa 2 de l'article 225-1 ne l'envisage qu'implicitement et dans un cadre particulier : celui de la discrimination directe entre personnes morales. Hormis la précision tissant un lien entre les motifs énumérés et les membres des personnes morales – et non les personnes morales elles-mêmes –, la formulation se trouve calquée sur l'alinéa 1 de l'article 225-1. Se pose néanmoins la question de l'élargissement de l'emprise de la discrimination par association en droit français, au-delà du seul cas des personnes morales voire au-delà de la discrimination directe. En ce sens, la jurisprudence européenne² et le Défenseur des droits³ n'hésitent pas à qualifier de discriminatoires des pratiques correspondant à une forme de discrimination par association entre personnes physiques, en se fondant utilement sur les dispositions sanctionnant la discrimination directe. Néanmoins, la notion de discrimination par association, à l'instar de l'injonction à la discrimination⁴, possède ses spécificités et ne saurait être un synonyme parfait de la discrimination directe. Ainsi, sa reconnaissance juridique dissociée pourrait potentiellement permettre de compléter le dispositif. Dans cette hypothèse, la seule précision d'un traitement moins favorable serait suffisante en cas de mise en cohérence du droit pour désigner l'acte matériel de cette modalité particulière. À souligner en sus que, de manière encore plus novatrice et poursuivant la recherche de l'effet utile des directives communautaire, la CJUE a récemment reconnu implicitement la possibilité de discrimination par association dans le cas de discrimination indirecte⁵. *Quid* dès lors d'une reconnaissance franche de discrimination par association, qu'elle procède d'une interprétation inclusive des dispositions existantes ou d'une inscription spécifique en droit interne...

¹ Entendu *lato sensu* comme un terme englobant potentiellement tant une disposition, qu'un critère ou qu'une pratique. Voir *Dictionnaire de l'Académie française*, *op. cit.*, entrée « traitement », « *manière d'agir avec quelqu'un* ».

² CJUE, Grande chambre, 17 juillet 2008, Colman, Aff. C-303/06.

³ E.g. Défenseur des droits, décision MLD-2014-178 du 8 décembre 2014 relative à un refus de location d'un appartement à une personne dont les garants sont bénéficiaire d'une pension d'invalidité.

⁴ Introduit en droit interne par l'article 1^{er}, 2^o de la loi du 27 mai 2008 et considéré comme une discrimination (« *la discrimination inclut : [...] [l]e fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2* »).

⁵ CJUE, Grande chambre, 16 juillet 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD, Aff. C-83/14. Voir A. Popov, « Mise au point et nouveaux développements européens sur la discrimination directe et la discrimination par association », *RevDH, Actualités Droits-Libertés*, mars 2016, disponible [en ligne], URL : [revdh.revues.org].

B. L'élément personnel comme sujet de l'acte matériel

Concernant l'élément personnel, les difficultés en vue de l'appréciation du mérite des formules sont moindres dans la mesure où leurs divergences sont sensiblement plus nuancées que pour l'élément matériel de la discrimination. Dans le premier cas, celui de la discrimination directe, un choix devrait être fait entre les légères variantes du Code pénal et de la loi de 2008, proposant ainsi une alternative entre la mention d'un traitement défavorable « *entre personnes* » ou « *d'une personne* » par rapport à « *une autre* ». À cet égard, le double usage du singulier dans la formulation de 2008 permet de souligner de manière explicite le fait que ponctuellement, la discrimination peut être reconnue par l'examen d'une situation composée uniquement de deux individus, sans que ne soit nécessairement exigée la confirmation de la dimension discriminatoire par une multiplicité des comparaisons interindividuelles. Pour cette raison, le traitement défavorable d'une personne par rapport à une autre semble une optique à privilégier. Dans le deuxième cas, celui de la discrimination indirecte, en l'absence d'alternative, c'est là aussi la mention de l'article 1^{er} de la loi de 2008 qui devrait s'imposer (*i.e.* « *des personnes par rapport à d'autres personnes* »). Ici, la pluralité semble indiquer en revanche que la reconnaissance d'une discrimination indirecte ne pourrait procéder d'un traitement « *neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner [...] un désavantage particulier* » pour une seule personne par rapport à une autre. Or, cette dimension que révèle le sens sémantique peut paraître contestable dès lors que le désavantage peut fort bien n'affecter dans les faits qu'un seul individu¹. Cependant, cette critique s'atténue lorsque l'on considère que, au-delà des faits, toute personne partageant la caractéristique se trouverait affectée de manière similaire par la pratique en cause. Alors, apparaît l'aspect crucial des termes choisis qui renvoient à une disposition, un critère ou une pratique « *susceptible d'entraîner* » un désavantage particulier pour « *des personnes par rapport à d'autres personnes* »². Enfin, la spécificité duale de l'élément personnel dans le cas de la discrimination par association se trouve illustrée par la discrimination entre personnes morales de l'alinéa 2 de l'article 225-1 du Code pénal. D'une part, il existe un sujet personnel auquel est attaché le préjudice (*e.g.* « *les personnes morales* »). D'autre part, il existe un sujet personnel auquel est attaché le motif dont la prise en compte

¹ *E.g.* Défenseur des droits, décision MLD-2016-044 du 11 février 2016, relative au versement de prestations « enfant » par un comité d'entreprise en raison de la situation de famille.

² Précision sauvegardée *in extremis* en dépit des oppositions du Sénat souhaitant sa suppression au profit des termes « *entraînant un désavantage particulier* ». Voir encore *JORF*, 10 avril 2008, n°24, S (CR), 2008, p. 1595 au sujet de l'amendement n°2 et Assemblée nationale (I. Vasseur) et Sénat (M. Dini), *Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, n°882 et n°324, 13 mai 2008.

fonde l'acte matériel à la source du préjudice¹ (e.g. « des membres » ou « certains membres des personnes morales »). La spécificité de la discrimination par association repose alors sur cette coexistence intime des sujets personnels.

C. Les éléments temporel et contextuel comme précisions de l'acte matériel de la discrimination directe

Comme souligné précédemment, l'article 1^{er} de la loi de 2008 ajoute un élément temporel envisageant la déclinaison explicite de l'acte matériel selon trois temps : passé composé, présent et futur antérieur. Ce dernier temps fut substitué au conditionnel employé dans la formulation communautaire afin d'intégrer les réserves du Sénat au sujet des implications de la formule sur la reconnaissance de discriminations « *hypothétiques* »². Lui fut dès lors préféré le temps du futur antérieur en ce qu'il marque la certitude de l'occurrence. De même, cet article 1^{er} ajoute la notion de comparabilité des situations à la définition. Là aussi, l'adjonction permet de cerner avec davantage de précision la notion de discrimination directe et oppose à la seule distinction entre personnes un traitement moins favorable d'une personne par rapport à une autre dans une situation comparable. Cette précision possède un double mérite. D'une part, elle renforce l'affirmation sous-jacente selon laquelle la prise en compte des motifs énumérés ne saurait constituer une différence de situation en dehors des cas explicitement prévus par la loi (e.g. exigence professionnelle essentielle et déterminante, inaptitude constatée en raison de l'état de santé, etc). D'autre part, elle place hors du champ de la discrimination directe l'hypothèse d'un traitement différent visant l'égalité en ce que, pour être valable, il se trouve nécessairement fondé et justifié par la reconnaissance d'une différence de situation. Aussi, qu'il s'agisse de l'élément temporel ou de l'élément contextuel, cette démarche de précision ne peut que concourir à la compréhension du phénomène discriminatoire dès lors que ces éléments se trouvent formulés de manière non préjudiciable à l'intelligibilité de la formulation – ce qui, pour la loi du 27 mai 2008, semble être le cas. Par conséquent, ces éléments pourraient être retenus dans la perspective d'une unification des définitions de la discrimination directe.

§2. Les éléments constitutifs liés aux motifs potentiels de discrimination

A. La composition de la liste des motifs

¹ E.g. Défenseur des droits, décision MLD-2016-008 du 12 février 2016, relative à des agissements de harcèlement moral à l'égard d'un agent contractuel d'une commune.

² Pour un ultime épisode de la controverse, voir Assemblée nationale (I. Vasseur) et Sénat (M. Dini), *Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire*, op. cit. Voir encore *JORF*, 10 avril 2008, n°24, S (CR), 2008, p. 1594-1595 au sujet de l'amendement n°1 et Sénat (M. Dini), *Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales (1)*, op. cit.

Au regard de l'absence d'uniformité des formulations en matière de caractéristiques protégées¹, Jean-René Lecerf précisait en 2014 que, « *conscient des difficultés nées de la multiplicité des textes, en particulier en ce qu'ils instituent des motifs de discriminations différents, le législateur a commencé à y mettre bon ordre, en privilégiant le renvoi vers l'article 225-1 du Code pénal* »². Si l'intention de la mise en ordre est indubitablement louable, au-delà du Code pénal, il importe de considérer l'exclusivité de certains motifs attachés au Code du travail (les activités mutualistes), à la loi de 1983 (les opinions philosophiques) ou encore à la loi du 27 mai 2008 (les convictions, la maternité, la perte d'autonomie). À ce jour, la liste la plus fournie est celle du Code du travail qui comporte vingt-et-un des vingt-cinq motifs existant en droit français. Par conséquent, plus que la systématique du renvoi au Code pénal, c'est bien l'harmonisation des énumérations de ces vingt-cinq motifs qui permettrait de contribuer à la mise en ordre et à l'intelligibilité du droit interne.

Il est toutefois évident que certains domaines, en raison de leurs spécificités, s'accommoderaient mal de cette hypothétique généralisation. Il n'est pas ici question de nier ces spécificités ni même de les remettre en cause. Simplement, elles semblent pouvoir être conservées en dépit d'une généralisation des motifs sous conditions de trois précisions. Premièrement, concernant les discriminations directes, une généralisation des motifs n'empêche en aucun cas d'alimenter la liste des exceptions *numerus clausus* d'ores et déjà mentionnées en droit interne (e.g. art. 225-3 du Code pénal ; art. 6, al. 3 et 4 et art. 6 *bis*, al. 2 et 3 de la loi de 1983 ; art. 2, 2° et 4° de la loi de 2008 ; art. L.1133-1 à L.1133-3 du Code du travail) pas plus qu'elle n'empêche de concevoir ces exceptions comme sectorielles. Deuxièmement, en cas de discrimination indirecte, il importe de laisser ouverte la possibilité d'une justification *numerus apertus* conditionnée par un but légitime et des moyens de réalisation nécessaires et appropriés (art. 1^{er}, al. 2 de la loi de 2008). Troisièmement, il pourrait être défendu une généralisation du modèle des articles L.1133-4 et L.1133-5 du Code du travail : « *les mesures prises en faveur des personnes* » sur le fondement d'une caractéristique énoncée « *et visant à favoriser l'égalité de traitement ne constituent pas une discrimination* ». Pour ces raisons, l'émergence de formulations types de la discrimination créditées d'une liste de motifs complète et harmonisée ne semble pas constituer un obstacle insurmontable tout en se présentant comme une avancée certaine vers la mise en cohérence du dispositif anti-discriminatoire.

¹ *Nota bene* : pourrait être soulevée la question de savoir si les caractéristiques protégées intègrent véritablement la définition de la discrimination dans la mesure où l'article L.1132-1 du Code du travail, tout en renvoyant à la discrimination « *telle que définie* » à l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008, ajoute sa propre liste de caractéristiques protégées, heureusement plus fournie. Il s'agit là encore d'une des ambiguïtés des formulations en vigueur.

² Sénat (E. Benbassa, J.-R. Lecerf), *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, op. cit., p. 66.

Au-delà de l'harmonisation des énumérations par la généralisation des motifs, un second chantier, certes bien plus accessoire, pourrait également être envisagé : celui de l'ordonnancement des motifs. En effet, rien ne semble justifier les ordonnancements différents entre les quatre formulations considérées. À ce titre, il pourrait être plaidé en faveur d'un ordonnancement unique et cohérent, structuré par exemple autour de cinq principaux domaines, fonctions du lien direct ou indirect des motifs : à une appartenance collective, vraie ou supposée (origine, ethnie, nation, race), à un engagement personnel (convictions, mœurs, religion, opinions politiques ou philosophiques, activités syndicales ou mutualistes), à l'état civil (patronyme, âge, lieu de résidence, situation de famille), au sexe (sexe, orientation ou identité sexuelle, grossesse, maternité) et, enfin, à la situation physique ou psychique (handicap, perte d'autonomie, état de santé, caractéristiques génétiques et apparence physique). En continuité, se pose la question de la modalité de prise en compte du motif considéré, conditionnant son lien avec l'élément matériel de la discrimination directe ou indirecte

B. La modalité de prise en compte des motifs énumérés

Concernant la discrimination directe, l'alternative réside, comme évoqué ci-dessus, entre deux formulations : « *à raison de* » (ou « *en raison de* ») et « *sur le fondement de* » (ou « *fondé sur* »). La nuance repose sur le fait que la première formulation est davantage porteuse d'un lien de causalité qui serait principal/direct quand la seconde semble se satisfaire de la seule prise en compte significative. Le sens sémantique de cette seconde hypothèse semble alors indiquer que lorsque la caractéristique en cause concourt au traitement défavorable, celui-ci se verrait qualifié de discriminatoire, peu important que cette prise en compte constitue ou non la motivation principale. En somme, la seule considération significative au détriment de la victime de la caractéristique protégée permettrait de vicier l'acte adopté. Toutefois, si cette interprétation¹ semble davantage en phase avec le recours à la notion de « *fondement* » plus que de celle de « *raison* », elle n'est pas pour autant intrinsèquement incompatible avec une interprétation jurisprudentielle extensive de la locution prépositive « *à/en raison de* ». Quant

¹ En ce sens, voir la jurisprudence canadienne : « *l'erreur dans la thèse de la Cour d'appel réside dans la croyance qu'il y a discrimination [...] seulement lorsque le [motif considéré] est l'unique élément de l'acte discriminatoire* » (*Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 SCR 1288) ; « *[t]he prohibited ground of discrimination need not be the only reason for the action taken, so long as it forms one of the reasons* » (*Dominion Management v. Velenosi*, 1997 CanLII 14482 (ON CA)) ; « *if it is well-established in human rights law that the protected ground need only be one factor in the decision made that adversely affected the applicant; it does not have to be the only or primary reason* » (*Macan v. Strongco*, 2013 HRTO 841, §100).

aux répercussions de cette interprétation, l'une des conséquences non négligeables concerne les exigences de la preuve. Dans cette éventualité, la victime ne se trouverait pas en charge de démontrer que la prise en compte de la caractéristique est bien l'élément ayant déterminé l'adoption de l'acte matériel en cas de discrimination directe. Pour établir la discrimination – ou pour inverser la charge de la preuve –, il suffirait de démontrer – ou de présenter les faits qui permettent de présumer – que le motif a été pris en compte dans le processus d'administration du traitement défavorable et y a concouru au détriment de la victime alléguée.

Concernant la discrimination indirecte, l'article 1^{er}, alinéa 2 de la loi de 2008 se réfère simplement à un élément matériel susceptible d'entraîner « *pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes* », sans mention spécifique des locutions « *à raison de* » ou « *sur le fondement de* ». Sur ce point, le législateur s'est éloigné des directives communautaires qui se réfèrent à un élément matériel susceptible d'entraîner un désavantage particulier « *pour des personnes d'une religion ou de convictions, [d'une race ou d'une origine ethnique¹,] d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés* »². Alors, à la lecture de la transposition française, le double emploi de la préposition « *pour* » ajoute en confusion dans la mesure où son acception varie selon qu'elle est adjointe à « *l'un des motifs* » pour signifier « *en considération de* »³, ou, lorsqu'elle est adjointe à « *des personnes* » pour signifier « *à l'égard de* »⁴. Dans le premier cas, la préposition s'inscrit dans une relation de causalité en signifiant cette relation par le substantif introduit⁵ (*i.e.* les motifs). Dans le second, elle marque l'idée de destination en introduisant un complément personnel (*i.e.* « *des personnes* »)⁶. L'élaboration d'une formule plus adéquate pourrait alors intervenir sous réserve de deux modifications. Premièrement, il pourrait être opportun de substituer à la préposition « *pour* » comme vecteur de causalité une locution à la signification plus explicite (*e.g.* « *eu égard à* », « *en considération de* », « *compte tenu de* »⁷). Secondement, cette idée de causalité pourrait être précisée par un intermède illustrant la spécificité indirecte de la discrimination. En effet, puisque la modalité de prise en compte de la caractéristique protégée conditionne le lien de cette dernière avec l'élément matériel de la discrimination, et puisque la spécificité de la discrimination indirecte repose précisément sur la nature de ce lien, alors, la seule marque d'une causalité en apparence directe peut sembler insuffisante, nécessitant par conséquent l'ajout d'un intermède. Une possible formulation reposerait alors sur l'association

¹ Directive 2000/43/CE.

² Directive 2000/78/CE.

³ Dictionnaire de l'Académie française, *op. cit.*, entrée « *pour, préposition* », sens 1.

⁴ *Idem*, sens 3.

⁵ Voir *Le Trésor de la langue française informatisée*, *op. cit.*, entrée « *pour, préposition* », sens III., B., 2.

⁶ *Idem*, sens II., B., 1., a).

⁷ La locution « *sur le fondement de* » n'étant pas ici adaptée.

de la discrimination indirecte à la situation dans laquelle des personnes sont traitées de manière moins favorable que d'autres « *par l'intermédiaire d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier eu égard à son impact sur l'un des motifs* » mentionnés au premier alinéa.

À titre anecdotique, la nébulosité du droit interne n'épargne pas la plateforme numérique du Ministère de la Justice dédiée à la lutte contre les discriminations. Celle-ci propose en effet une définition singulière, reposant à la fois sur des éléments constitutifs de la loi de 2008 et du Code pénal, auxquels s'ajoutent des initiatives étrangères au droit positif¹. Il ne s'agit là que d'une illustration des difficultés à arrêter une formulation à la fois synthétique et susceptible de répondre aux exigences de l'objectif constitutionnel d'intelligibilité, de clarté et de non complexité excessive de la loi. Dès lors, si elle constitue une entrave probable à la réception sociale et à l'impact social du dispositif antidiscriminatoire, l'hétérogénéité des définitions légales de la discrimination interroge en continuité l'accessibilité du recours au droit et la sous-utilisation des instances chargées de son application. De surcroît, l'harmonisation des termes des dispositions aurait pour conséquence d'unifier automatiquement les interprétations jurisprudentielles qui en sont faites. L'interprétation formulée à l'égard de la délimitation matérielle d'un motif ou de l'exigence du lien de causalité serait présumée commune aux différents domaines car la formulation applicable serait identique. À l'inverse, la divergence – en fonction de l'instrument juridique considéré – des formulations du motif² ou de la modalité de prise en compte³ de ce motif fragilise inutilement cette présomption.

Après une occasion manquée en 2008, une clarification et une harmonisation des définitions de la discrimination se présentent par conséquent comme le premier pas vers la mise en cohérence du dispositif juridique anti-discriminatoire. Il resterait néanmoins à déterminer d'une part, les modalités de formulation de champs d'application et, d'autre part, le moyen le plus propice pour conduire cette entreprise d'harmonisation, qu'il s'agisse de la reproduction au sein des différents instruments juridiques d'une disposition commune, de l'instauration d'une logique de renvoi à une disposition faisant office de référence, ou, plus audacieusement, de l'élaboration d'une loi de consolidation. À cet égard, le projet de loi « *Égalité et citoyenneté* » témoigne d'une volonté de modifier les articles 1^{er} et 2 de la loi du 27 mai 2008 pour l'ériger en une « *loi*

¹ « *Au sens juridique, une personne ou un groupe est victime de discrimination si les critères suivants sont réunis : 1. Un traitement défavorable ou inégal comparé à d'autres personnes ou d'autres situations existe ; 2. Ce traitement défavorable se fonde sur un des critères interdits par la loi [suivi d'une énonciation des vingt « critères » du Code pénal] ; 3. Ce traitement défavorable intervient dans un domaine spécifié par la loi* ». Voir URL : [stop-discrimination.gouv.fr], onglet « Je m'informe », « S'informer sur la loi », « Définitions ».

² E.g. opinions syndicales et activités syndicales.

³ E.g. « *sur le fondement* » de ou « *à raison de* ».

généraliste prohibant les discriminations pour l'ensemble des critères prévus dans le droit positif dans l'ensemble des champs d'application déjà visés par cette loi »¹. Puisse cette nouvelle tentative offrir l'occasion d'une mise en cohérence véritable et en profondeur du droit interne.

¹ CE, *Avis du le projet de loi « Égalité et citoyenneté »*, n°391255, 31 mars 2016, p. 12.

L'absence d'harmonie du dispositif de lutte contre les discriminations en droit pénal du travail

François Desprez

Maître de conférences, Université Paris Ouest Nanterre La Défense,

« *Il faudrait savoir user avec modération de la législation* »¹, ou, tout au moins, procéder à « *une production raisonnée du droit pénal* »². Le dispositif de lutte contre les discriminations en droit pénal du travail semble renvoyer à un ensemble de textes marqué par une complémentarité imparfaite.

Comme son nom l'indique, le droit pénal du travail est au confluent de deux spécialités : le droit social et le droit pénal. S'il peut, parfois, être difficile, au sein d'une seule et même matière de disposer d'un *corpus* harmonisé, nécessairement, cette difficulté est accentuée dès lors qu'une thématique relève de deux disciplines. Or, tel est le cas de l'approche pénale des discriminations en droit du travail puisque, à côté du dispositif général de lutte contre les discriminations figurant dans le Code pénal, le Code du travail contient également des textes pénaux relatifs aux discriminations.

La prohibition des discriminations vise à protéger la dignité de la personne, celle-ci étant affectée par un comportement consistant en un rejet d'autrui³ ou, tout au moins, en une rupture d'égalité⁴, fragilisant ainsi la cohésion sociale. Le milieu professionnel est le domaine principal de mise en œuvre des dispositions, notamment pénales, relatives aux discriminations. Cela justifie, qu'outre le dispositif général figurant dans le Code pénal, le Code du travail envisage également les discriminations sous un aspect répressif.

¹ M. Vivant, « Légiférer avec modération », *D.*, 2015, p. 561.

² V. Malabat, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in V. Malabat, B. De Lamy, M. Giacomelli (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 71.

³ Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, Lexisnexis, coll. Manuel, 4^e éd., 2013, n°441, p. 290.

⁴ J. Pradel, Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial. Droit commun – Droit des affaires*, Paris, Cujas, coll. Référence, 6^e éd., 2014, n°372, p. 275-276.

Dans le Code pénal, le dispositif de lutte contre les discriminations est présenté en trois temps : les critères de distinction prohibés (articles 225-1 et 225-1-1)¹, les actes concernés (article 225-2) et les permissions de la loi à l'acte discriminatoire, à savoir des hypothèses pour lesquelles la répression est écartée (article 225-3). À l'image des articles L.1132-1 et suivants du Code du travail, constituant la disposition générique, de nature civile, de lutte contre les discriminations en matière sociale², le Code pénal contient, aux articles 225-1 et suivants, le dispositif principal à propos de la répression des discriminations. Si le Code pénal a une vocation générale, certaines dispositions (quant aux actes discriminatoires et aux éventuelles justifications susceptibles d'être apportées à ceux-ci) renvoient explicitement au milieu professionnel qui constitue le domaine d'application le plus fréquent des règles en matière de lutte contre les discriminations. Ainsi, il est interdit pénalement, dès lors que la décision se fonde sur un motif discriminatoire, de refuser d'embaucher, de sanctionner ou de licencier une personne³, de lui refuser un stage⁴ ainsi que de subordonner une offre d'emploi, un stage ou une formation à un motif discriminatoire⁵. Dans le même sens, certaines justifications au comportement discriminatoire renvoient au milieu professionnel ; ainsi, n'est pas discriminatoire un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur la santé ou le handicap dès lors que l'incapacité est médicalement constatée⁶, ou bien une décision d'embauche fondée sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique dès lors qu'un tel critère constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante⁷. Il faut donc convenir que si le dispositif du Code pénal se veut général, la sphère professionnelle est visée avec une certaine acuité.

Ce dispositif principal du Code pénal est, en outre, complété par des textes spécifiques au droit social figurant dans le Code du travail. Au sein de ce dernier, le droit pénal s'intéresse à des discriminations précisément déterminées. Deux catégories peuvent être avancées : la discrimination syndicale et celle fondée sur le sexe.

La discrimination syndicale peut être, soit individuelle, consistant à prendre une décision en se fondant sur l'appartenance à un syndicat (article L.2141-5 du Code du travail), soit collective,

¹ Si ces critères sont nombreux, du fait notamment d'ajouts législatifs successifs, il est permis de s'interroger sur la complétude de cette liste. Voir en ce sens, A. Coeuret, E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Paris, Lexisnexis, coll. Manuel, 5^e éd., 2012, n°562, p.359 ; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, coll. Hypercours, 6^e éd., 2013, n°480, p. 254.

² La violation de cette interdiction des discriminations dans le milieu professionnel est sanctionnée civilement par la nullité de la décision prise (article L.1132-4 du Code du travail).

³ Article 225-2, 3^o du Code pénal.

⁴ Article 225-2, 6^o du Code pénal.

⁵ Article 225-2, 5^o du Code pénal.

⁶ Article 225-3, 2^o du Code pénal.

⁷ Article 225-3, 3^o du Code pénal.

consistant à faire pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale (article L.2141-7 du Code du travail)¹.

L'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe et la situation de famille figure à l'article L.1142-1 du Code du travail². Elle prohibe notamment de se référer au sexe dans une offre d'emploi, une sanction (refus d'embauche, licenciement, mutation...) ou une rémunération (sauf à ce que cette distinction entre homme et femme relève d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante). Corollairement les articles L.1225-1 et suivants du Code du travail sanctionnent l'acte discriminatoire plus spécifiquement fondé sur l'état de grossesse³. À cet égard, il est possible de souligner, dès à présent, l'existence d'une première redondance à propos du dispositif de lutte contre les discriminations en droit pénal du travail. En effet, selon l'article L.1225-1 du Code du travail, l'employeur ne peut prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai ou prononcer une mutation. Or, l'hypothèse de la grossesse est déjà mentionnée à l'article L.1142-1 du Code du travail interdisant à l'employeur de refuser d'embaucher, de muter, de résilier ou de refuser de renouveler un contrat de travail (2°), ou encore de sanctionner (3°) une salariée notamment en se fondant sur l'état de grossesse. Ainsi, la disposition spéciale du Code du travail relative à l'état de grossesse reprend, pour partie, la disposition plus générique sur l'interdiction de discrimination en raison du sexe⁴. Il est donc possible d'émettre un doute sur la pertinence et l'adéquation d'un dispositif législatif qui se répète. Les exigences de clarté et de précision de la loi issues du principe de légalité criminelle commandent une grande rigueur dans l'élaboration des textes, en évitant notamment les répétitions.

Dans le Code du travail, la sanction des discriminations est délictuelle pour les discriminations considérées comme les plus graves (discrimination syndicale individuelle et collective, discrimination sur le sexe ou la situation de famille), ou bien contraventionnelle (état de grossesse).

Les dispositions en matière de discrimination du Code du travail se superposent à celles du Code pénal. Ce dernier se veut plus général, les textes du Code du travail étant, quant à eux, spécifiques au monde de l'entreprise et plus détaillés à propos des agissements interdits. Enfin, les dispositions pénales du Code du travail s'ajoutent à celles de droit civil. L'auteur d'une telle discrimination peut donc, outre une réponse civile, se voir appliquer une sanction pénale.

¹ Les peines prévues figurent à l'article L.2146-2 du Code du travail et consistent en une amende de 3750 euros ; en cas de récidive, la peine est d'un an d'emprisonnement et 7500 euros d'amende.

² L'article L.1146-1 du Code du travail prévoit une peine d'un an d'emprisonnement et 3750 euros d'amende.

³ Les articles R.1227-5 et R.1227-6 du Code du travail sanctionnent ce comportement discriminatoire de l'amende prévue pour les contraventions de 5^e classe.

⁴ A. Coeuret, E. Fortis, *op. cit.*, p. 344, note 35°.

La lecture du dispositif de lutte contre les discriminations en droit pénal du travail met en exergue une certaine redondance, un « bégaiement de la loi »¹ puisque le droit pénal sanctionne les discriminations liées à l'activité syndicale, au sexe ou encore à la suite d'un harcèlement dans la disposition principale figurant dans le Code pénal et dans la disposition spécifique au sein du Code du travail.

Dès lors, tout naturellement, l'interrogation porte sur l'efficacité de cette double incrimination des discriminations liées à l'activité syndicale, au sexe ou faisant suite à un harcèlement. Cette répétition de l'incrimination est-elle plus efficace ? Cela suppose de s'intéresser à l'agencement des textes et des sanctions entre les deux codes ?

Le droit pénal du travail est marqué par une harmonie imparfaite des textes relatifs aux discriminations. Cette concordance défailante se manifeste au niveau tant de l'incrimination (Section 2) que de la peine (Section 1).

Section 1. Les discriminations selon le sexe ou l'appartenance syndicale, une incohérence législative tenant à la peine

Le dispositif pénal de lutte contre les discriminations fondées sur le sexe ou l'appartenance syndicale est caractérisé par une redondance législative (§1) punie différemment dans le Code pénal et dans le Code du travail (§2).

§1. Les discriminations fondées sur le sexe ou l'appartenance syndicale, un doublon législatif

Le fait que le dispositif générique de lutte contre les discriminations du Code pénal soit complété par des textes spécifiques du Code du travail est légitime car il permet de s'adapter aux particularités de la relation de travail. En revanche, il emporte pour conséquence la création d'une répétition législative.

Si les articles 225-1 et suivants du Code pénal ont une portée générale et visent donc toute personne, indépendamment de sa qualité, le Code du travail s'adresse à l'employeur². Ce dernier peut donc, sous réserve de la réalisation de l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction,

¹ Terme emprunté à une analyse relative à la procédure pénale de Pierre Couvrat (P. Couvrat, « Le rôle moteur du développement des droits de l'homme en procédure pénale », *Droit pénal*, 2002, Chron. n°5).

² Si cette remarque s'applique aux discriminations, elle doit recevoir une application plus générale. En effet, alors que les premiers temps du droit pénal du travail étaient marqués par une répression orientée vers le salarié, désormais il a pour objet la protection des droits de celui-ci et a donc pour sujet l'employeur, par la répression de son comportement infractionnel (M. Segond, « Le droit pénal du travail : hétérodoxie ou orthodoxie ? », *Droit pénal*, 2013, dossier n°3, §1-2).

être sanctionné au titre d'une discrimination prévue dans le Code du travail ou le Code pénal¹, d'autant plus que ce dernier avance des hypothèses tenant au milieu professionnel². Le sujet de la répression peut donc être dans les deux hypothèses l'employeur.

Le Code pénal conserve une place importante en matière de discrimination dans le milieu professionnel puisqu'il prévoit la sanction pénale d'actes décidés selon de nombreux critères discriminatoires alors que le Code du travail se concentre sur la discrimination syndicale et celle fondée sur le sexe, la situation de famille ou l'état de grossesse³. Néanmoins, davantage qu'une complémentarité, il y a une répétition, puisque comme le Code du travail, le Code pénal avance les critères discriminatoires que sont l'appartenance à un syndicat, le sexe, la situation de famille et la grossesse. La généralité des motifs figurant dans le Code pénal a pour conséquence que des motifs discriminatoires au sein du Code pénal et du Code du travail sont communs.

Parmi les comportements discriminatoires visés par l'article 225-2 du Code pénal, certains intéressent plus particulièrement le milieu professionnel. Il s'agit du refus d'embaucher, de sanctionner ou de licencier (3°), de subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation (5°), refuser d'accepter une personne à un stage (6°).

Dans le Code du travail, à propos de la discrimination syndicale individuelle, l'article L.2141-5 envisage le recrutement, la conduite ou la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération, l'octroi d'avantages sociaux, les mesures de discipline et la rupture du contrat de travail. À propos de la discrimination entre homme et femme, l'article L.1142-1 du Code du travail envisage la soumission d'une offre d'emploi (1°), le refus d'embaucher, la mutation, la résiliation ou le refus de renouvellement du contrat de travail (2°) et toute mesure, notamment la rémunération, la formation, l'affectation, la qualification, la classification, la promotion ou la mutation (3°). Ainsi, et à titre d'illustration, le recrutement figure tant dans le Code pénal que dans le Code du travail (à propos de la discrimination syndicale et de celle liée au sexe), renvoyant, ainsi à une redondance des textes.

Néanmoins, contrairement au Code pénal, le Code du travail se veut plus précis dans les actes envisagés et de ce fait embrasse toute la carrière du salarié. À cet égard, il serait possible d'affirmer que les deux codes ne se répètent pas, mais se complètent⁴. Cependant, la Chambre criminelle a pu interpréter largement le terme de « sanction » mentionné à l'article 225-2, 3° du Code pénal. Elle a ainsi affirmé que la décision de l'employeur affectant la carrière ou la rémunération d'un salarié peut revêtir, si elle est infondée, le caractère de sanction au sens de l'article 225-2, 3° du Code pénal ; la Cour de cassation a donc censuré les juges du fond qui

¹ J. Pradel, M. Danti-Juan, *op.cit.*, p. 279.

² Voir les propos développés précédemment.

³ A. Coeuret, E. Fortis, *op.cit.*, p. 359.

⁴ R. Salomon, A. Martinel, *op. cit.*, p. 125.

avaient appliqué la règle selon laquelle le spécial déroge au général pour affirmer que le texte sur la discrimination syndicale du Code du travail devait recevoir application au détriment du Code pénal¹. Il faut convenir que la position adoptée par la Cour de cassation est susceptible de marginaliser l'article L.2141-5 du Code du travail². Néanmoins, au soutien de la solution de la Cour de cassation, il est possible d'affirmer qu'une décision défavorable pour le salarié quant à la rémunération, l'octroi d'avantages sociaux, des mesures disciplinaires, la formation, l'affectation, la qualification, la classification, la promotion ou la mutation, etc. constitue une forme de sanction³. D'ailleurs, selon l'article L.1331-1 du Code du travail, une sanction consiste en une « *mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération* » ; sont donc notamment visés, l'avertissement, le blâme, la mutation, la rétrogradation, la mise à pied, etc. La position adoptée par la Chambre criminelle le 28 avril 2009 renvoie à une telle définition de la sanction⁴.

L'élément moral de l'infraction de discrimination est commun aux deux codes et consiste en une volonté d'adopter un comportement ou de prendre une décision pour un motif discriminatoire.

Ainsi, il y a de nombreux éléments communs aux dispositions relatives aux discriminations dans le Code pénal et le Code du travail : le sujet de la répression, les critères discriminatoires (appartenance à un syndicat, sexe, situation de famille, grossesse), l'agissement et l'élément moral.

Il existe donc une « superposition partielle »⁵ des actes matériels relatifs aux discriminations syndicales et en matière de sexe entre le Code pénal et le Code du travail. Ce dernier détaille davantage les comportements discriminatoires que le Code pénal qui se réfère uniquement à l'embauche, la sanction, le licenciement, à l'acceptation à un stage ou à la subordination d'une

¹ Cass. crim., 28 avril 2009, n°07-82901, *Droit pénal*, 2009, Comm. n°110, note J.-H. Robert. Dans le même sens, le tribunal correctionnel de Bastia a déclaré coupable d'une discrimination syndicale au titre des articles 225-1 et suivants du Code pénal le directeur d'une agence bancaire qui a stigmatisé un excès d'activité syndicale et un manque de disponibilité de ce fait pour justifier un refus d'avancement (TGI Bastia, 3 juin 1997, *Rev. sc. crim.*, 1998, p.99, obs. Y. Mayaud).

A propos du refus d'embauche ou du licenciement, la Cour de cassation adopte, également, une interprétation large. A. Coeuret, « Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations », *op. cit.*, p. 217-218. Voir en ce sens, Cass. crim., 2 septembre 2003, n°02-86048.

² J.-H. Robert, note sous Cass. crim., 28 avril 2009, *Droit pénal*, 2009, Comm. n°110.

³ En ce sens, voir Y. Mayaud, « Discrimination syndicale et dignité de la personne », observations sous TGI Bastia, 3 juin 1997, *Rev. sc. crim.*, 1998, p. 99. Des décisions antérieures ont pu, sans adopter une solution aussi générale que l'arrêt du 28 avril 2009, retenir la sanction pour une mise à pied (Cass. crim., 21 novembre 1989, n°89-81775 ; Cass. crim., 23 novembre 2004, n°03-84389), un refus d'avancement (Cass. crim., 31 mars 1998, n°97-82830).

⁴ J. Lasserre Capdeville, « Discriminations », *J.Cl. Code pénal*, art. 225-1 à 225-4, §51.

⁵ E. Fortis, « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *AJ pénal*, 2008, p. 303. Dans le même sens, R. Salomon, A. Martinel, *op. cit.*, p. 75.

offre d'emploi, d'un stage ou d'une période de formation à un motif discriminatoire. D'une part, certains comportements discriminatoires sont donc sanctionnés au sein des deux codes. Il existe donc une forme de doublon dans le cadre législatif de lutte contre les discriminations en droit pénal du travail. Une telle redondance est regrettable au regard de l'exigence de clarté et de précision de la loi pénale. Au-delà, les peines prévues par les deux codes ne sont pas les mêmes¹. D'autre part, cette superposition seulement partielle laisse subsister une incrimination spéciale au sein du Code du travail à côté de l'incrimination générale du Code pénal. Dès lors que l'acte discriminatoire ne sera visé que dans le Code du travail (formation professionnelle, avancement, etc.), le texte spécial sera préféré au texte du Code pénal². Cette remarque doit, cependant, être nuancée au regard de la position avancée par la Cour de cassation le 28 avril 2009, considérant que la décision affectant négativement la carrière d'un salarié doit être vue comme une sanction au titre de l'article 225-2 du Code pénal ; cette position jurisprudentielle a pour conséquence de superposer davantage encore les textes des deux codes.

§2. Les discriminations fondées sur le sexe ou l'appartenance syndicale, une divergence des textes à propos de la peine

En soi, l'existence d'une redondance législative est regrettable quant à l'exigence de clarté de la loi. Mais une telle situation est d'autant plus dommageable dès lors que la peine prévue par les deux textes n'est pas la même.

Or, une telle hypothèse se retrouve à propos des discriminations syndicales et en matière de sexe dans le Code pénal et le Code du travail. Alors que le Code pénal prévoit trois ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende, le Code du travail établit la peine à un an d'emprisonnement et 3750 euros d'amende pour la discrimination fondée sur le sexe ou la situation de famille (article L.1146-1), 3750 euros d'amende pour la discrimination syndicale (article L.2146-2) et une contravention de 5^e classe pour la discrimination fondée sur l'état de grossesse (articles R.1227-5 et R.1227-6).

Au-delà même de l'hypothèse du doublon, il est difficile de comprendre cet écart dans la répression³. La peine permettant de déterminer la gravité de l'atteinte portée à l'ordre public, il est possible de se demander en quoi la discrimination réalisée dans le milieu professionnel par un employeur (en matière sexuelle ou syndicale) serait moins grave que celle réalisée par toute personne (y compris un employeur) ? « *Ainsi, l'apparente homogénéité de ce droit pénal*

¹ E. Fortis, « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *op.cit.*, p. 303

² A. Coeuret, E. Fortis, *op.cit.*, p. 359.

³ A. Coeuret, E. Fortis, *op. cit.*, p. 360 ; A. Coeuret, « Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations », *op. cit.*, p. 221.

masque un réel éclatement des textes »¹. Dès 1994, à la suite de l'adoption du nouveau Code pénal, Elisabeth Fortis soulignait l'existence de cette difficile articulation entre les deux codes du fait notamment de l'établissement de peines différentes pour les mêmes agissements. L'auteure suggérait l'harmonisation de ces corps de règles, avançant notamment qu'il pourrait être envisagé de réserver au Code du travail la nullité de plein droit des mesures et au Code pénal la répression². Cette discordance relative au *quantum* de la peine encourue au sein du Code pénal et du Code du travail peut, néanmoins, être relativisée à l'aune de la faiblesse des peines effectivement prononcées par les magistrats, notamment en matière de droit pénal du travail. Selon Elisabeth Fortis, celles-ci s'établissent entre 1000 et 3000 euros³. Cet élément vient corroborer l'effectivité défailante de l'arsenal répressif relatif aux discriminations et mis en exergue par l'agencement imparfait des textes⁴.

En outre, alors que le Code pénal adopte une seule et même peine pour tous les critères discriminatoires, le Code du travail établit une hiérarchie entre les discriminations, ce dont attestent les peines différentes. Ainsi, selon le Code du travail, la discrimination entre homme et femme est plus grave que celle fondée sur l'appartenance syndicale, elle-même plus grave que celle relative à l'état de grossesse. Pourquoi cette gradation dans la répression ? Il semble que l'unité de peine retenue par le Code pénal pour tous les critères discriminatoires soit préférable.

Section 2. La discrimination à la suite d'un harcèlement, une incohérence législative tenant à l'incrimination

¹ R. Salomon, A. Martinel, *op. cit.*, p. 74.

² E. Fortis, « Les infractions du nouveau Code pénal créées ou remaniées », *Droit social*, 1994, p. 626.

³ E. Fortis, « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *op. cit.*, p. 303. L'auteure cite, à titre d'illustration, des peines d'amende de 1500 et 3000 euros pour une discrimination syndicale (Cass. crim., 15 janvier 2008, n°07-82380). Dans le même sens, E. Benbassa, J.-R. Lecerf, *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, rapport fait au nom de la Commission des lois, Sénat, déposé le 12 novembre 2014, p. 37. J. Lasserre Capdeville, « Discriminations », in *Juris-Classeur Code Pénal*, art. 225-1 à 225-4, Fasc. 20, §124.

⁴ En outre, en amont du prononcé de la peine, le procureur de la République peut décider d'orienter le dossier de discrimination vers une alternative aux poursuites, voire procéder à un classement sans suite. À cet égard, l'un des procureurs interrogés dans le cadre de la recherche estime qu'environ 50% des affaires de discrimination font l'objet d'une alternative aux poursuites, 30% seulement sont poursuivies, le reste étant classé sans suite (entretien EN7, 2 décembre 2015). D'ailleurs, un autre Procureur de la République et magistrat référent en matière de lutte contre les discriminations, reconnaît qu'il y a peu de poursuites en la matière, notamment du fait de la difficulté probatoire ; néanmoins, il souligne que le fait pour une personne d'être entendue par la police dans le cadre d'une discrimination n'est pas un acte anodin et peut lui permettre de prendre conscience de la gravité du comportement et de faire cesser la situation (entretien EN 6, 28 septembre 2015). Si, notamment par la voie des alternatives aux poursuites voire par une simple convocation policière, une réponse est apportée aux actes discriminatoires, celle-ci peut sembler insuffisante et surtout en décalage avec le discours des pouvoirs publics soulignant la gravité du comportement. Néanmoins, l'importance quantitative du contentieux et l'engorgement des tribunaux permettent-ils aux magistrats de poursuivre davantage et ainsi d'accentuer la répression ?

La loi du 6 août 2012, relative à la définition du harcèlement sexuel, a introduit en droit pénal du travail une nouvelle redondance (§1). Mais celle-ci est imparfaite et interroge sur le choix du texte applicable par le juge (§2).

§1. La discrimination à la suite d'un harcèlement, l'introduction législative d'un nouveau doublon

Par une décision en date du 4 mai 2012, le Conseil constitutionnel a abrogé l'incrimination de harcèlement sexuel de l'article 222-33 du Code pénal¹, constatant une atteinte au principe de légalité du fait d'une définition insuffisante des termes de l'infraction. La loi du 6 août 2012² présente une nouvelle définition du harcèlement sexuel aux articles 222-33 du Code pénal et L.1153-1 du Code du travail³. Elle insère dans le Code pénal et le Code du travail un nouveau motif de discrimination. Désormais, selon l'article 225-1-1 du Code pénal, constitue une discrimination toute distinction opérée envers les personnes qui ont subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement sexuel ou témoigné de tels faits ; comme les autres discriminations du Code pénal, la sanction est de trois ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende. Dans le Code du travail, l'article L.1155-2 sanctionne d'un an d'emprisonnement et 3750 euros d'amende les discriminations réalisées à la suite de la commission d'un harcèlement sexuel ou moral⁴.

Cet ajout d'un critère discriminatoire tenant à la commission préalable d'un harcèlement atteste de la proximité qui existe entre les discriminations et les harcèlements. En effet, il s'agit de comportements à propos desquels le droit de l'Union européenne a été très attentif et a influencé le droit national. Or, l'Union européenne procède à une lecture globale des discriminations et des harcèlements ; le harcèlement, notamment sexuel, est vu comme une discrimination liée au sexe⁵. S'il convient de distinguer les notions de discrimination et de harcèlement, ce dernier peut constituer un instrument discriminatoire⁶. C'est pourquoi le législateur a introduit ce

¹ Cons. constit., décision n°2012-240 QPC, 4 mai 2012, M. Gérard D. [Définition du harcèlement sexuel], JORF, 5 mai 2012, p. 8015.

² Loi n°2012-954 du 6 août 2012, Relative au harcèlement sexuel, JORF, 7 août 2012, p. 12921.

³ La rédaction des deux textes est quasi similaire. Il importe de préciser que, désormais, seul le Code pénal sanctionne pénalement le harcèlement sexuel.

⁴ A propos du Code du travail, cette disposition est une reformulation des articles L.152-1-1, L.122-46 et L.122-49 de l'ancien Code du travail qui avaient été abrogés par l'ordonnance du 12 mars 2007 (Ordonnance n°2007-329, relative au Code du travail, JORF, 13 mars 2007, p. 4740).

⁵ C. Duvert, « Harcèlement sexuel », *J.-Cl. Code pénal*, app. art. 222-22 à 222-33-1, Fasc. unique, §1 ; C. Leborgne-Ingelaere, « Harcèlement et stress au travail », *J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 20-50, §10.

⁶ G. Beaussonie, « Loi relative au harcèlement sexuel », *Rev. sc. crim.*, 2012, p. 906.

nouveau critère. De la sorte, il sanctionne une attitude de représailles adoptée à la suite d'un harcèlement subi, refusé ou qui aura fait l'objet d'un témoignage¹.

La lecture de ces deux textes (dans le Code pénal et le Code du travail) sur la discrimination à la suite d'un harcèlement suscite immédiatement l'interrogation. Comme pour les discriminations syndicales et en matière de sexe, pourquoi la peine diffère-t-elle entre les deux codes ? En outre, et surtout, pourquoi le Code du travail envisage-t-il la discrimination à la suite d'un harcèlement sexuel et moral alors que le Code pénal ne s'intéresse qu'au harcèlement sexuel comme source de discrimination ? Puisque la répression des harcèlements n'est désormais plus envisagée que par le Code pénal, pourquoi la même démarche n'a-t-elle pas été réalisée pour la discrimination à la suite d'un harcèlement² ? Nécessairement, cela aurait évité une divergence de définition du critère discriminatoire et de la peine.

Avant la réforme de 2012, les harcèlements moral et sexuel étaient sanctionnés tant dans le Code pénal que dans le Code du travail. Or, si les définitions étaient similaires, les peines n'étaient pas les mêmes. En effet, les articles 222-33 (pour le harcèlement sexuel) et 222-33-2 (pour le harcèlement moral) du Code pénal prévoyaient une peine d'un an d'emprisonnement et 15000 euros d'amende, alors que l'article L.1155-2 du Code du travail sanctionnait le harcèlement (sexuel et moral) d'un an d'emprisonnement et 3750 euros d'amende.

A propos du harcèlement moral, le Conseil constitutionnel estimait que cette double incrimination ne portait pas atteinte à la Constitution ; en effet, sous réserve du principe de proportionnalité³, « *l'instauration dans le Code pénal et dans le Code du travail de deux incriminations réprimant les agissements de harcèlement moral au travail, dont la première a d'ailleurs un champ d'application plus large que la seconde, n'est pas, en elle-même, contraire à la Constitution* »⁴. Tout d'abord, c'est à l'aune du principe de nécessité des incriminations que le Conseil constitutionnel aurait dû sanctionner ce doublon⁵ ; l'argument tenant à la proportionnalité ne semble que secondaire et vient pallier une législation insatisfaisante en ce qu'elle établit une même infraction au sein de deux textes avec une peine différente. Ensuite, le Conseil constitutionnel présente cette double incrimination comme un concours de qualification. Valérie Malabat souligne que tel n'est pas le cas puisqu'un concours de

¹ Néanmoins, il peut être regretté que le législateur qualifie de discrimination une mesure de « représailles », affectant ainsi la notion même de discrimination (M. Mine, « Loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel », *Rev. trav.*, 2013, p. 37).

² L. Lerouge, « Harcèlement : nouvelles dispositions issues de la loi du 6 août 2012 », *Droit social*, 2012, p. 944.

³ Selon lequel « *lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé* » (Cons. constit., décision n°2001-255 DC, 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, consid. n°85, JORF, 18 janvier 2002, p. 1053).

⁴ Cons. constit., décision n°2001-255 DC, *op. cit.*

⁵ V. Malabat, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.*, p. 74.

qualification suppose qu'un même fait puisse revêtir deux qualifications différentes. L'auteur poursuit en affirmant que pour analyser ces deux incriminations comme différentes, il faudrait mettre en exergue le fait que le Code du travail ne vise que le milieu professionnel et serait donc plus restrictif que le Code pénal ; le Code du travail aurait été une disposition spécifique par rapport au Code pénal. Ainsi, le conflit aurait dû se solutionner en privilégiant le spécial par rapport au général. Mais cela aurait conduit à une protection moindre du harcèlement moral au travail. Or, tel n'a probablement pas été l'intention du législateur¹.

A juste titre, la loi de 2012 a supprimé cette double incrimination qui, de surcroît, ne prévoyait pas les mêmes peines. Il s'agit, sans conteste d'un progrès pour la clarté et la lisibilité de la loi pénale. Néanmoins, pourquoi, dans cette même loi de 2012, introduire une nouvelle hypothèse de double incrimination² (de discrimination à la suite d'un harcèlement) dont la peine et, surtout, un élément constitutif sont discordants entre les deux codes ?

§2. La discrimination à la suite d'un harcèlement, la mise en œuvre de la répression

Lorsque le harcèlement moral était sanctionné dans le Code pénal et dans le Code du travail, pour résoudre cette double incrimination, le Conseil constitutionnel estimait qu'il fallait retenir la plus haute qualification pénale³. De manière à mettre en œuvre la double incrimination de la discrimination faisant suite à un harcèlement sexuel⁴, la circulaire du 7 août 2012⁵, présentant les dispositions de la loi du 6 août, énonce qu'en cas de licenciement ou de sanction, deux comportements discriminatoires visés à la fois dans le Code pénal et le Code du travail, les juges devront privilégier le Code pénal puisqu'il présente la sanction la plus élevée. En revanche, en cas de comportement visé spécifiquement au sein du Code du travail (et non dans le Code pénal), comme la mutation ou le refus de promotion, l'article L.1155-2 du Code du travail devra s'appliquer ; cette hypothèse privilégie le spécial par rapport au général.

Ainsi, même si cette redondance législative est regrettable, la solution envisagée par la circulaire d'application paraît séduisante. Néanmoins, la circulaire du 7 août 2012 semble omettre l'acception large de la Chambre criminelle à propos de l'acte discriminatoire que

¹ V. Malabat, « A la recherche du sens du droit pénal du harcèlement », *Droit social*, 2003, p. 491, 3^e note de bas de page de l'article ; V. Malabat, « « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », *op. cit.*, p. 160-161.

² L. Gamet, « Critique du droit pénal du travail », *Droit social*, 2014, p. 446 ; J.-Y. Marechal, « Harcèlement sexuel : nouvelle définition et nouvelles malfaçons », *JCP G*, 2012, 953.

³ Cons constit., décision n°2001-255 DC, 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, *op. cit.*, p.1053.

⁴ Seule la discrimination suite à un harcèlement sexuel est envisagée puisque la discrimination suite à un harcèlement moral n'est sanctionnée qu'au sein du Code du travail.

⁵ Circulaire CRIM 2012-15/E8 du 7 août 2012, JUSD1231944C, Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, BOMJ complémentaire du 23 août 2012. Les travaux préparatoires vont en ce sens, voir A. Anziani, Rapport fait au nom de la Commission des lois sur le Projet de loi relatif au harcèlement sexuel, Sénat, Rapport n°619, déposé le 27 juin 2012, p. 44.

constitue la sanction mentionnée à l'article 225-2, 3° du Code pénal, affirmant que la décision de l'employeur affectant la carrière ou la rémunération d'un salarié peut revêtir, si elle est infondée, le caractère de sanction au sens de l'article 225-2, 3° du Code pénal¹. Cette juste analyse de la sanction par la Chambre criminelle met en exergue la répétition législative créée par la loi du 6 août 2012 que la circulaire d'application essaye de justifier.

Le législateur a donc volontairement introduit un critère discriminatoire doublon, et par là même une incrimination redondante, affectant dès lors le principe de légalité criminelle, particulièrement celui de nécessité de l'incrimination et de la peine. De ce fait, la mise en œuvre de ce nouveau critère discriminatoire est susceptible d'induire des difficultés. Ainsi, au regard du principe d'égalité devant la justice, comment les juges peuvent-ils justifier que l'auteur d'une discrimination à la suite d'un harcèlement sexuel soit jugé sur le fondement du Code pénal et encoure des peines plus sévères qu'un autre individu à qui les mêmes faits sont reprochés mais qui aura été poursuivi sur le fondement du Code du travail² ?

Cette absence d'harmonie porte nécessairement atteinte à l'efficacité de la lutte contre les discriminations. La multiplicité des textes peut être nécessaire, mais elle est insatisfaisante dès lors qu'elle manque de cohérence. Or, les discordances entre les textes du Code pénal et du Code du travail, tant au niveau de l'incrimination que de la sanction, affectent la lisibilité et l'efficacité du dispositif de lutte contre les discriminations. Au regard des éléments précédemment avancés, il est possible d'affirmer qu'en matière de discrimination, « *si l'arsenal répressif peut sembler impressionnant, l'approche pénale [...] demeure peu satisfaisante* »³. De manière plus générale, ces répétitions législatives affectent le sens et le symbole véhiculés par le droit pénal. Ce constat renvoie à un paradoxe en ce que, si le législateur recourt plus souvent au droit pénal, c'est en arguant de ses vertus symboliques⁴.

Le droit dans son ensemble et la matière pénale en particulier sont marqués par un accroissement du nombre des normes législatives dont la rédaction est parfois défaillante⁵. Si le phénomène d'inflation législative n'est pas nouveau, il semble désormais s'accélérer⁶. Or, selon Jean Carbonnier, aux côtés d'un positionnement clair du droit par rapport aux autres systèmes normatifs (notamment la morale) et d'une résistance du droit objectif à la

¹ Cass. crim., 28 avril 2009, n°07-82901, *Droit pénal*, 2009, Comm. n°110, note J.-H. Robert.

² Remarque empruntée à Valérie Malabat qui s'interrogeait sur la double incrimination de harcèlement moral (V. Malabat, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.*, p. 74).

³ E. Fortis, « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *op. cit.*, p. 303.

⁴ V. Malabat, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.*, p. 74.

⁵ F. Debove, « L'overdose législative », *Droit pénal*, 2004, Etude n°12.

⁶ M. Delmas-Marty, « L'enjeu d'un Code pénal (réflexions sur l'inflation des lois pénales en France) », in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, Faculté de Droit, 1985, p. 166.

multiplication des droits subjectifs, la limitation du nombre de normes par rapport aux besoins réels de droit de la société constitue un trait caractérisant le type idéal de système juridique¹. Toute nouvelle incrimination ne s'inscrit pas dans un mouvement inflationniste lorsqu'elle répond à des besoins nouveaux (notamment ceux qui naissent de progrès techniques) ou à des transformations sociales ; mais lorsqu'il y a une disproportion entre le nombre de normes et les besoins de la société, il y a atteinte au principe de nécessité². Le dispositif pénal relatif à la lutte contre les discriminations semble renvoyer à un excès normatif. Certes, la discrimination est une infraction grave, mais une multiplication de textes ne constitue pas nécessairement une réponse adéquate, surtout lorsqu'ils sont marqués par une complémentarité défailante et la répétition d'incriminations.

La matière pénale doit conserver une vocation subsidiaire et intervenir en cas d'échec des autres modes de régulation, sociale puis juridique³. L'inflation des normes pénales ainsi que leur instabilité contribuent à une dévaluation de la règle de droit et à l'affaiblissement du principe de légalité⁴. Tel est le cas lorsque cette inflation pénale aboutit à la création de répétitions volontaires, consistant pour le législateur à insérer dans deux codes différents une même incrimination. Si une telle technique pare aux critiques adressées à la législation par référence, elle ne semble pas à même de garantir la clarté et l'accessibilité du droit, et affecte l'autorité de la loi⁵.

¹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, p.106.

² M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 65-66.

³ E. Dreyer, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP G*, 2008, I, 131, §16 ; J.-B. Thierry, « L'individualisation du droit criminel », *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 63 ; P. Conte, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Paris, LexisNexis Litec, 2005, p. 145.

⁴ A. Giudicelli, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », *Rev. sc. crim.*, 2007, p. 512.

⁵ V. Malabat, « Le champ inutile du droit pénal », *op. cit.*, p. 164-165.

Les sanctions des discriminations

Louis Thibierge

Maître de conférences, Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Sauf à vouloir demeurer purement incantatoire, la lutte contre les discriminations suppose des sanctions. Son effectivité est à ce prix. Il faut à la fois dissuader les comportements discriminatoires, punir leurs auteurs et réparer le préjudice causé aux victimes.

Par principe, les sanctions des discriminations sont rétrospectives : hormis la fonction dissuasive de la sanction, on ne saurait à proprement parler prévenir la discrimination. Il s'agit plutôt d'y répondre, *a posteriori*. La réponse à apporter peut être de deux ordres :

- soit l'on entend punir l'auteur de l'acte discriminatoire ;
- soit l'on entend agir contre l'acte discriminatoire.

En réalité, ces sanctions sont complémentaires. Dans un but prophylactique, il faut sanctionner celui qui discrimine. En le frappant, on décourage les comportements discriminatoires. Mais la victime est-elle pleinement satisfaite que l'auteur de la discrimination soit puni au plan pénal ou civil ? Cela n'est pas avéré. Il s'avère parfois nécessaire d'aller plus loin, et de s'attaquer à l'acte discriminatoire en soi.

Seront donc abordés deux types de sanctions, les unes dirigées contre l'auteur de la discrimination (Section 1), les autres contre l'acte discriminatoire (Section 2).

Section 1. Les sanctions contre l'auteur de la discrimination

Le but de ces sanctions est triple. Il s'agit à la fois de punir l'auteur pris isolément, de décourager d'autres agents d'adopter des comportements discriminatoires et, parfois, de réparer le préjudice subi par la victime. Pour ce faire, la réponse du droit se fait sur deux tableaux : pénal (§1) et civil (§2).

§1. Les sanctions pénales

Au plan pénal, la lutte contre les discriminations passe par l'édiction de sanctions en apparence dissuasives. Celles-ci diffèrent, non pas suivant le type de discrimination ou les particularités de la victime, mais selon la qualité de l'auteur : particulier, dépositaire de l'autorité publique ou personne morale.

Particuliers. Ainsi, l'article 225-2 du Code pénal frappe le particulier auteur d'un refus de bien ou services pour motif discriminatoire d'une peine de trois ans d'emprisonnement et 45000 € d'amende.

La sanction est renforcée lorsque l'infraction est commise dans un lieu accueillant du public ou afin d'interdire l'accès audit lieu. À ce titre, le 5° de l'article 225-2 du Code pénal précise : « *lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75000 € d'amende* ».

Très peu de décisions de condamnation de particuliers sont disponibles dans les bases de données. Parmi celles recensées, la peine d'emprisonnement n'est jamais prononcée. Quant à l'amende, elle est bien souvent d'un montant limité. À titre d'illustration, la cour d'appel de Rennes a sanctionné un particulier refusant de vendre sa maison à un « manouche » (sic) comme suit : 10000 € d'amende, dont 5000 € avec sursis¹.

Dépositaires de l'autorité publique. L'article 432-7 du Code pénal édicte une sanction plus lourde lorsque la discrimination consistant à refuser le bénéfice d'un droit reconnu par la loi ou à entraver l'exercice normal d'une activité économique est le fait d'une « *personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission* ». La sanction est alors portée à cinq ans d'emprisonnement et 75000 € d'amende.

Personnes morales. Les personnes morales condamnées sur le fondement de l'article 225-2 du Code pénal s'exposent, en sus de l'amende à des sanctions complémentaires. L'article 225-4 du Code pénal renvoie à ce titre aux 2°, 3°, 4°, 5°, 8° et 9° de l'article 131-39. En substance, la personne morale auteur de discrimination peut être condamnée à une interdiction temporaire ou définitive d'exercice professionnel, un placement temporaire sous surveillance judiciaire, une fermeture temporaire ou définitive d'établissement, une exclusion temporaire ou définitive des

¹ CA Rennes, 10 avril 2008, RG, n°07-00155.

marchés publics, une confiscation, et à l’affichage du jugement de condamnation¹. À titre d’exemple, un tribunal correctionnel a condamné une compagnie aérienne coupable de plusieurs refus d’embarquement de personnes handicapées à une amende de 70000 €, avec publication du jugement de condamnation².

D’aucuns s’interrogent sur l’opportunité de renforcer les sanctions au regard du type ou du nombre de discriminations constatés. Cette proposition nous semble devoir être rejetée, sauf à vouloir hiérarchiser les motifs de discrimination, entreprise pour le moins hasardeuse : s’il est sans doute exact que la discrimination fondée sur l’ethnie est plus grave que celle fondée sur l’âge³, dirait-on qu’il est moins grave de discriminer une femme qu’une personne handicapée ou qu’un asiatique ?

§2. Les sanctions civiles

Au plan civil, on relève immanquablement le silence des textes. Ainsi, et à titre d’exemple, l’article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 ne prévoit aucune sanction spécifique. Quant aux dispositions du Code du travail, elles sont sans pertinence ici puisqu’elles sont tournées contre l’acte, et non contre son auteur⁴. Il faut alors se tourner vers le droit commun. Celui-ci condamne l’auteur d’une faute à réparer le préjudice subi, *via* des dommages-intérêts.

Cette sanction suscite trois séries de réflexions : quant à la faute sanctionnée, quant au préjudice à réparer, et quant à la possibilité d’utiliser le mécanisme des dommages-intérêts punitifs.

Faute sanctionnée. La responsabilité civile vise avant tout à réparer le préjudice causé à la victime. Dit autrement, il s’agit moins de punir l’auteur de la discrimination que de compenser le préjudice subi par sa victime. En toute hypothèse, la responsabilité civile est la sanction d’une faute. Mais en quoi consiste cette faute ? La réponse paraît ambivalente. Dans certaines hypothèses, la faute tient dans la discrimination elle-même. Ainsi, le bailleur qui refuserait de louer son appartement à un locataire pour un motif discriminatoire engage sa responsabilité du seul fait de la discrimination. Dans d’autres hypothèses, ce n’est pas la discrimination en soi

¹ A titre d’exemple, en matière de refus d’embarquement de passagers handicapés (en l’espèce, des sportifs) par la compagnie aérienne *Easyjet*, le tribunal correctionnel a exigé que le jugement de condamnation soit publié dans le quotidien *Le Monde*. Voir sur ce point décision du Défenseur des droits MLD-2014-030 ; *adde.* Cass. crim., 15 décembre 2015, pourvoi n°13-81.586

² Voir décision du Défenseur des droits MLD-2014-030 et Cass. crim., 15 décembre 2015, pourvoi n°13-81.586.

³ En ce sens, X. Lagarde, « Variations sur l’actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales », *Sem. soc. Lamy*, 2007, n°1312, p. 7 et s., spéc. p. 11.

⁴ L’article L.1132-1 du Code du travail permet d’annuler la mesure discriminatoire mais ne fulmine pas de sanction civile contre son auteur.

qui est source de responsabilité, mais plutôt l'absence de justification de l'acte. Ainsi, celui qui rompt un contrat pour un motif discriminatoire engage sa responsabilité pour rupture abusive. Dit autrement, c'est parce que la rupture est injustifiée qu'il est condamné à servir des dommages-intérêts. En somme, le fait générateur de responsabilité varie selon que les parties sont déjà en relation contractuelle ou non. En matière de refus de contracter, la faute tient dans la discrimination en soi. En matière de rupture du contrat pour motif discriminatoire, c'est l'absence de justification de la mesure qui constitue une faute. De même, lorsqu'un contractant refuse d'agréer le cessionnaire du contrat pour un motif discriminatoire, la faute ne tient pas tant dans la discrimination prise isolément que dans l'abus d'une prérogative contractuelle, dans l'abus du droit d'agrément.

Préjudice à réparer. La faiblesse de la sanction civile réside dans la modicité du préjudice à indemniser. En effet, le préjudice éprouvé par la victime de discrimination est le plus souvent d'ordre moral. Elle a été blessée dans ses sentiments, dans sa dignité, dans son amour propre. Confrontés à la difficulté d'évaluer le prix des souffrances morales, les juges français font preuve d'une grande modération. Il est en pratique délicat de recenser un nombre significatif de décisions accordant des dommages-intérêts du chef d'une discrimination. La plupart d'entre elles a trait à la matière sociale et répare un préjudice d'ordre pécuniaire, le salarié ayant par exemple été privé d'une promotion. Faute de données statistiques suffisantes, on ne peut se prononcer avec certitude sur l'étendue de la réparation du préjudice moral. Mais, par référence au droit commun de la responsabilité, on peut raisonnablement augurer que cette réparation demeure faible, voire symbolique.

Il se peut cependant qu'au préjudice moral vienne s'adjoindre un préjudice d'ordre pécuniaire. Les exemples sont légion : ici, on refuse un crédit ou un bail à une personne pour un motif discriminatoire. La victime sera contrainte de contracter un crédit ou un bail plus onéreux avec un tiers. Là, un transporteur impose à un passager handicapé de voyager avec un accompagnateur. La victime sera tenue de payer deux places à bord de l'avion. Dans ces diverses hypothèses, la victime subit un préjudice d'ordre patrimonial. La réparation doit alors comprendre, outre le préjudice moral, le préjudice pécuniaire supporté par la victime. On pourrait également songer à indemniser, outre la perte sèche éprouvée par la victime (frais de visite du logement, surcoût de l'assurance ou du crédit, deuxième place dans l'avion...), sa perte de chance. Imaginons par exemple une personne qui se porte acquéreur d'un logement. Après un mois de tractations par l'intermédiaire de l'agent immobilier, le vendeur se rétracte au motif que le candidat à l'acquisition est de nationalité étrangère. Notre candidat, en perdant son temps, aura également perdu une chance de contracter avec des tiers. Sa perte de chance paraît indemnisable, quoique modeste.

Dommages-intérêts punitifs. Qu'ils réparent le préjudice moral ou pécuniaire, les dommages-intérêts au sens classique du terme n'ont guère d'effet dissuasif. Le bailleur raciste continuera sans doute de discriminer les candidats à la location : sur 10 victimes, combien saisiront la justice pour une si faible indemnisation ? Dès lors, il peut paraître opportun de donner une nouvelle dimension aux dommages-intérêts. Les dommages-intérêts se scinderaient en deux : une partie, compensatoire, serait attribuée à la victime, pour réparer son préjudice ; l'autre partie, punitive, serait attribuée soit à l'État, soit au Défenseur des droits, soit à des associations de lutte contre les discriminations. La solution permettrait à la fois de maintenir le principe de réparation intégrale (tout le préjudice, mais rien que le préjudice) et de remplir un but prophylactique, en décourageant les comportements discriminatoires.

En somme, les sanctions prises contre l'auteur de la discrimination sont de deux ordres. Au plan pénal, elles consistent en pratique dans des peines d'amende, dont le montant paraît en pratique modéré. Au plan civil, l'indemnisation du préjudice éprouvé par la victime est le plus souvent de l'ordre du symbolique. Pointe alors l'idée que ces sanctions ne sont pas suffisantes à décourager la discrimination, et que d'autres sanctions pourraient être prononcées, notamment sous forme de dommages-intérêts punitifs.

A ces sanctions dirigées contre l'auteur de la discrimination, il faut adjoindre d'autres sanctions, tournées cette fois-ci contre l'acte discriminatoire en soi.

Section 2. Les sanctions contre l'acte discriminatoire

Cette fois-ci, il n'est plus question de sanctionner l'auteur de la discrimination, mais l'acte discriminatoire en lui-même. La réponse à donner varie selon le siège de la discrimination. Si elle s'inscrit en amont de la conclusion du contrat, la sanction pourra tenir dans une conclusion forcée du contrat (§1). Si la discrimination s'est produite durant l'exécution du contrat, la sanction pourra consister en une réparation en nature (§2).

§1. La conclusion forcée

Les juridictions se montrent par principe réticentes à prononcer la conclusion forcée d'un contrat. En effet, la liberté contractuelle permet à chacun de contracter ou ne pas contracter et de choisir librement son cocontractant. Par principe, il n'est donc pas de conclusion forcée (A). Toutefois, par exception, il arrive que l'on puisse contraindre une partie à contracter avec une autre (B).

A. Le principe : la liberté contractuelle

La liberté contractuelle fait obstacle à la conclusion forcée du contrat entre l'auteur de la discrimination et sa victime. Les obstacles relevés sont de deux ordres : théoriques, mais aussi pratiques.

Obstacles théoriques. Le droit des contrats est gouverné par un principe cardinal : la liberté contractuelle. Principe à valeur constitutionnelle¹, il figure également au fronton du nouveau droit des contrats issu de l'ordonnance du 10 février 2016, dont l'article 1102 : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». La liberté contractuelle recèle plusieurs dimensions : elle emporte liberté de contracter ou ne pas contracter, de « *choisir son cocontractant* » et de déterminer le contenu du contrat. Les deux premières dimensions nous retiendront plus spécifiquement. D'une part, l'individu est libre de contracter ou de ne pas contracter. À ce titre, nul ne peut être contraint à vendre son bien ou à donner son immeuble à bail. D'autre part, l'individu est libre de choisir son cocontractant. Par principe, on ne peut donc lui imposer de conclure avec X ou Y. La nécessité de choisir librement son cocontractant est encore plus prégnante dans les contrats de confiance (mandat, société...) et dans les contrats à exécution successive (bail, distribution...). Comme le disait Cambacérès, l'homme est libre de choisir son partenaire, qui est aussi un des moyens de son bonheur.

Pour ces raisons, il est par principe inconcevable d'imposer à une personne (i) de contracter et (ii) avec une personne déterminée. Au plan théorique, la conclusion forcée du contrat ne peut donc être la sanction du refus discriminatoire de contracter.

Obstacles pratiques. Par-delà les obstacles théoriques, il est des obstacles d'ordre pratique difficiles à surmonter. Imaginons qu'un bailleur refuse un locataire au motif qu'il est homosexuel ou d'origine africaine. Ce même bailleur va conclure un bail avec un autre locataire. Peut-on concevoir, si le candidat à la location parvient à faire reconnaître la discrimination, que l'on ordonne la conclusion forcée du bail ? Cela reviendrait à évincer le second locataire, pourtant innocent. De surcroît, quelle attitude peut-on attendre des parties dans ce mariage contre leur gré ? Faut-il rappeler qu'elles se seront affrontées au prétoire ? Imagine-t-on que l'une et l'autre s'acquitteront de bonne grâce de leurs obligations ? On peut

¹ Cons. const., n°2103-672 DC, 13 juin 2013.

en douter. Pis encore, concevrait-on la conclusion forcée d'un contrat de travail, contre le gré de l'employeur ? Cela paraît illusoire¹.

B. L'exception : l'imposition du contrat

De manière dérogatoire, la loi permet parfois d'imposer le choix du contractant.

Assurance. Même si l'assureur refuse, pour un motif discriminatoire, d'assurer une personne, il peut se voir contraint de l'accepter. Le Bureau Central de Tarification (BCT), autorité administrative indépendante créée par une loi de 1958, peut imposer à un assureur de prendre en charge un assuré à des conditions déterminées. Ainsi, le BCT peut contraindre l'assureur à accorder sa garantie à une personne dont il ne voulait pas. Ce mécanisme d'assurance contrainte existe dans quatre domaines : l'assurance automobile, l'assurance responsabilité médicale, l'assurance construction et l'assurance catastrophes naturelles. Ainsi, que le refus de l'assureur soit dicté par des raisons objectives ou discriminatoires, il sera possible de passer outre et de conclure le contrat.

Banque. Un mécanisme similaire existe en matière bancaire : le droit au compte. Une banque peut refuser d'ouvrir un compte à un client sans avoir à justifier de son refus. Elle ne saurait néanmoins le faire pour des raisons discriminatoires. Quelles que soient les raisons de son refus, il est possible de saisir la Banque de France d'un recours. La Banque de France, dans un délai d'un jour ouvré, désigne alors un établissement bancaire contraint d'ouvrir le compte et d'offrir ainsi au client un service bancaire de base. À l'instar de l'assurance, la sanction de la discrimination peut tenir dans la conclusion forcée du contrat.

§2. La réparation en nature

La réparation en nature consiste en un anéantissement de l'acte discriminatoire (A) et un rétablissement du *statu quo ante* (B).

A. L'anéantissement de l'acte

¹ La conclusion forcée du contrat paraît plus malcommode et plus grave encore que la réintégration. Réintégrer un salarié, c'est forcer des parties qui se sont choisies comme partenaires à reprendre leur relation contractuelle. Mais imposer un contrat, c'est contraindre deux personnes qui ne se sont pas choisies à se trouver liées. Nouvel avatar du mariage forcé.

Anéantir un acte juridique, c'est le priver d'effet. Cette sanction paraît appropriée en ce sens qu'elle neutralise l'acte discriminatoire. Combinée à une sanction de l'auteur de la discrimination, elle offre une satisfaction totale à la victime : non seulement, son préjudice est réparé et l'auteur puni, mais en outre, l'acte discriminatoire est anéanti. Reste à en éclaircir divers aspects. D'une part, à quel moment anéantir l'acte : *a posteriori*, lorsqu'il a déjà produit ses effets ? Ou *a priori* avant qu'il n'ait pu les déployer ? D'autre part, faut-il anéantir tout l'acte en intégralité, ou uniquement la partie discriminatoire ?

Moment. Le plus classiquement, l'anéantissement s'opère *a posteriori*. La victime d'une mesure discriminatoire assigne son auteur au fond et, quelques mois ou années plus tard, le tribunal se prononce sur la validité de celle-ci. La pratique est commune en matière sociale : le salarié vient contester la mesure, et le tribunal statue sur sa justification. Ainsi en va-t-il du licenciement. Une fois le contrat ou la période d'essai rompu, le salarié assigne son employeur devant le conseil de prud'hommes et soutient que la décision était motivée par des considérations discriminatoires (on n'oubliera pas la récente décision du conseil de prud'hommes de Paris au sujet de l'injure homophobe faite à un coiffeur). Le tribunal statue une fois que la mesure a sorti tous ses effets, c'est-à-dire après que le salarié a quitté dans l'entreprise. Il n'en va pas différemment d'un refus de promotion ou de prime pour motif discriminatoire. Le juge ne se prononce sur la mesure qu'*a posteriori*. Sa sanction consistera à réputer nul le licenciement ou la rupture de période d'essai.

Cependant, il est concevable que le juge se prononce plus tôt. Certes, pas avant la discrimination : cela relèverait de l'art divinatoire. Mais on peut imaginer que le juge statue après l'adoption de la mesure discriminatoire, mais avant qu'elle ne produise ses effets. Voici par exemple un bailleur qui, apprenant que son locataire a changé de sexe, dénonce le bail et lui annonce sa rupture à l'issue d'un préavis de deux mois. Le locataire peut alors agir en référé pour empêcher la rupture du contrat. De même, confronté à un déréférencement discriminatoire ou à un non-renouvellement justifié par des motifs discriminatoires, le commerçant pourrait saisir le juge des référés pour qu'il suspende les effets de la mesure.

En somme, soit le juge intervient après que la mesure discriminatoire a produit ses effets, soit à titre préventif, pour empêcher qu'elle ne les produise.

Portée. L'anéantissement peut avoir une portée variable. Le plus souvent, il s'agira de mettre à bas l'acte discriminatoire dans son intégralité, parce qu'il n'est pas séparable. Ainsi, on n' imagine guère qu'un licenciement soit jugé partiellement nul parce que justifié à la fois par des motifs objectifs et par des motifs discriminatoires. La nullité est alors totale.

Parfois, une autre sanction, plus mesurée, paraît préférable. Elle consiste à éradiquer uniquement la partie discriminatoire de l'acte, par la technique du réputé non-écrit. Ainsi, si une offre d'emploi ou de contracter est assortie d'une restriction discriminatoire, il semble à propos de contraindre son auteur à la maintenir après en avoir supprimé la clause discriminatoire. De même, si un contrat d'assurance prévoit un surcoût pour un motif discriminatoire lié au sexe ou à la situation de famille, la sanction pourrait tenir dans le maintien du contrat amputé de la clause prévoyant le surcoût injustifié.

B. Rétablissement du *statu quo ante*

Une fois l'acte discriminatoire anéanti, reste à remettre la victime dans la situation qui était sienne avant l'acte annulé. Deux techniques peuvent être mobilisées à cet effet : la réintégration et la reconstitution.

Réintégration. En droit social, la réintégration offre une technique singulière pour rétablir dans ses droits le salarié victime de discrimination. S'il le souhaite, il peut demander à être réintégré à son entreprise. En effet, lorsque le licenciement ou la rupture de période d'essai est nul, il n'a pu produire aucun effet. Partant, le contrat de travail est toujours en vigueur, et le salarié peut solliciter sa réintégration dans l'entreprise. Dans la pratique, il est peu plausible que le salarié victime d'une discrimination souhaite sa réintégration. En droit commun des contrats, la réponse diffère. Fût-elle abusive, la rupture ou le non-renouvellement du contrat n'en produit pas moins ses effets. Ainsi, le contrat n'est plus en vigueur, et il n'appartient pas au juge de le faire revivre.

Reconstitution. Lorsque la mesure discriminatoire ne consiste pas en une rupture du contrat mais dans l'absence de promotion ou de prime, le rétablissement du *statu quo ante* passe par une reconstitution de la carrière du salarié victime de discrimination. L'opération consistera à déterminer rétroactivement quelles auraient été les étapes de promotion du salarié, les salaires y-attachés et les primes qu'il aurait dû percevoir s'il n'avait pas été discriminé. La reconstitution se conçoit aussi en droit commun. Imaginons qu'un assureur qui applique un surcoût pour des motifs discriminatoires, ou un bailleur qui impose une majoration du loyer au motif que ses locataires ne sont pas mariés. Une fois la discrimination sanctionnée, il faudra restituer à l'assuré ou au preneur ces sommes indument perçues.

IV. Aspects procéduraux de la lutte contre les discriminations

Les modes d'appréciation de la causalité en matière de discrimination directe en milieu de travail : un « frein argumentatif » à la lutte contre les discriminations ?

Jean-Philippe Foegle

Doctorant, Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Comme le rappelait un auteur, il existe « *un lien étroit* » entre la charge de la preuve et l'effectivité de la règle de droit, car « *plus le juge rencontre le doute, et moins il applique la règle de droit sollicitée par une partie au litige* »¹. Il n'y a donc nul hasard à ce que les dispositifs européens, français² et nord-américains³ de lutte contre la discrimination aient adopté, de manière similaire un régime d'aménagement de la charge de la preuve, pour faciliter à la partie faible du procès l'administration de la preuve tout en conciliant cet impératif avec le droit à l'égalité des armes ou *due process* en droit nord-américain.

Ce renversement opéré par les textes n'épuise toutefois pas la thématique des freins à la reconnaissance d'une discrimination : une fois les normes procédurales énoncées, l'interprétation de celles-ci par les juges peut, également, contribuer à lever ou maintenir un obstacle à la reconnaissance d'une discrimination. La manière plus ou moins souple dont le juge apprécie le lien de causalité existant entre, d'une part, la prise en compte de l'appartenance d'une personne à une catégorie protégée contre la discrimination et, d'autre part, la mise en œuvre d'une différence de traitement, influe très nettement sur l'effectivité du droit à la non-discrimination. Plus le standard juridictionnel adopté est strict, plus le fardeau de la preuve pesant sur les parties au procès – et des plaignants en particulier – est forte. Aux Etats-Unis, un nombre important d'études fondées sur un dépouillement des décisions des juges a ainsi

¹ D. Jacoto, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve » in E. Dockès (dir.), *Au coeur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, sous la Paris, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2007, p. 279.

² Art. 225-3 du Code pénal ; article L.1133-1 du Code du travail ; dispositif issu de l'arrêt « *Perreux* ».

³ Titre VII du *Civil Rights Act*. USC 78 Stat. 241.

démontré, statistiques à l'appui, que l'adoption d'un standard de la preuve plus ou moins souple avait une influence directe sur l'effectivité du droit à la non discrimination.¹

Plus précisément, la difficulté liée à l'adoption d'un standard juridictionnel d'appréciation de la causalité discriminatoire est particulièrement topique dans les hypothèses où un employeur du secteur privé ou du secteur public peut soit se prévaloir d'un motif licite – mais fallacieux, constituant un « prétexte » – justifiant la différence de traitement observée, ou tout à la fois d'un motif licite, et d'un motif illicite sous-jacent². Aux Etats-Unis, la Cour Suprême des Etats-Unis et la doctrine ont explicitement distingué ces deux hypothèses qui correspondent aux standards dits du « *Pretext cases* »³ et des « *Mixed-Motives cases* »⁴ que nous étudierons ensuite (section 1). En France, en revanche, la notion de « *motifs objectifs étrangers à toute discrimination* », qui permet à l'employeur – outre les hypothèses où celui-ci prend en compte une exigence professionnelle essentielle et déterminante – de justifier sa décision, constitue un « *bloc unique* » conférant aux juges du fond une très large marge d'appréciation pour évaluer la crédibilité de la défense de l'employeur.

La référence aux « *éléments objectifs étrangers à toute discrimination* » exige certes que la justification de la mesure soit étrangère à la prise en compte de tout motif discriminatoire. Dans ce cadre, l'élément objectif ne justifie pas la discrimination, mais permet de substituer à un motif discriminatoire un autre motif, légitime. Dans les hypothèses où une pluralité de motifs appuieraient la décision de l'employeur, la simple présence d'un motif discriminatoire rend illégitime la décision, puisque le critère invoqué n'est pas le motif exclusif de la décision prise à l'égard du salarié⁵.

¹ V. pour une présentation : A. Kenny, « The Meaning of "Because" in Employment Discrimination Law: Causation in Title VII Retaliation Cases after "Gross" », *The University of Chicago Law Review*, 2011, p. 1031-1061.

² Ce serait le cas, par exemple, d'une personne de nationalité étrangère renvoyée pour motifs liés à des insuffisances professionnelles avérées (des retards) mais où il s'avérerait que la mesure prise à son égard a également été motivée par la prise en compte de sa nationalité.

³ Voir, au sein d'une littérature abondante : D. S. Sherwyn et D. B. Ritter *The United States Supreme Court Rules in Favor of Employees in the Young and Abercrombie Cases: What Do They Really Hold?*, 2015 ; C. J. Lanctot « Secrets and Lies: The Need for a Definitive Rule of Law in Pretext Cases », *La. L. Rev.*, 2000, vol. 61, p. 539 ; « The Defendant Lies and the Plaintiff Loses: The Fallacy of the Pretext-Plus Rule in Employment Discrimination Cases » *Hastings LJ*, 1991, vol. 43, p. 57.

⁴ Voir, au sein d'une littérature abondante : P. J. Gudel, « Beyond Causation: The Interpretation of Action and the Mixed Motives Problem in Employment Discrimination Law. » *Tex. L. Rev.*, 1991, vol. 70, p. 17 M. A. Zubrensky, « Despite the Smoke, There Is No Gun: Direct Evidence Requirements in Mixed-Motives Employment Law After Price Waterhouse v. Hopkins », *Stanford Law Review*, 1994, p. 959-986 ; Michael I. Norton, Samuel R. Sommers, Joseph A. Vandellos *et al.*, « Mixed motives and racial bias: The impact of legitimate and illegitimate criteria on decision making » *Psychology, Public Policy, and Law*, 2006, vol. 12, n°1, p. 36.

⁵ Cass. soc., 4 juill. 2000, n° 98-43.285, Bull. civ. 2000.

Les juges n'ont, en France, pas fixé de standard d'appréciation de la réalité des motifs avancés par l'employeur. Tout au plus la jurisprudence a-t-elle précisé que l'existence d'éléments objectifs étrangers à la discrimination ne peut écarter celle-ci en présence d'une pluralité de motifs. En clair, comme le souligne Stéphane Brissy, la simple présence d'un motif discriminatoire « *corrompt tout* »¹ puisque la jurisprudence la sanctionne quand bien même ce critère ne constituerait pas le motif exclusif de la décision patronale². Or, les juges du fond disposant d'une large marge d'appréciation, voire d'un pouvoir discrétionnaire en la matière, cette absence de précision des modes d'appréciation de la crédibilité des motifs avancés par l'employeur pourrait – telle est notre hypothèse de travail de départ – constituer un facteur d'incertitude pour le requérant et favoriser la justification des discriminations par les juges. Ainsi, pour ne prendre qu'un seul exemple, en droit du travail, la chambre sociale de la Cour de Cassation a énoncé que les absences répétées d'un salarié malade peuvent être justifiées dans l'hypothèse où l'entreprise est désorganisée au point où le remplacement s'impose, cette justification remplaçant alors avantageusement le motif – discriminatoire – lié à l'état de santé³.

De prime abord et sur un plan strictement procédural, le système nord-américain d'administration de la preuve pourrait ainsi apparaître plus favorable que le système français, en ce qu'il permet de prendre en compte de manière plus transparente et plus prévisible les hypothèses de pluralité de motifs discriminatoires. Il est apparu opportun, pour confirmer ou infirmer ces intuitions, de mener une étude des normes en la matière aux Etats-Unis, où les politiques publiques de lutte contre les discriminations ont une longue histoire, et où la question de la charge de la preuve a été politisée⁴. En effet, la question des « *standards de la preuve* » (*standards of proof*) occupe une place centrale dans les débats sur l'effectivité de la lutte contre la discrimination aux Etats-Unis. Ce débat est d'autant plus possible dans l'espace juridique nord-américain que le juge y est soumis à un impératif de justification de ses décisions bien plus fort qu'en Europe, et que la question des standards de la preuve fait l'objet de débats et de polémiques importantes, y compris au sein même de l'arène judiciaire par le biais des opinions concordantes et dissidentes des juges à la Cour Suprême des Etats-Unis.

¹ S. Brissy, *JurisClasseur Travail Traité*, fasc. 17-11, 2016.

² Cass. crim., 14 juin 2000, n° 99-81.108 : JurisData n° 2000-002887 ; Bull. Crim. 2000, n° 226 ; Cass. crim., 2 sept. 2008, n° 07-81.661 : JurisData n° 2008-045115 ; Dr. soc. 2009, p. 505, obs. F. Duquesne ; JCP S 2009, 1019, note J.-F. Cesaro.

³ Cass. soc., 16 juill. 1998, n° 97-43.484, Bull. Civ. 1998 ; Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40.110, Bull. Civ. 2001.

⁴ Voir, pour un aperçu en langue française des débats liés à la discrimination dans l'espace juridique nord-américain : M. Mercat-Bruns (dir.), *Discriminations en droit du travail ; dialogue avec la doctrine américaine*, coll. « À droit ouvert », Paris, Dalloz, 2013.

Il s'agira ici d'examiner le raisonnement suivi par les juges pour retenir la qualification de « *discrimination* » en fonction des situations de fait, et d'examiner l'impact de ce raisonnement sur l'effectivité de la lutte contre les discriminations. Plus précisément, il s'agira de se focaliser sur l'appréciation de la causalité en matière de discrimination. Il est alors particulièrement utile d'examiner la manière dont le juge parvient à établir l'existence d'un lien entre un traitement défavorable d'une part, et l'un des critères de discrimination prohibés par la loi d'autre part, particulièrement dans les hypothèses de « *Mixed Motive Discrimination* », ou discrimination à pluralité de motifs, à savoir des différences de traitement motivées – de manière explicite ou non – à la fois par un motif licite, et par un motif illicite. Il s'agit plus spécifiquement d'étudier la manière dont le juge mobilise les normes spécifiquement dédiées à la lutte contre les discriminations et, ainsi, d'étudier l'apport du juge à l'effectivité des politiques publiques de lutte contre la discrimination directe, quel que soit le motif de celle-ci. L'étude se concentrera donc sur la mobilisation par le juge du principal texte pertinent en la matière, à savoir le titre VII du *Civil Rights Act* de 1964, mais également sur les législations protectrices des lanceurs d'alerte qui ont repris des dispositifs similaires en tout point¹

L'appréciation de la preuve dans l'espace juridique nord-américain étant particulièrement complexe, une première partie de la présente étude consistera donc à présenter brièvement et de manière nécessairement incomplète le système probatoire existant aux Etats-Unis (Section 1).

Il s'agira par la suite de démontrer que la définition des standards de la preuve affecte directement l'effectivité du droit à la non-discrimination, en prenant appui sur l'exemple de la protection des « lanceurs d'alerte » (*Whistleblowers*) qui, s'étant historiquement calquée sur le modèle suscité par la lutte contre la discrimination institué par le *Civil Rights Act* de 1964, a repris ce type de mécanismes (Section 2).

Le fait d'imposer aux juges du fond un standard déterminé d'appréciation de la causalité discriminatoire n'épuise toutefois pas la thématique des obstacles juridictionnels à la reconnaissance d'une discrimination. L'expérience nord-américaine, marquée par ce qu'une partie de la doctrine nomme la « *contamination par la Law of Torts* » (*Tortification*) du droit de la discrimination, semble révéler l'existence d'obstacles liés à ce que nous nommerons, par convention, l'habitus du juge. Confronté aux lacunes (aux silences) de la législation en matière de preuve, la Cour Suprême des Etats-Unis a, de manière surprenante, importé les principes de

¹ Ce choix est justifié par le fait que l'auteur de ces lignes dispose de plus d'informations fiables sur ce sujet, qui constitue son thème principal de travail.

la *Law of Torts*, considérée comme moins favorable aux salariés, dans le corpus construit par le législateur nord-américain (Section 3).

Section 1. Brève présentation du système nord-américain en matière de lutte contre la discrimination

Comme le note le professeur Schwarze, tous les efforts de mobilisation par le juge d'une norme de protection contre les discriminations se focalisent sur une notion latente d'arbitraire de la différence de traitement, qui est « *soumise à des fluctuations incessantes, et [...] ne peut donc être rapportée qu'à un cas d'espèce* » ce qui en fait une question « *politique* »¹. En effet, dans les systèmes français et nord-américains de lutte contre la discrimination, est demandé aux personnes s'estimant victimes de discrimination, en premier lieu – et outre le fait de faire partie d'une catégorie protégée contre la discrimination – d'apporter des éléments permettant d'établir l'existence d'une présomption de discrimination. Dans les deux cas, apparaît ce que le professeur Dubout nomme « *une relation triangulaire* »² : ce n'est qu'en prouvant l'existence de deux situations comparables qu'il devient possible, par la suite, de reprocher au défendeur une différence de traitement arbitraire.

C'est cette dernière étape, celle de l'établissement de la causalité discriminatoire, qui conduit le défendeur à présenter des éléments prouvant que sa décision est bien dépourvue de prise en compte d'un élément discriminatoire, qui apparaît la plus délicate. Celle-ci a, sans surprise, donné lieu de ce fait à d'importants développements de politique publique aux Etats-Unis.

En 1964, le Congrès des Etats-Unis a érigé le titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 au rang de pièce-maîtresse du dispositif nord-américain de lutte contre les discriminations. Le titre VII se situe au croisement de deux objectifs de politique publique poursuivis par le législateur des Etats-Unis : établir un environnement défavorable aux discriminations dans les entreprises, et fournir aux requérants un moyen effectif d'obtenir réparation des préjudices subis³. Dans ce cadre, le législateur nord-américain avait eu pour intention d'alléger au maximum la charge de la preuve pour écarter toute prise en compte d'un motif discriminatoire dans les décisions concernant les employés du secteur public comme du secteur privé. En interprétant ces dispositions, les juridictions nord-américaines, Cour Suprême en tête, ont développé deux

¹ J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruxelles/Luxembourg, Bruylant/OPOCE, 1994, vol. I, p. 586 et 587. Cité par : E. Dubout, « Discrimination », *JurisClasseur Libertés*, fasc. 500, 2015.

² E. Dubout, « Discrimination », *JurisClasseur Libertés*, fasc. 500, 2015.

³ Voir E. Rosoff, « Disparate Treatment of Disparate Treatment: Harmonizing Title VII Pretext and Mixed-Motive Jury Instruction Causation Standards in Light of *Staub v. Memorial Hospital* », *Cardozo L. Rev.*, 2013, vol. 35, p. 2079.

standards distincts d'appréciation des motivations – réelles ou supposées – des intentions des employeurs ayant pris une mesure défavorable à l'égard de l'un de leurs salariés, auxquels sont associés des mécanismes distincts d'administration de la preuve. Il s'agit d'une part du standard du « *prétexte* » (*pretext cases*) et du standard dit de la « *motivation multiple* » (*mixed-motive*).

L'arrêt *Green v. McDonnell Douglas* de la Cour Suprême des Etats-Unis (411 U.S. 792 (1973)) complété par l'arrêt *Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine* (450 U.S. 248 (1981)) de la même Cour, ont fixé la marche à suivre dans ce type d'hypothèses. Ces arrêts offrent la possibilité à l'employé, en réponse, de prouver, en dernier lieu – le raisonnement se focalisant alors sur la nature des justifications apportées par le salarié – que la motivation avancée par l'employeur n'est qu'un « *prétexte* » masquant un réel motif discriminatoire. En pratique, ce mécanisme est principalement utilisé dans les hypothèses où le salarié dispose de preuves directes de l'existence d'une mesure discriminatoire. L'analyse « *prétextuelle* » de la causalité discriminatoire postule que la justification apportée par l'employeur est fallacieuse dans son intégralité, et qu'elle ne sert qu'à masquer le motif réel de la décision prise à l'égard du salarié. En clair, l'analyse de la causalité dans ce cadre exclut toute possibilité d'accorder du crédit à la justification apportée par l'employeur en réponse aux éléments apportés par l'employé en premier lieu.¹

Les juges ayant été rapidement confrontés à des hypothèses dans lesquelles il n'était pas possible de réfuter intégralement les motivations avancées par l'employeur en défense, s'est forgée, à compter de l'arrêt *PriceWaterHouseCoopers v. Hopkins* (490 U.S. 228 (1991)), une analyse de la causalité discriminatoire dans les hypothèses de discriminations à « *motifs multiples* » (*Mixed motive*), qui vise à reconnaître l'existence de décisions de l'employeur motivées à la fois par des critères licites, et des critères illicites – c'est à dire, discriminatoires. En pratique, la distinction entre les deux est extrêmement ténue et est contestée à ce titre par la doctrine² et le cadre d'analyse développé dans le cadre des *pretext cases* concerne principalement les hypothèses dans lesquelles les requérants ont des preuves directes de la prise en compte d'un motif discriminatoire, ce qui est extrêmement peu courant.

Dans le cadre des discriminations « à motifs multiples » qui sont aujourd'hui les plus couramment examinées par les juges, la Cour suprême a dégagé deux standards d'appréciation du caractère légitime des justifications apportées par l'employeur : il s'agit des standards du

¹ Voir, pour une tentative d'explication « pédagogique » de la distinction : B.Schwanitz, « Mixed-Motives for Firing Employees: Alaska's Inconsistent Standards and Its Failure to Follow the Changing Federal Tide », *Alaska L. Rev.*, 2007, vol. 24, p. 292.

² *Idem*.

« *But For Standard* » inspiré de la *Law of Torts*, et du « *Motivating Factor* ». Sous l'empire du « *But for Standard* », l'employé victime de discrimination doit prouver que l'employeur n'aurait en aucun cas (« *But for* ») pris la même mesure à son égard s'il n'avait pas fait partie d'une catégorie discriminée. En clair, l'appartenance à une catégorie potentiellement déterminante doit être le seul élément ayant conduit à la prise d'une mesure (licenciement, sanction), les autres facteurs (insuffisances professionnelles par exemple) n'ayant joué qu'un rôle nécessairement marginal¹. A l'inverse, sous l'empire du « *Motivating Factor* » tel qu'il est interprété par la Cour suprême américaine, le requérant doit démontrer que l'appartenance à une catégorie susceptible d'être discriminée doit être « *l'un des facteurs déterminants* » parmi d'autres de la mesure défavorable prise par un employeur à l'égard de son employé, quand bien même d'autres facteurs auraient pu légitimement être pris en compte. Cette interprétation permet en pratique de sanctionner plus facilement les discriminations dans les hypothèses de « motifs multiples » puisqu'il s'agit pour le requérant de démontrer que la prise en compte de son appartenance à une catégorie discriminée a été un facteur important, certes, dans la décision de l'employeur, mais non le seul facteur. En clair, dans le cadre du « *Motivating Factor* », le requérant n'a pas à prouver que l'employeur aurait pris une décision toute autre en l'absence d'une prise en compte de son appartenance : le fait que l'employeur ait pu prendre la même décision en se fondant sur des critères licites (insuffisance professionnelle) n'empêche pas la reconnaissance d'une discrimination, sous réserve que l'appartenance à une catégorie protégée ait joué un rôle déterminant dans la décision de l'employeur. Ce standard de la preuve est néanmoins toujours difficile à utiliser pour l'employé, et lui est moins favorable que le « *contributing factor* ».

Au delà de ces deux standards – qui sont les plus courants, mais ne sont pas les seuls existant aux Etats-Unis – le législateur a, dans certaines hypothèses, explicitement adopté un standard plus favorable que le « *motivating factor* », à savoir le « *contributing factor* », qui sera décrit ci-dessous. Il s'agit principalement des lois adoptées à compter du début des années 1970 pour protéger les lanceurs d'alerte ou « *whistleblowers* ».

Section 2. L'adoption d'un standard contraignant d'appréciation de la causalité discriminatoire, facteur d'effectivité du droit ? L'exemple de la protection des lanceurs d'alerte

¹ Voir, sur ce standard assimilé couramment à la notion de « *proximate cause* » issue de la *Law of Torts* : J. McLaughlin, « *Proximate cause* » *Harvard Law Review*, 1925, vol. 39, n°2, p. 149-199.

L'exemple de la protection des « lanceurs d'alerte » aux Etats-Unis, qui a été calquée sur le modèle suscité par la lutte contre les discriminations, semble démontrer que l'imposition d'un standard déterminé d'appréciation de la causalité discriminatoire influe directement sur l'effectivité des normes de lutte contre les discriminations. Dans l'espace juridique américain, la protection des « lanceurs d'alerte » ou « whistleblowers »¹ a largement été liée à la question de l'administration de la preuve, et plus particulièrement de l'administration de la preuve de l'intention discriminatoire de l'employeur. Il s'agit dans ce cadre, pour le juge, d'apprécier s'il existe un lien de causalité entre les mesures prises par l'employeur contre un employé, et le fait que celui-ci ait lancé l'alerte.

La majorité des lois relatives au *whistleblowing* aux Etats-Unis adoptent deux types de standards de la preuve de l'intention discriminatoire : le « *Contributing factor* » et le « *Motivating Factor* ». L'administration du travail² ainsi que de nombreux universitaires³ considèrent le « *Contributing factor* » comme plus favorable aux employés que d'autres types de standard tels que celui du « *Motivating factor* » : la charge de la preuve est donc conçue comme un enjeu de politique publique aux Etats-Unis. Sous l'empire du « *Contributing Factor* », l'employé doit prouver que la prise en compte de sa qualité de lanceur d'alerte a affecté, d'une manière ou d'une autre, la décision de l'employeur. Nul besoin, ici, que cette prise en compte de l'appartenance à une catégorie discriminée ait été déterminante dans la décision de l'employeur : il suffit qu'elle ait influencé celle-ci, même de manière marginale. A l'inverse, sous l'empire du « *Motivating Factor* », l'employé doit prouver, en toute logique que le lancement d'alerte a été « *l'un des facteurs déterminants* » dans la mesure prise à son égard. La charge de la preuve est donc plus lourde pour l'employeur dans le cadre du « *Contributing Factor* » que dans le cadre du « *Motivating Factor* ». Certains des principaux statuts protecteurs ont donc adopté ce standard. Ainsi, la « *Sarbanes Oxley* » (SOX), qui adopte sur ce point le schéma du « *Wendell H. Ford Aviation Investment and Reform Act for the 21st Century* » (dit « *AIR21* »)⁴, exige explicitement que le fait que le salarié ait lancé l'alerte soit un « *facteur contributif* » aux mesures prises par l'employeur à l'égard de son salarié⁵.

¹ Nous reprenons ici la définition la plus communément admise du terme, à savoir « *le fait que des membres d'une organisation rendent publiques des pratiques illégales, immorales ou illégitimes, qui sont de l'autorité de leur employeur, à des personnes ou à des organisations dont l'action peut changer la situation* ». V. J. Near, M. Miceli, "Effective Whistle-Blowing", *Academy of Management Review*, vol. 20, n°3, juillet 1995, p. 680.

² Voir Procedures for the Handling of Discrimination Complaints Under Section 806 of the Corporate and Criminal Fraud Accountability Act of 2002, Title VIII of the Sarbanes-Oxley Act of 2002, 69 Fed. Reg. 52,107 (août 2004).

³ Voir Notamment : R. Moberly, « Unfulfilled expectations: An empirical analysis of why Sarbanes-Oxley whistleblowers rarely win » *William & Mary Law Review*, 2007, vol. 49, p. 65.

⁴ V.R.Moberly « Sarbanes-Oxley's Whistleblower Provisions: Ten Years Later. » *SCL Rev.*, 2012, vol. 64, p. 1.

⁵ 29 CFR. § 1980.104(b)(2)(C).

Sous l'empire du standard du « *Motivating Factor* », rappelons-le, le lanceur d'alerte doit produire des faits suffisants pour démontrer que la mesure défavorable prise à son égard est bien motivée de manière déterminante par le fait d'avoir lancé l'alerte. Ce mode de preuve suit un raisonnement en trois étapes. En premier lieu, le lanceur d'alerte doit apporter des éléments qui démontrent de manière manifeste que la mesure prise à son égard est bien fondée sur un motif discriminatoire. En second lieu, l'employeur peut en retour prouver qu'au contraire, la mesure n'a pas été motivée de manière déterminante par la prise en compte d'un critère discriminatoire, mais par des éléments démontrant des insuffisances professionnelles réelles de l'employé lanceur d'alerte (motifs licites). Le standard adopté est ici celui de la « *prépondérance de la preuve* », ce qui signifie que la preuve est apportée par l'employeur dès lorsque les éléments avancés sont plus susceptibles d'être vrais que faux. Il s'agit d'un standard peu contraignant, dans la mesure où, souligne le professeur Pardo¹, il vise à imposer la même exigence probatoire aux deux requérants au cours d'un procès. La Cour Suprême des États-Unis a d'ailleurs expliqué dans son arrêt *Grogan v. Gardner* (498 U.S. 279, 286 (1991)) que ce standard implique une « *répartition globalement égale du risque d'erreur entre les requérants* ».

La troisième étape celle qui apparaît la plus problématique parce qu'elle impose à l'employé, en retour, de démontrer que les raisons avancées par l'employeur ne sont pas les raisons prédominantes de la mise en œuvre d'une différence de traitement ; mais qu'en réalité, la prise en compte d'un critère discriminatoire a été déterminante. Dans ce cadre, c'est donc sur l'employé que repose, en dernière analyse, la charge de la preuve de l'existence d'un motif discriminatoire. La première « *étape* » impose à l'employé lanceur d'alerte une charge de la preuve assez lourde, puisque le salarié doit démontrer, par une « *prépondérance de la preuve* », que la mesure dont il est l'objet a bien été motivée substantiellement ou de manière déterminante par le fait d'avoir lancé l'alerte. Dans ce cas, la troisième « *étape* » du raisonnement devient particulièrement difficile pour un employé lanceur d'alerte, car celui-ci devra démontrer en pratique que les raisons avancées par l'employeur masquent en réalité une volonté d'exercer des représailles à son égard, qui joue un rôle prédominant, substantiel dans la décision prise. Cette étape est d'autant plus difficile que, comme le soulignait la Cour suprême elle-même dans son arrêt *Reeves v. Sanderson* de 2000 (530 U.S. 133 (2000)), cette preuve est par définition presque impossible à apporter dans la mesure où l'employé n'a par définition généralement pas accès aux informations qui lui permettraient d'obtenir gain de cause face à un employeur.

¹ M. S. Pardo. "Second-Order Proof Rules." *Florida Law Review*, 2009, vol. 61, p.1091.

En revanche, le « *Contributing Factor* » imposé par les lois protectrices des lanceurs d'alerte ainsi que par l'administration n'implique qu'un raisonnement en deux étapes. En premier lieu, l'employé doit démontrer que le lancement d'alerte a été un « *facteur contributif* » parmi d'autres à la mesure prise par l'employeur, ce qui est beaucoup moins lourd que de prouver que la mesure a été un élément motivant de manière substantielle la mesure prise. Il suffit ici que la prise en compte de l'appartenance à une catégorie protégée ait joué un rôle, même marginal, dans la mesure prise par l'employeur. En retour, et c'est la seconde étape du raisonnement, l'employeur doit démontrer qu'il aurait pris exactement la même décision si l'employé n'avait pas lancé l'alerte, et que le lancement d'alerte n'a aucunement été pris en compte par l'employeur. C'est donc en dernière analyse au juge qu'il revient – comme en France dans le cadre des mécanismes de renversement de la charge de preuve – de confronter les arguments de l'employé et du salarié, et de se prononcer au vu des éléments qui lui sont communiqués. Surtout, cette dernière étape, où l'employeur doit prouver qu'il aurait pris exactement la même mesure si le salarié n'avait pas lancé l'alerte, s'effectue sous l'empire du standard du « *clear and convincing evidence* ». Ce standard de la preuve est défini par la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'arrêt *Santosky v. Kramer* (455 U.S. 745 (1982)) comme un standard « *intermédiaire [...] entre le standard de la « prépondérance de la preuve » et le standard du « Beyond reasonable doubt » (au-delà de tout doute raisonnable), plus exigeant encore. Celui-ci crée délibérément une asymétrie dans la tolérance du risque d'erreur, tolérant moins celui-ci de la part du défendeur – ici l'employeur – que du demandeur.*

Il est aisé à ce stade de comprendre pourquoi le « *contributing factor* » – plus proche au demeurant du système français d'administration de la preuve – est, sur le plan qualitatif, bien plus favorable aux employés que le « *motivating factor* ». Celui-ci associe en effet une charge de la preuve allégée pour le lanceur d'alerte à un standard de la preuve sévère pour l'employeur au second stade de l'administration de la preuve. A l'inverse, le standard du « *motivating factor* » fait peser sur le lanceur une charge de la preuve plus lourde au premier stade du raisonnement, tandis qu'au second stade, l'employeur peut prouver de manière plus aisée qu'il aurait pris le même type de mesure à l'égard de l'employé si celui-ci n'avait pas tiré la sonnette d'alarme.

Surtout, le « *motivating factor* » introduit une troisième étape dans le procès, où, si l'employeur a réussi à prouver par une « prépondérance de la preuve » que la mesure prise est étrangère à toute prise en compte d'un motif discriminatoire, pèse alors une charge de la preuve presque impossible à surmonter pour le lanceur d'alerte. Or, dans la mesure où le standard de la prépondérance de la preuve est aisé à remplir pour l'employeur, la quasi-totalité des d'hypothèses dites de « *mixe-motive cases* » – hypothèses où l'employeur se prévaut par

ailleurs de réelles raisons de sanctionner le salarié – sont susceptibles de tourner en défaveur du salarié. Pourtant, bien que plus théoriquement plus favorable au salarié, ce standard de la preuve n'a toutefois pas démontré sa pleine efficacité.

Peut-on alors mesurer l'influence de la définition d'un standard d'appréciation de la preuve plus souple par le biais des lois protectrices des lanceurs d'alerte ou *whistleblowers* ? La réponse est positive.

Nombre de statistiques annuelles sont publiées par le département du travail aux Etats-Unis¹, qui permettent d'avoir une vision de l'efficacité globale des lois de protection des lanceurs d'alerte. Ces statistiques annuelles indiquent, pour chaque année, quelle a été l'issue des instances juridictionnelles impliquant des lois de protection des *whistleblowers*. Néanmoins, ces statistiques ne sont pas pleinement satisfaisantes, car elles n'indiquent pas quelles ont été les raisons pour lesquelles les lanceurs d'alerte ont, ou n'ont pas, obtenu gain de cause, ce qui rend impossible le fait de savoir dans quelle mesure le standard de la preuve a, ou non, joué un rôle dans l'issue des instances. Il pourrait certes être envisageable d'effectuer un dépouillement des décisions publiées sur les bases de données telles que *Westlaw*. Mais, outre que cela nécessiterait d'étudier en détail des milliers de décisions, cette méthode ne serait pas satisfaisante, car la majorité des décisions prises par le circuit fédéral et l'ALJ n'est pas publiée sur les bases de données en ligne. Nous sommes donc obligés de nous remettre, sur ce point, à la seule étude empirique menée sur l'effectivité des lois de protection des lanceurs d'alerte aux Etats-Unis, rédigée par le professeur Moberly², et qui constitue une étude de référence.

Le professeur Moberly a en effet obtenu de l'administration l'ensemble des décisions (700) concernant les lanceurs d'alerte dans le cadre de la loi « *Sarbanes Oxley* » rendues entre 2002 et 2006, et en a tiré des statistiques détaillées. Nous n'avons d'autre choix que de nous fonder sur celles-ci. Néanmoins, pour élargir l'étude, nous nous intéresserons également aux statistiques concernant le *Surface Transportation Administration Act*³ (STAA), qui contient des dispositions protégeant les lanceurs d'alerte travaillant dans le domaine du transport routier. Le STAA a en effet été modifié par le « *9/11 Commission Recommendation Implementation Act* » en 2007 pour substituer le « *contributing factor* » au « *motivating factor* ».

¹ Celles-ci sont disponibles en ligne : [http://www.whistleblowers.gov/wb_data_FY05-12.pdf].

² R. Moberly, "Unfulfilled expectations: An empirical analysis of why Sarbanes-Oxley whistleblowers rarely win." *William & Mary Law Review* 2007, vol. 49, p. 65.

³ Ce texte protège les salariés lanceurs d'alerte dans le domaine du transport routier. Il s'agit de l'un des textes les plus mobilisés devant les juridictions nord-américaines en matière de lancement d'alerte.

Nous examinerons brièvement l'évolution du taux de succès des lanceurs d'alerte dans le cadre de leurs procédures en comparant les statistiques produites pour les années 2005 à 2006 d'une part, et 2008 à 2009 d'autre part. Cette solution n'est pas satisfaisante car elle ne permet pas de savoir quel est le rôle précis joué par le standard de la preuve dans une éventuelle évolution du taux de succès des procédures intentées par les lanceurs d'alerte. Néanmoins, de manière assez grossière, nous émettrons l'hypothèse qu'une absence d'évolution de ce taux, ou une évolution de celui-ci à la baisse tendrait à indiquer que le changement de standard de la preuve n'a que peu d'impact sur l'efficacité de la législation anti-discrimination.

Ainsi, s'agissant de la loi SOX, les statistiques fournies par le professeur Moberly indiquent de manière très générale que seuls 3,6% des lanceurs d'alerte protégés par cette loi ont obtenu gain de cause devant l'administration chargée de les protéger, l'*Occupational Safety and Health Administration* (OSHA, et seul 6,5% ont eu gain de cause en appel¹. Cet état de fait s'explique par un nombre important d'obstacles propres aux lois protégeant les lanceurs d'alerte, notamment l'existence de délais très strictes pour intenter une action contre un employeur. Néanmoins, les statistiques indiquent de manière assez claire que la charge de la preuve constitue encore un obstacle important pour les lanceurs d'alerte.

Ainsi, devant l'OSHA, l'incapacité de dépasser l'obstacle de la preuve est d'assez loin la première cause de rejet des demandes des lanceurs d'alerte puisque 47,2% de celles-ci ont été rejetées pour cette raison². Devant les juges administratifs, le taux de rejet pour cette raison est significativement moins élevé, atteignant seulement 36,2%, ce qui est néanmoins encore très élevé. L'étude explique bien la raison de cette différence observée, qui tient à ce que l'OSHA n'a pas appliqué, au premier stade du raisonnement, le « *contributing factor* », rejetant 64,9% des demandes au premier stade du raisonnement³. A l'inverse, cet effet de couperet n'existe pas dans les instances devant le juge administratif qui a réellement appliqué le « *contributing factor* », et où seules 16,7% des demandes ont été rejetées au premier stade du raisonnement⁴. Le standard de la preuve a donc bien une influence non négligeable sur l'effectivité des législations protectrices des lanceurs d'alerte, bien que cet effet soit modéré. Ainsi, une comparaison des statistiques fournies pour le STAA suggérerait – de manière très grossière toutefois – également une influence de ce type : entre 2005 et 2006, sous l'empire du « *motivating factor* », seuls

¹ R. Moberly. "Unfulfilled expectations: An empirical analysis of why Sarbanes-Oxley whistleblowers rarely win." *William & Mary Law Review* 2007, vol. 49, p.65

² *Idem*, p.105

³ *Idem*, p.105

⁴ *Idem*, p.106

10,1% des lanceurs d'alerte ont obtenu gain de cause devant l'OSHA, alors que ce pourcentage atteinte 30,4% s'agissant de la période 2008-2009¹

Section 3. L'*Habitus* du juge : un obstacle persistant à l'effectivité du principe de non-discrimination ?

L'étude des « standards de la preuve » aux Etats-Unis, dans le cadre du titre VII du *Civil Rights Acts* cette fois-ci, révèle toutefois l'existence d'un obstacle lié à l'*habitus* du juge. Aux Etats-Unis, l'imprécision du langage utilisé par le Titre VII du *Civil Rights Act* – qui précise qu'une mesure prise à l'égard d'un salarié doit avoir été prise « *en raison de* » (*because of*) son appartenance à une catégorie protégée et ne précise pas s'il faut employer le « *But For Standard* » ou le « *Motivating factor* » – a conduit nombre de juridictions des circuits fédéraux, puis la Cour Suprême, à adopter le « *But For Standard* », jugé plus favorable aux employeurs. Et cela en dépit du fait que la réforme du titre VII du *Civil Rights Act* en 1991 avait précisément pour but d'imposer, explicitement, le standard du « *Motivating factor* »², et ce dans toutes les hypothèses de discrimination. A l'inverse, les Cours fédérales et la Cour Suprême des Etats-Unis ont, en procédant à une interprétation casuistique des différentes hypothèses de discrimination, peu à peu adopté le « *But For Standard* ». S'il est difficile, voire impossible, de dresser un panorama des décisions dans lesquelles marquant la « *contamination* » du droit de la non-discrimination par la *Law of Torts* dénoncée par un nombre croissant de membres de la doctrine nord-américaine³, deux exemples récents apparaissent frappants.

En premier lieu, dans un arrêt *Staub V. Proctor Hospital* de 2011 (560 F. 3d 647 (2011)), qui marque selon certains auteurs le « *zénith* »⁴ de la « *contamination* » du droit du travail par des raisonnements issus de la *Law of Torts*, la Cour Suprême des Etats-Unis a considéré que les agissements d'un cadre d'une entreprise ne pouvaient engager l'employeur que dans l'hypothèse où les motivations dudit cadre constituent la cause directe et principale de cet agissement – l'employé n'aurait en aucun cas subi une telle mesure si le cadre n'avait pas eu une telle motivation – de la discrimination.

¹ *Idem*, p.110

² Voir, analysant longuement les travaux parlementaires pertinents : W. R Corbett, « Unmasking a Pretext for Res Ipsa Loquitur: A Proposal to Let Employment Discrimination Speak for Itself » *Am. UL Rev.*, 2012, vol. 62, p. 447.

³ W. R Corbett, « What Is Troubling about the Tortification of Employment Discrimination Law » *Ohio St. LJ*, 2014, vol. 75, p. 1027 ; LONG, A. B Long, « Response: What Is Even More Troubling about the Tortification of Employment Discrimination Law » *Ohio St. LJ Furthermore*, 2015, vol. 76, p. 1.

⁴ W. R Corbett, Art. précité, 2012, vol. 62, p. 447.

En second lieu un arrêt *University of Texas Southwestern Medical Center v. Nassar* de 2013 (570 US __ (2013)), la Cour Suprême a récemment tranché en faveur du « *But For Standard* » défavorable aux salariés dans le cadre des mesures prises contre les employés ayant dénoncé des agissements discriminatoires (*retaliation*) en justifiant sa décision par le fait qu'un tel mode d'appréciation des preuves est identique au standard du « *proximate cause* » forgé depuis longtemps dans le cadre de la *Law of Torts*.

Dans les deux cas, la Cour Suprême a, en interprétant le *Civil Rights Act* comme un *tort* et en adoptant le standard du « *But For* », rendu plus ardue la possibilité de faire reconnaître une discrimination. Une telle interprétation est d'autant plus surprenante que, comme le rappelle le professeur Corbett¹, les Cours pouvaient, en présence d'imprécisions linguistiques de l'énoncé du Titre VII du *Civil Rights Act*, emprunter des concepts subsidiaires à de nombreux autres corpus du droit pour les adapter au droit de la non-discrimination, mais elles se sont systématiquement référées au principe du *Law of Torts* en raison de son prestige et de son caractère supposément plus rigoureux². La règle du précédent n'obligeait nullement, ici, le juge à adopter des standards issus de la *Law of Torts*. Peut-être est-ce là le signe que l'*habitus* du juge suprême, plus habitué à traiter de cas impliquant l'application de la *Law of Torts* que de cas impliquant la législation sur le travail en raison des contraintes financières reposant sur les requérants les plus démunis et disposant de moins de ressources pour saisir les degrés de juridiction les plus élevés une fois leurs prétentions rejetées par les juges du fond³.

Au terme de cette brève étude, il paraît difficile de tirer des « leçons » du système nord-américain valables en droit interne français. D'une part, si l'admission de preuves indirectes et objectives d'une intention discriminatoire de la part de l'employeur a estompé la différence entre les systèmes nord-américain et français de preuve des discriminations, l'usage de standards de la preuve défini de manière précise s'expliquait, initialement, par le fait que l'administration de la preuve d'une discrimination s'accompagnait d'une nécessité de prouver l'existence d'une intention discriminatoire de la part de l'employeur⁴, ce qui n'est pas le cas en France.

¹ *Idem.*

² *Idem.*

³ Dans un célèbre article de 1974, le professeur Galanter a démontré en s'appuyant sur un important matériau empirique que les requérants les plus « présents » devant les Cours – et les plus dotés, de ce fait, en ressources financières et symboliques – avaient des chances significativement plus élevées de bénéficier d'un biais des juges en leur faveur. M. Galanter, « Why the "haves" come out ahead: Speculations on the limits of legal change » *Law & society review*, 1974, vol. 9, no 1, p. 95-160.

⁴ Voir not. : D. B. Oppenheimer, « Negligent discrimination », *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, vol. 141, no 3, p. 899-972.

Reste que si le système français apparaît *stricto sensu* plus favorable aux requérants que le système nord-américain en matière de preuve puisque toute prise en compte d'un motif discriminatoire emporte l'existence d'une discrimination illicite (comme c'est d'ailleurs le cas dans le cadre du « *motivating factor* » évoqué maintes fois dans cette étude), cet état de fait n'a nullement ralenti la reconnaissance de différences de traitement justifiées par des éléments « objectifs et étrangers à toute discrimination », favorisée par la large marge d'appréciation accordée au juge du fond. A cet égard, le système nord-américain peut, à défaut d'être salué pour son caractère particulièrement protecteur, être loué pour sa transparence – certes toute relative.

L'étude paraît en définitive remplacer une première intuition par une autre, qui est la suivante. L'existence d'obstacles inhérents à l'*habitus* du juge, à l'activité judiciaire : les « lacunes » ou imprécisions rédactionnelles des lois, qui accentuent le caractère naturellement indéterminé des normes, font potentiellement de l'arène « judiciaire » un lieu de conflits entre différents droits et prétentions. Et, dans ce cadre, comme le démontre dans un tout autre contexte la « contamination » du droit à la protection des lanceurs d'alerte par le droit civil en Allemagne¹ ou l'exercice de confrontation entre droits sociaux et libertés économiques, la « force argumentative » de certaines normes jugées favorables aux activités économiques semble leur valoir, avec une constance rare, les faveurs du juge.

¹ Voir R.G. Vaughn. *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012, 368, p. 204.

Les stratégies relatives à l'établissement de la discrimination

Nicolas Hoffschir & Vincent Orif

Docteur en droit et maître de conférences en droit privé, Université de Caen

« Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ». Brocardée au sein des premières dispositions du Code civil, cette règle de principe, qui laisse entendre que tout à chacun doit collaborer de manière désintéressée à la manifestation de la vérité, est parfois privée d'effectivité. L'établissement de faits caractérisant une discrimination en droit du travail constitue à cet égard une hypothèse remarquable. Ceux-ci restent bien souvent dissimulés aux yeux du juge en raison des difficultés que peut éprouver le salarié à réunir des éléments de preuve. Le lien de subordination qui unit l'employeur à ses collègues risque de créer une « forme d'omerta » empêchant ces derniers de pleinement concourir à la manifestation de la vérité. C'est donc démuni, du moins selon cette première analyse, que le salarié se rendra devant son juge afin de faire valoir ses droits en la matière. Pour lui venir en aide, le législateur, sous l'impulsion des institutions et juges européens, a aménagé le fardeau probatoire en posant à l'article L.1134-1 du Code du travail que le salarié doit simplement présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ; au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse, c'est-à-dire l'employeur, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination¹. L'idée est que le salarié doit simplement fournir un début de preuve qui, du moins, est de nature à caractériser une rupture d'égalité avec ses collègues. Cet aménagement peut paraître insuffisant. En l'absence de tout relai, le salarié ne semble guère à même de rapporter des éléments de preuve, quand bien même ceux-ci seraient moindres que ceux qu'il devait rapporter avant l'intervention du législateur. Il n'y a alors qu'un pas à franchir pour conclure qu'inévitablement les prétentions du salarié continueront à se briser sur l'écueil de la preuve.

Certes, il est possible de penser que le salarié ne dispose guère de possibilités de rapporter la preuve de faits discriminatoires seuls. Il ne faut cependant pas occulter le fait que le droit lui fournit des armes efficaces qu'il lui appartient simplement d'utiliser à bon escient. Faute de disposer des éléments nécessaires, il peut en effet solliciter l'intervention du juge, notamment, avant tout procès².

¹ Pour une présentation de ces règles, voir A. Danis-Fatôme, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016 : URL : [\[http://revdh.revues.org/2051\]](http://revdh.revues.org/2051).

² Art. 145 du Code de procédure civile.

A l'inverse, l'employeur poursuit le rejet des prétentions du salarié. Il doit donc démontrer qu'il n'est pas l'auteur d'une discrimination. Différentes solutions s'offrent à lui. Soit, il peut chercher à simplement contester les preuves du salarié. Soit, il tend à établir que la différence de traitement entre les salariés repose sur des éléments objectifs. Le choix entre les différentes stratégies dépend, notamment, des éléments de preuve à sa disposition et des prétentions du salarié.

Dès lors, il convient de s'interroger sur les différentes possibilités offertes aux justiciables pour faire reconnaître, ou au contraire contester, l'existence d'une discrimination. Cette étude a donc pour objet d'identifier les stratégies probatoires des justiciables en examinant les voies de droit offertes au salarié pour établir la discrimination et celles utilisées par l'employeur pour combattre les prétentions du salarié. L'analyse a été menée en se fondant sur une centaine de décisions de cours d'appel. Bien que cela soit insuffisant pour établir des statistiques aussi fiables que celles découlant d'une extraction de la base Jurica, les résultats trouvés permettent de dégager des indices éclairants et certaines hypothèses quant à l'équilibre actuel du système probatoire en matière de discrimination.

Les résultats de cette recherche feront l'objet d'un ordre qui peut, à certains égards, paraître anachronique. En effet, au regard des décisions examinées, il apparaît que les stratégies probatoires de l'employeur rencontrent un certain succès. Ceci explique l'importance des remèdes offerts au salarié qui ressortent en s'intéressant aux stratégies procédurales dont il dispose. Par conséquent, seront d'abord étudiées les stratégies probatoires mises en place par l'employeur (Section 1) avant que ne soient abordés celles du salarié (Section 2).

Section 1. Les stratégies probatoires de l'employeur

Les observations relatives à l'étude des stratégies probatoires de l'employeur sont essentiellement le fruit d'une analyse d'une soixantaine de décisions de cours d'appel. D'emblée, il convient de relever que certaines décisions ont été rendues à propos de litiges sériels opposant un employeur à plusieurs de ses salariés, neuf pour une première série et seize pour la seconde. Selon un premier aperçu, il est d'ailleurs possible de relever que les stratégies probatoires en défense de l'employeur ont fonctionné puisque les demandes des salariés ont été rejetées dans quarante-huit affaires (dont une série avec seize salariés). Inversement, dans quinze affaires (dont une série avec neuf salariés) les stratégies de l'employeur ont échoué ce qui a abouti à sa condamnation. Celle-ci consiste pour l'essentiel au paiement de dommages-intérêts.

Pour poursuivre cette présentation générale, il convient de préciser que les finalités poursuivies par les salariés concernent essentiellement la réparation du préjudice subi en demandant des

dommages-intérêts¹. Toutefois, dans certains litiges, des salariés demandent à être rétablis dans leurs droits (ex : demande de paiement d'une prime). Une situation est plus particulière. Il s'agit de la nullité du licenciement sollicitée sur le fondement de l'article L.1132-4 du Code du travail. Comme pour toute nullité du licenciement deux hypothèses sont envisageables. D'un côté, le salarié sollicite sa réintégration. Le reclassement du salarié victime d'une discrimination prohibée doit intervenir sur un poste et au niveau de responsabilité, et de salaire dont il aurait dû bénéficier². Le salarié peut aussi demander une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration ; peu important qu'il ait ou non reçu des salaires ou un revenu de remplacement pendant cette période³. En revanche, le salarié ne peut pas solliciter d'indemnités de rupture puisqu'il demande sa réintégration. Cette hypothèse montre que le salarié cherche à être réintégré dans ses droits⁴. D'un autre côté, le salarié peut demander au juge d'annuler son licenciement sans être réintégré. Dès lors, le salarié obtient les indemnités de rupture de son contrat de travail ainsi qu'une indemnité pour réparer le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, dont le montant est souverainement apprécié par le juge⁵, qui est au moins égale à six mois de salaire conformément à l'article L.1235-3 du Code du travail⁶. Dans cette situation, le salarié recherche plus la réparation des préjudices subis par la rupture discriminatoire du contrat de travail.

Quoi qu'il en soit, cette variable n'a pas de véritable incidence sur les stratégies des parties. Elle montre simplement qu'au regard des enjeux, souvent, importants, l'employeur a intérêt à développer des stratégies probatoires susceptibles de faire obstacle aux demandes du salarié. Toutefois, cette démarche n'est pas critiquable puisqu'elle s'effectue dans le cadre d'un procès dont l'un des objectifs est d'établir la vérité judiciaire. En revanche, une variable peut avoir des incidences sur les stratégies de l'employeur. Il s'agit des fondements juridiques comme le montre l'analyse détaillée menée ci-dessous⁷. Celle-ci montre globalement que le contrôle du juge s'effectue en deux temps. Le premier temps implique de savoir s'il existe des faits laissant supposer une discrimination. Ce premier temps se subdivise en deux étapes. D'une part, il faut rechercher si le salarié apporte assez d'éléments de preuve. D'autre part, il faut déterminer si les panels de comparaison, lorsqu'ils sont effectués, permettent de laisser supposer l'existence

¹ Art. L.1134-5 du Code du travail.

² Soc., 23 nov. 2005, n°03-40.826, *Bull. civ. V*, n°332.

³ Soc., 9 juill. 2014, n°13-16.434, *Bull. civ. V*, n°186. Cet arrêt concerne une discrimination syndicale. En principe, en cas de réintégration en raison de la nullité du licenciement, il faut déduire de l'indemnité versée les salaires et/ou revenus de remplacement perçus pendant la période d'éviction de l'entreprise. Voir G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 30^e éd., 2016, p. 523.

⁴ Soc., 11 juill. 2012, n°10-15.905, *Bull. civ. V*, n°218.

⁵ Soc., 12 sept. 2014, n°12-28.679, *Bull. civ. V*, n°215.

⁶ Soc., 21 nov. 2007, n°06-44.993, *Bull. civ. V*, n°196.

⁷ Voir *infra*, n°9-10.

d'une discrimination. L'échec d'une de ces étapes emporte le rejet des prétentions du salarié. Ce n'est que si ces deux premières étapes sont franchies que le juge passe au second temps de son contrôle. Celui-ci impose à l'employeur d'établir que la différence de traitement repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

L'étude des décisions des cours d'appel fait ressortir que dans l'immense majorité des situations, l'employeur vise à contester qu'il est l'auteur d'une discrimination. Il souligne alors l'absence de preuve du salarié (§1) ou cherche à démontrer l'absence de discrimination (§2). L'analyse d'un arrêt de cour d'appel a fait apparaître une question originale. Elle concerne les stratégies éventuelles de l'employeur lorsqu'il sanctionne un salarié auteur d'une discrimination. Il faut alors tenter de surmonter les incertitudes relatives à la preuve d'une discrimination entre salariés (§3).

§1. Souligner l'absence de preuve du salarié

Souligner l'absence de preuve du salarié implique que l'employeur peut se contenter d'indiquer que le salarié ne respecte pas sa charge de l'allégation. Cette démarche conduit, ensuite, l'employeur à faire reconnaître que le salarié échoue aussi dans le respect de la charge de la preuve.

Conformément à l'article 6 du Code de procédure civile, le salarié, qui forme une demande en justice pour faire sanctionner une discrimination dont il est victime, a la charge d'alléguer les faits propres à fonder sa prétention. Comme tout demandeur, il doit alors ériger les faits nécessaires au succès de sa prétention, selon une forme particulière. Plus précisément, l'allégation est un ensemble d'informations qu'une partie introduit dans les débats et qui doit être coulée dans un moyen de faits pour attirer l'attention du juge sur un élément essentiel¹. Dans une des affaires, la demande du salarié est rejetée car la discrimination due à l'âge « *n'est pas corroborée par les éléments du litige* »². Bien que les termes de l'arrêt d'appel ne soient pas très éclairants, le juge semble reproché au demandeur le non-respect de la charge de l'allégation. Aucun débat sur la preuve n'est alors intervenu. De même, dans une autre affaire, la demande du salarié est rejetée car il n'invoque aucun des critères prohibés par l'article L.1132-1 du Code du travail³. Il ne paraît donc alléguer aucun fait permettant de révéler une discrimination. Dans l'ensemble, cette première étape est franchie. Il convient alors de s'intéresser à la charge de la preuve.

¹ Sur cette question, voir N. Hoffschir, *La charge de la preuve en droit civil*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol.153, 2016, p. 196-198.

² CA Nîmes, 25 sept. 2012, RG, n°10/04500.

³ CA Versailles, 23 sept. 2014, RG, n°13/03323.

Ensuite, il résulte de l'article 9 du Code de procédure civile qu'il « *incombe à chaque partie conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». Pour les discriminations, il existe un aménagement de la charge de la preuve puisque le salarié doit simplement présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte¹. Même si la comparaison n'est pas obligatoire pour caractériser la discrimination, le plus souvent il s'agit pour le salarié de démontrer qu'il a été moins bien traité que d'autres en raison d'un motif illicite. Plus précisément, il doit montrer qu'il a été moins bien traité qu'un échantillon de référence. Il est également tenu de convaincre que cette différence est significative². Cette deuxième étape peut s'avérer difficile pour le salarié. Quatorze arrêts d'appel déboutent les salariés de leurs demandes car ils ne démontrent pas assez de faits qui laissent supposer l'existence d'une discrimination. Parfois, le juge se contente de constater que le salarié n'apporte pas de preuves susceptibles de caractériser la matérialité des faits qu'il invoque³. Le juge peut également requalifier la demande du salarié pour retenir que sa demande d'annulation du licenciement n'est pas motivée par une volonté de sanctionner une discrimination. C'est ainsi le cas lorsque le juge constate que la réintégration du salarié lui permettrait en réalité de conserver des stock-options⁴. Par ailleurs, il ressort de ces arrêts que les employeurs ne se contentent pas de soutenir la défaillance probatoire des salariés. Les employeurs apportent des éléments de preuve qui permettent de contredire les allégations des salariés. Ils cherchent alors à établir qu'ils emploient des salariés relevant de la même catégorie d'âge ou plus âgés que le salarié. Pour le montrer, ils produisent souvent des documents internes à l'entreprise comme le tableau d'embauches des personnels⁵, le registre du personnel⁶, une liste de salariés plus âgés⁷. Les employeurs cherchent aussi à démontrer que les mesures de l'entreprise ne sont pas défavorables au salarié. Par exemple, un employeur a produit des entretiens individuels annuels d'évaluation du salarié pour établir qu'il cherche à accompagner le salarié dans ses fonctions⁸. Il arrive également que l'employeur apporte un accord d'entreprise qui explique un nouveau mode de versement d'une prime qui est en réalité plus avantageux pour le salarié⁹. L'employeur peut aussi chercher à caractériser l'existence d'une situation particulière qui explique une évolution de la situation juridique du salarié

¹ Art. L.1134-1 du Code du travail.

² O. Leclerc, « Égalité des personnes et modes de preuve. À propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations », in G. Borenfreund, I. Vacarie (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, Thèmes et commentaires 2013, p. 77-94, spéc. p. 78 et p.82.

³ CA Douai, 30 sept. 2015, RG, n°14/03457 ; CA Paris, 3 juin 2014, RG, n°12/05440 ; CA Riom, 15 mars 2016, RG, n°14/00915 ; CA Toulouse 6 sept. 2013, RG, n°11/05483.

⁴ CA Versailles, 20 nov. 2012, RG, n°10/04808.

⁵ CA Dijon, 3 oct. 2013, RG, n°12/00190.

⁶ CA Nîmes 28 avr. 2015, RG, n°13/05587.

⁷ CA Paris, 20 janv. 2016, RG, n°15/06000.

⁸ CA Rouen 5 nov. 2013, RG, n°13/01072.

⁹ CA Douai, 30 janv. 2015, RG, n°14/01690.

indépendamment de son âge. Tel est le cas lorsqu'il y a des transferts du contrat de travail et que le nouvel employeur propose aux salariés de modifier leur contrat de travail pour qu'il soit conforme aux règles, notamment conventionnelles, applicables dans l'entreprise. Si l'employeur licencie des salariés qui refusent la modification du contrat de travail, le motif de la rupture du contrat de travail ne réside pas dans l'âge des salariés mais bien dans le refus de la modification¹.

Ainsi, l'employeur peut se contenter de souligner que le salarié n'apporte aucun élément susceptible de montrer qu'il est victime d'une discrimination. Assez régulièrement, l'employeur produit quelques éléments au soutien de sa contestation. L'affaire peut donc s'achever à cette étape par le rejet des prétentions du demandeur. Toutefois, le juge peut, sur demande, ordonner une expertise judiciaire² ce qui peut aider le salarié à obtenir les preuves laissant supposer qu'il existe une discrimination³. Inversement, lorsque le litige est plus complexe, l'employeur cherche à démontrer l'absence de discrimination.

§2. Démontrer l'absence de discrimination

L'employeur peut développer deux stratégies pour démontrer l'absence de discrimination. Il peut entrer dans une logique de confrontation des panels (A). En cas d'échec de celle-ci, il peut tenter de justifier les différences de traitement par des raisons objectives (B).

A. Confronter les panels

Dans le cadre de la confrontation des panels, l'employeur peut contester ceux du salarié pour démontrer qu'ils ne sont pas représentatifs ou qu'ils ne caractérisent aucune discrimination. Il peut également établir ses propres panels qui sont censés mieux représenter la réalité de la situation afin que le juge considère qu'il n'y a aucun fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. Sur l'échantillon étudié, cinq litiges se sont achevés à cette étape. Dans quatre de ces affaires, les demandes du salarié ont été rejetées.

Contester les panels du salarié. Deux des arrêts examinés se concentrent sur les panels constitués par le salarié. Il convient alors de savoir si le panel du salarié est pertinent. Le salarié doit alors dresser une liste nominative de collègues de travail entrés à la même époque, au même niveau de formation et de qualification ainsi qu'au même coefficient. La preuve de la

¹ CA Paris, 26 nov. 2015, RG, n°14/12884.

² CA Versailles, 23 mars 2007, RG, n°05/04505.

³ Voir *infra*, Section 2 de cette étude.

discrimination repose alors sur une étude de l'évolution de la carrière¹. Ainsi, il importe que la situation des personnes comparées soit identique étant précisé que la pertinence du panel de comparaison est appréciée souverainement par les juges du fond². Pour autant, les échantillons de comparaison ne doivent pas présenter des caractères exactement identiques à ceux de la personne s'estimant victime de discrimination. La comparaison doit également être effectuée en prenant en considération un ensemble de critères. Lorsque le panel est constitué par le salarié, il cherche à démontrer qu'il existe un groupe de personnes dont il partage les caractéristiques principales mais qui sont mieux traitées que lui³. En principe, il appartient au salarié de rechercher les informations pertinentes à la constitution du panel⁴. Au regard de ces informations, il semble assez aisé pour l'employeur de se contenter de démontrer que le panel n'est pas représentatif. Il peut ainsi soutenir que le panel n'est pas pertinent car il regroupe des salariés qui correspondent à des métiers et des fonctions extrêmement variés dans des services et des établissements différents. Ceci ne permet pas de comparer ces salariés avec celui qui se prétend victime d'une discrimination⁵. La Cour de cassation contrôle l'appréciation effectuée par les juges d'appel. Elle a ainsi censuré un arrêt d'appel car les juges n'avaient pas comparé l'évolution des salaires et le déroulement de carrière du demandeur avec celles des salariés auxquels il se comparaît alors que ces salariés étaient embauchés en qualité de dessinateurs ayant une ancienneté et des diplômes, utiles à l'exercice de la fonction occupée, équivalents⁶. Par ailleurs, l'employeur peut ne pas contester la composition du panel. Il peut avancer que l'examen du panel ne permet pas de caractériser une discrimination⁷. Dans cette hypothèse, le salarié se compare avec des salariés placés dans une situation identique. Toutefois, la comparaison fait ressortir que le salarié n'est pas moins bien traité que les salariés auxquels il se compare.

Etablir ses propres panels. Dans le cadre de trois autres litiges, le débat se concentre sur le panel constitué par l'employeur. L'objectif pour lui est de mettre en évidence qu'il existe un groupe de personnes, dont le salarié partage les principales caractéristiques, qui est traité comme lui voire moins bien⁸. Deux des arrêts étudiés rejettent ainsi les demandes du salarié en se fondant sur les panels de l'employeur. Dans l'un, les critères retenus pour constituer le panel

¹ N. Moizard, « Le panel de comparaison dans la preuve des discriminations ou de l'inégalité de traitement », note sous Cass. soc., 30 sept. 2015, n°14-17748 et Cass. soc., 6 oct. 2015, n°13-26052, *RDT*, 2016, p. 42-45, spéc. p.42.

² N. Moizard, art. préc. p. 43.

³ Pour des développements sur les modalités de constitution des panels, voir O. Leclerc, art. préc. p. 84-89.

⁴ O. Leclerc, art. préc. p. 91.

⁵ CA Paris, 15 janv. 2016, RG, n°13/04991.

⁶ Soc., 25 janv. 2011, n°09-40.217.

⁷ CA Riom, 6 mai 2008, RG, n°07/00167.

⁸ O. Leclerc, art. préc., p. 87-88.

de comparaison étaient la fonction exercée, l'ancienneté et le coefficient¹. L'autre arrêt retenait des critères similaires car il s'agissait du poste, du salaire médian et de l'ancienneté des salariés de l'échantillon de comparaison². Au cours de son contrôle, le juge peut exclure du panel certain des salariés en considérant que leur situation n'est plus comparable avec celle du demandeur. Tel est le cas lorsque les salariés sont devenus des cadres³. Pour autant, l'employeur doit être vigilant. Proposer un panel pour tenter d'établir qu'aucun fait ne laisse supposer une discrimination peut être insuffisant. S'il ne justifie pas aussi la différence de traitement par des raisons objectives, le juge peut accueillir la demande du salarié et condamner l'employeur. C'est ainsi qu'un arrêt d'appel a écarté un panel de l'employeur qui a été constitué pour les besoins de la cause mais avec un nombre limité de salariés dans un seul secteur et en occultant les salariés ayant le même diplôme que la demanderesse. Les juges d'appel ont alors fondée leur décision sur un panel constitué par la HALDE⁴. L'employeur a été condamné car le panel ne présentait aucun élément objectif.

Dans plusieurs affaires le contrôle du juge s'arrête à l'issue du premier temps car il n'y a aucun élément qui laisse supposer l'existence d'une discrimination. Néanmoins, dans une majorité des affaires étudiées, le contrôle du juge est allé jusqu'au second temps afin de déterminer si la décision de l'employeur est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

B. Justifier les différences par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination

L'article L.1134-1 al. 2 du Code du travail indique expressément qu'il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Quarante-deux des arrêts étudiés s'intéressent à cette question. Vingt-huit de ces litiges (dont une série de seize) se terminent par un rejet des demandes du salarié. Quatorze affaires (dont une série de neuf) s'achèvent par une condamnation de l'employeur. Il existe une grande diversité de situations. Quelques enseignements peuvent être dégagés. Plus précisément, les fondements juridiques peuvent avoir une incidence sur les stratégies des parties et sur le contrôle exercé par le juge.

Lorsque les fondements juridiques se limitent aux dispositions du Code du travail⁵, les critères objectifs s'apprécient à un niveau individuel. Il existe une pluralité d'hypothèses. Parfois, le critère réside dans la personne même du demandeur. La décision de l'employeur peut,

¹ CA Lyon, 13 mars 2015, RG, n°13/08123.

² CA Paris, 3 avr. 2013, RG, n°11/05880.

³ CA Versailles, 30 sept. 2008 RG, n°07/01989. Il convient de souligner que cet arrêt a été censuré par la Cour de cassation car les juges d'appel ont mal effectué leur contrôle : Soc., 25 janv. 2011, préc.

⁴ CA Paris, 5 mai 2010, RG, n°08/08694.

⁵ Art. L.1132-1 et s. ; L.1133-2 et s., L.1134-1 et s. du Code du travail.

notamment, être justifiée par l'insuffisance professionnelle du demandeur¹. Le critère objectif peut également résulter de la comparaison entre la situation du demandeur et celle d'autres salariés. La différence peut alors tenir à la qualité de travail² ou aux compétences³. Le juge peut prendre en considération une pluralité de critères extérieurs aux qualités personnelles des salariés, comme le nombre d'heures effectuées, la nature et le lieu d'affectation ainsi que l'ancienneté⁴. Il convient de préciser que l'ancienneté se distingue de l'âge. En effet, un salarié peut être plus âgé et avoir une ancienneté dans l'entreprise moins importante qu'un salarié auquel il est comparé. Les juges d'appel utilisent d'ailleurs cette distinction pour constater que le critère de l'âge est indifférent mais que l'ancienneté peut être un critère de différence⁵. Dans certaines hypothèses, la différence s'explique par un choix effectué par les salariés. Ainsi, dans une série d'affaires, les demandes des salariés ont été rejetées car ils avaient un libre choix entre deux procédures d'indemnisation prévues par un plan de sauvegarde de l'emploi. Les juges d'appel soulignent que les raisons de ces choix n'avaient pas à être connues⁶. Enfin, il existe parfois un événement extérieur qui précède la prise de décision de l'employeur. C'est le cas lorsque le processus de recrutement est interrompu avant les auditions des candidats pour un poste d'enseignant-chercheur⁷. Un pourvoi a été formé contre cet arrêt. Il a été rejeté par la Cour de cassation qui a indiqué que l'arrêt de la procédure de recrutement s'expliquait par un désaccord entre les membres de la commission scientifique pour déterminer les compétences attendues de l'enseignant-chercheur⁸. Néanmoins, tout critère individuel n'est pas objectif. La comparaison peut aboutir à la condamnation de l'employeur⁹. Dès lors, une demande de réparation du préjudice a été accueillie car le critère pour refuser l'embauche était trop subjectif puisque l'employeur s'est contenté d'indiquer que la candidate ne correspondait pas « *au profil recherché pour le poste* ». Dans ce litige, les juges d'appel soulignent que l'employeur ne peut pas « *se réfugier* » derrière l'embauche à temps partiel d'un salarié né en 1964. En outre, l'absence de discrimination ne peut pas être justifiée par le fait non étayé selon lequel 28% des salariés auraient plus de cinquante ans¹⁰.

¹ CA Aix-en-provence, 5 janv. 2012, RG, n°09/09584.

² CA Rennes, 1^{er} oct. 2014, RG, n°13/01226.

³ CA Versailles, 5 janv. 2012, RG, n°10/07480.

⁴ CA Aix-en-provence, 2 juillet 2015, RG, n°13/14277.

⁵ CA Versailles, 9 janv. 2014, RG, n°12/04073 ; CA Paris 3 juin 2014, RG, n°12/05440.

⁶ CA Rennes, 27 févr. 2015, RG, n°13/01377, 13/0178, 13/01381, 13/01383, 13/01387, 13/01403, 13/01405, 13/01406, 13/01408, 13/01411, 13/01415, 13/01416, 13/01418, 13/01419, 13/01420, 13/01421.

⁷ CA Angers, 28 août 2012, RG, n°10/02460.

⁸ Soc., 9 juill. 2014, n°12-30.192.

⁹ CA Paris, 22 janv. 2016, RG, n°14/03250. Dans cette affaire, où il y avait une reprise du personnel, l'employeur n'a proposé qu'un poste à la salariée. De plus, il est démontré que tous les postes de chargé de clientèle, correspondant à ses compétences, ne lui ont pas été proposés. En effet, ces postes ont été repris par des salariés plus jeunes et d'origine polynésienne.

¹⁰ CA Versailles 7 mai 2014, RG, n°13/03766.

Quand les demandes sont fondées sur la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail la démarche est différente. Cette directive est souvent invoquée dans des litiges relatifs à une mise à la retraite ou à un licenciement pour motif économique. Comme le précise un arrêt de la cour d'appel de Toulouse, ce texte impose au juge un double contrôle. D'une part, le juge doit vérifier la légitimité de l'objectif poursuivi. D'autre part, il doit examiner la proportionnalité des moyens mis en œuvre pour atteindre ledit objectif¹. Le contrôle des juges est alors approfondi pour déterminer si la demande du salarié, fondée sur la discrimination, doit être accueillie ou rejetée. S'agissant du but légitime poursuivi, il peut résider dans la protection de l'état de santé des salariés. La pénibilité du travail est alors prise en considération pour déterminer si la mise à la retraite peut se justifier par ce but légitime². Ce dernier peut aussi résider dans le marché de l'emploi³ et de la formation professionnelle ainsi que la politique de l'emploi⁴. Plus généralement, un arrêt de la Cour de cassation a indiqué une liste indicative de buts légitimes. Il peut s'agir, notamment, du souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi⁵. Les juges vérifient strictement si la décision de l'employeur poursuit effectivement un but légitime. Il ne suffit ni d'invoquer un tel but⁶ ni de recourir à des motifs généraux⁷. L'employeur doit établir que la mesure poursuit un but légitime⁸. Ainsi, dans une série de neuf affaires, les demandes des salariés ont été accueillies car l'employeur ne démontrait pas que sa décision pouvait être rattachée au but légitime du bon fonctionnement de la navigation aérienne ou à celui de la sécurité des utilisateurs⁹. Une question se pose. La justification, résidant dans la poursuite d'un but légitime, peut-elle l'être *a posteriori* ? Selon un arrêt de la cour d'appel de Toulouse, une justification *a posteriori* est jugée inopérante car le salarié doit connaître, au jour de la décision, les motifs retenus par son employeur pour la légitimer. Ceci permet alors au salarié de contester utilement la mesure¹⁰. Un parallèle peut être fait avec la lettre de licenciement qui doit préciser les motifs de la rupture¹¹. Puisque la lettre de licenciement fixe les termes du litige, si le salarié saisit le juge pour contester son licenciement alors l'employeur ne peut pas invoquer de nouveaux motifs en cours de

¹ CA Toulouse, 12 sept. 2014, RG, n°11/02621.

² CA Agen, 19 nov. 2013, RG, n°13/00499.

³ CA Bourges, 11 janv. 2013, RG, n°11/01250 ; dans un sens similaire CA Paris, 19 nov. 2014, RG, n°11/07975

⁴ Directive n°2000/78 CE du Conseil du 27 nov. 2000, art. 6§1.

⁵ Soc., 19 déc. 2015, n°14-22.766.

⁶ Soc., 19 déc. 2015, n°14-22.766.

⁷ CA Versailles 12 juin 2014, RG, n°13/00553.

⁸ CA Versailles, 19 sept. 2013, RG, n°12/04855.

⁹ CA Paris, 15 mars 2016, RG, n°s 15/06166, 15/06170, 15/06171, 15/06172, 15/06173, 15/06174, 15/06175, 15/06176, 15/06177.

¹⁰ CA Toulouse, 12 sept. 2014, RG, n°11/02621.

¹¹ Art. L.1232-6 al. 2 du Code du travail.

procès¹. Toutefois, il n'est pas certain que cette position soit conforme avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). En effet, le droit de l'Union européenne ne prévoit pas spécifiquement la possibilité pour une personne qui s'estime victime d'une discrimination d'accéder aux informations afin qu'elle soit en mesure d'établir les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination. Toutefois, il n'en demeure pas moins qu'il ne saurait être exclu qu'un refus d'information opposé par la partie défenderesse, dans le cadre de l'établissement de tels faits est susceptible de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi et, notamment de priver le droit de l'Union de son effet utile². Il est donc possible d'en déduire qu'en droit de l'Union européenne l'employeur n'a pas d'obligation de justifier au préalable sa décision. Cette justification ne doit être apportée que devant les juridictions.

Au regard de l'appréciation de la proportionnalité des moyens mis en œuvre pour atteindre le but légitime, il existe là encore une diversité de situation. La mesure est jugée proportionnée lorsque le salarié bénéficie d'une compensation financière par l'octroi d'une pension de retraite à taux plein³. La capacité à retrouver un emploi d'une classe d'âge est aussi un facteur d'appréciation de proportionnalité de la mesure quand le but poursuivi est la politique de l'emploi⁴. De même, il est possible de prioriser les sommes allouées aux travailleurs plus jeunes plutôt qu'à des personnes dans une situation moins précaire car elles vont percevoir un revenu de substitution et ne vont plus rechercher un emploi⁵. L'étude de ces arrêts d'appel montre que les stratégies de l'employeur en matière probatoires peuvent souvent aboutir pour faire rejeter les demandes des salariés. Toutefois, ce rejet se fait à l'issue d'un contrôle approfondi des juges. Cependant, lorsque les preuves sont rapportées et que l'employeur ne démontre aucun critère objectif pertinent pour justifier la différence de traitement, il est condamné. Ces condamnations interviennent dans un nombre non négligeables d'affaires même si elles sont minoritaires. Dans la très grande majorité des affaires, l'employeur se défend d'être l'auteur d'une discrimination. Néanmoins, il est possible de se demander si un litige pourrait avoir pour objet la sanction d'un salarié auteur d'une discrimination.

§3. Le débat sur la preuve d'une discrimination entre salariés

L'examen d'un arrêt de cour d'appel de Rouen soulève des questions dont les réponses semblent incertaines. Cependant, les solutions existantes dans le domaine de la lutte contre le harcèlement peuvent apporter des éléments de réponse. Un employeur peut-il sanctionner un

¹ Soc., 14 oct. 1993, n°92-42.227, *Bull. civ.* V, n°235. Pour des développements, voir G. Auzéro, E. Dockès, préc., p. 494-496.

² CJUE, 19 avr. 2012, Galina Meister c/ Speech Design Carrier Systems GmbH, aff. C415-10

³ CA Bourges, 11 janv. 2013, RG, 11/01250.

⁴ CA Bourges, 20 avr. 2012, RG, 11/01165 ; CA Nîmes, 26 janv. 2016, RG, 14/03007.

⁵ CA Paris, 19 nov. 2014, RG, 11/07975.

salarié auteur d'une discrimination ? Si oui, l'employeur peut-il bénéficier du partage de la preuve prévue par l'article L.1134-1 du Code du travail¹ ?

D'abord, pour répondre à la première question, il faut partir de l'arrêt de la cour d'appel de Rouen du 31 mars 2015². Dans cette affaire, un employeur a licencié un salarié en raison de propos racistes tenus pendant une réunion. Le motif du licenciement n'était alors pas la discrimination. Cependant, dans la lettre de licenciement, l'employeur se réfère notamment au règlement intérieur de l'entreprise. Or, ce règlement comporte des dispositions relatives à la lutte contre les discriminations. Il est expressément indiqué que tout le personnel de l'entreprise « doit être traité d'une manière juste et égale, aussi bien par le personnel d'encadrement que par ses collègues de travail ». Il s'agit donc d'une règle générale et permanente relative à la discipline dans l'entreprise³. Sur le fondement de celle-ci, l'employeur peut donc prononcer des sanctions disciplinaires contre un salarié qui ne respecte pas cette prévision⁴. Par conséquent, il est envisageable qu'un employeur sanctionne un salarié auteur d'une discrimination envers un autre salarié. Néanmoins, cette sanction ne semble possible que si l'employeur a prévu une disposition en ce sens dans le règlement intérieur. À la différence du harcèlement⁵, aucun article du Code du travail ne paraît traiter la question de la discrimination entre salariés. En effet, les articles du code du travail relatifs à la discrimination commencent par la formule « *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire [...]* »⁶. Cette formule paraît renvoyer aux relations entre l'employeur et ses salariés. L'absence d'interdiction légale des discriminations entre salariés semble limiter la lutte contre les discriminations. Le législateur estime peut-être que cette situation ne se présente pas dans un nombre de cas suffisant pour légiférer. La protection par des normes patronales, comme le règlement intérieur, pourrait alors être satisfaisante. Toutefois, cette question mérite d'être soulevée.

Ensuite, concernant la seconde question, l'examen des décisions de justice n'apporte aucune réponse. Deux solutions peuvent être envisagées puisque deux règles probatoires s'opposent. Pour améliorer la protection des luttes contre les discriminations, il pourrait être envisagé que l'employeur bénéficie du régime probatoire de l'article L.1134-1 du Code du travail. En conséquence, si un employeur sanctionne un salarié auteur d'une discrimination envers un autre salarié, il suffirait à l'employeur de présenter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incomberait au salarié

¹ Pour une présentation de ces règles, voir A. Danis-Fatôme, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *préc.*

² CA Rouen, 31 mars 2015, RG, 14/01341.

³ Art. L. 1321-1 du Code du travail.

⁴ Pour des développements, voir G. Auzero, E. Dockès, *préc.*, p. 833 et s.

⁵ Art. L. 1152-5 du Code du travail.

⁶ Voir par exemple, art. L.1132-3-1 du Code du travail.

sanctionné de prouver que son acte ou sa décision est justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Ce partage de la preuve pourrait être envisagé car l'employeur sanctionne un salarié pour protéger un autre salarié victime d'une discrimination.

De plus, puisqu'il s'agit d'une sanction disciplinaire en raison d'une faute d'un salarié, qui discrimine un autre salarié, l'application du régime probatoire en matière de sanction disciplinaire devrait être appliquée. Outre le respect de la procédure disciplinaire, il faut rappeler que les règles relatives au contrôle judiciaire ont des incidences sur les preuves apportées par les parties. Si la sanction est un licenciement, il appartient à l'employeur d'alléguer les faits sur lesquels il fonde le licenciement¹. Néanmoins, la charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement n'incombe pas particulièrement à l'une ou l'autre des parties². Il n'en demeure pas moins que l'employeur est incité à prouver la cause réelle et sérieuse du licenciement. En effet, en cas de doute, il profite au salarié³. Lorsque la sanction n'est pas un licenciement, l'employeur doit fournir au conseil de prud'hommes, qui apprécie spécialement si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction, les éléments retenus pour prendre sa sanction. Le juge statue au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié⁴. Ainsi, les règles probatoires existant en matière de sanction disciplinaire incitent à écarter le partage de la preuve, surtout en cas de licenciement. En effet, le doute peut profiter au salarié sanctionné. Il pourrait être soutenu qu'il ne faut pas favoriser l'employeur en matière probatoire lorsqu'il sanctionne un salarié même si ce dernier est l'auteur d'une discrimination.

Quelle solution le juge privilégie-t-il ? Les recherches effectuées n'ont pas permis de trouver la réponse. Cependant, l'analyse des règles retenues en matière de harcèlement donne des informations utiles. Les règles de preuve sont proches de celles de la discrimination. Il appartient effectivement au salarié d'établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement. Il incombe alors à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un harcèlement⁵. Un arrêt de la Cour de cassation du 7 février 2012⁶ retient que les dispositions de l'article L.1154-1 ne sont pas applicables lorsque survient un litige relatif à la mise en cause d'un salarié auquel sont reprochés des faits de harcèlement moral. En d'autres termes, quand un employeur sanctionne un salarié qui harcèle un autre salarié, l'employeur ne bénéficie pas des règles aménageant la charge de la preuve accordées aux victimes de harcèlement. L'employeur doit donc apporter la preuve exacte du harcèlement⁷. Cet arrêt de la Cour de cassation implique qu'il faut appliquer les règles probatoires relatives aux sanctions

¹ Soc., 23 mars 1989, n°87-42.014

² Soc., 11 déc. 1997, n°96-42.045, *Bull. civ. V*, n°436.

³ Art. L.1235-1, dernier alinéa du Code du travail.

⁴ Art. L.1333-1 du Code du travail.

⁵ Art. L.1154-1 du Code du travail.

⁶ Soc., 7 févr. 2012, n°10-17.393, *Bull. civ. V*, n°56.

⁷ J.-E. Tourreil, « Le régime d'aménagement de la charge de la preuve ne s'applique pas entre employeur et salarié accusé de harcèlement », *JSL*, 2012, n°319, p. 14-16, spéc. p. 15.

disciplinaires. Si la question était posée à la Cour de cassation pour les règles de preuve de la discrimination, la solution devrait être identique. L'employeur ne devrait pas bénéficier des règles posées par l'article L.1134-1 du Code du travail au profit des victimes de discriminations.

Malgré leur diversité, toutes les stratégies procédurales mises en place par l'employeur procèdent toutes de l'insuffisance ou même de l'inexistence des preuves du salarié. C'est en effet sur la pauvreté du dossier probatoire dont dispose le salarié que s'appuie l'employeur pour solliciter le rejet des prétentions du salarié. En conséquence, il est important de s'intéresser aux stratégies procédurales du salarié qui sont susceptibles de l'aider à établir que l'employeur est l'auteur d'une discrimination.

Section 2. Les stratégies procédurales du salarié

Parce qu'elle tend moins à analyser les difficultés et obstacles à la reconnaissance d'une discrimination, cette seconde partie de l'étude, même si elle se fonde sur l'analyse d'une trentaine de décisions de cours d'appel, se veut moins analytique et descriptive pour davantage mesurer les différentes possibilités dont dispose le salarié afin de se ménager des éléments de preuve. Aussi, afin de réunir des éléments caractérisant des « *faits de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination* », le salarié dispose de nombreuses voies. Il peut solliciter le prononcé d'une mesure d'instruction, la production ou l'obtention forcée de pièces par le juge. Ces voies de droit, qui permettent au salarié, grâce au pouvoir d'*imperium* du juge, de se ménager des éléments de preuve ne constituent cependant qu'un aspect de la constitution du dossier probatoire.

Il faut en effet prendre conscience que nombre d'éléments de nature à établir la discrimination peuvent être réunis par le salarié sans aucune aide de l'Etat ou de ses représentants, qu'il s'agisse de recueillir les déclarations de ses collègues par le biais d'attestations, de conserver des traces des courriers électroniques qu'il reçoit. À ce titre, le développement des communications au travers de moyens électroniques dont les traces sont conservées en mémoire par les systèmes informatiques favorise la révélation des discriminations. La jurisprudence n'est d'ailleurs pas insensible à ces considérations et, sans que cela soit propre aux discriminations, elle adapte les règles de preuve aux difficultés du salarié. Bien qu'il ait solennellement été consacré par la Cour de cassation¹, le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, qui prohibe le recours à toute ruse ou à tout stratagème pour se ménager des preuves, fait l'objet

¹ Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667, *Bull. ass. plén.*, n°1. Voir également, Soc., 23 mai 2012, n°10-23.521, *Bull. civ.*, V, n°156.

d'une interprétation assez souple à l'égard du salarié¹. Il peut en effet produire « *des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions* »², de sorte que l'infraction de vol s'efface devant le respect de son « *droit à la preuve* »³ dont l'exercice est érigé en véritable fait justificatif⁴.

En faisant abstraction de cet aspect qui demeure dissimulé, il faut convenir que la réunion des éléments de preuve peut cependant s'avérer complexe pour le salarié. Il ne dispose d'aucun pouvoir de coercition à l'égard de ses collègues ou de son employeur. À ce titre, le recours à un juge qui dispose d'un pouvoir d'*imperium* peut s'avérer nécessaire⁵. Ce pouvoir d'*imperium* du juge tend d'ailleurs à se renforcer sous l'effet des exigences croissantes tirées du droit à un procès équitable. À la suite de certaines décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme, la première chambre civile a en effet consacré l'existence d'un droit fondamental à la preuve⁶, ce qui a pour conséquence que l'atteinte à un secret, même protégé par une norme fondamentale, ne peut systématiquement faire obstacle au prononcé d'une mesure d'instruction⁷. Néanmoins, le salarié doit opérer un choix entre les différentes voies qui lui sont offertes ; le choix du juge (§1) peut entraîner des conséquences procédurales importantes (§2).

§1. Le choix du juge

Afin de réunir des éléments de preuve, le salarié peut agir « avant tout procès » en saisissant la formation de référé du conseil de prud'hommes ou le président du tribunal de grande instance pour qu'il rende une ordonnance sur requête. Le prononcé d'une mesure d'instruction peut également être sollicité alors que le salarié a engagé une instance au fond afin de faire reconnaître la discrimination dont il est victime. S'il lui est alors loisible de saisir le bureau de

¹ Rappr. M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 23, Paris 2003, n°349-352, pp. 203-205.

² La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi posé « *qu'un salarié, lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur, peut produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions* » : Soc., 2 déc. 1998, n°96-44.258, *Bull. civ.*, V, n°535 ; Soc., 30 juin 2004, n°02-41.720 et 02-41.771, *Bull. civ.*, V, n°187.

³ F. Duquesne, note sous Crim., 11 mai 2004, *Dr. soc.* 2004. 938. Cette « mise à l'écart » du principe de loyauté dans l'administration de la preuve est cependant strictement limitée à l'exercice par le salarié des droits de la défense dans le litige l'opposant à l'employeur, ce litige ne pouvant qu'être de nature prud'homale : Crim. 9 juin 2009, n° 08-86.843, *Bull. crim.*, 2009, n°118.

⁴ H. Kobina Gaba, note sous Soc., 2 déc. 1998, *D.*, 1999.431. Si les auteurs s'accordent pour retenir qu'il s'agit d'un fait justificatif, ils sont en revanche plus réservés sur la source de celui-ci. Certains le rattachent à l'état de nécessité qui est formellement prévu par l'art. 122-7 du Code pénal : J. Mouly, obs. sous Soc., 30 juin 2004, préc. pp. 1042-1043. D'autres cependant y voient un fait justificatif « *extra-légal* » : F. Desprez, note sous Crim., 9 juin 2009, *Dr. soc.*, 2009, p. 1182.

⁵ I. Després, *Les mesures d'instruction in futurum*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 34, Paris, 2004, n°203, p. 144-145.

⁶ Civ. 1, 5 avr. 2012, n°11-14.177, *Bull. civ.* I, n°85.

⁷ Sur la conciliation entre droit au secret et droit à la preuve, voir A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, Paris, LGDJ 2010, coll. « Bibliothèque de droit privé », Tome 525, Paris 2010.

jugement d'une demande de mesure d'instruction ou de production forcée de pièces, il peut également, dans un souci de célérité, saisir le bureau de conciliation d'une telle demande, lequel n'hésite pas à ordonner une telle mesure lorsqu'elle est nécessaire pour « *éclairer le bureau de jugement* »¹. C'est donc un véritable éventail juridictionnel qui est offert au salarié.

Si elle peut constituer une richesse, cette multiplicité des interlocuteurs peut également être la source de difficultés pour le salarié. Saisir l'un ou l'autre des juges n'est pas tout à fait neutre. Tous les interlocuteurs n'ont pas les mêmes pouvoirs. De manière assez curieuse², avant tout procès, seul le président du tribunal de grande instance peut ordonner une mesure sur requête³, c'est-à-dire sans appeler le potentiel adversaire⁴. En revanche, il appartient à la formation de référé du conseil de prud'hommes d'ordonner une mesure d'instruction en référé, dont le prononcé est issu d'une procédure pleinement contradictoire, ce qui imposera au salarié d'appeler l'adversaire potentiel afin qu'il puisse être entendu⁵.

La multiplication des interlocuteurs auxquels peut s'adresser le salarié est source de difficultés. Ces dernières ne sont d'ailleurs pas uniques. Lorsque le salarié a engagé une instance en fond, il ne peut plus solliciter l'intervention du juge sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Le juge ne peut en effet ordonner une mesure d'instruction que s'il est saisi « avant tout procès ». Pendant un temps, cette condition était appréciée au jour où le juge était appelé à statuer⁶. Dès lors, il suffisait au défendeur d'engager une instance au fond tout en contestant en appel la mesure ordonnée pour en obtenir la rétractation⁷. Peu fondée en son principe et assez désastreuse en ses conséquences, cette solution a été écartée par la Cour de cassation⁸ suivie rapidement par les juridictions du fond⁹. La date, désormais, retenue est celle de la saisine de la juridiction ce qui permet de déjouer la stratégie probatoire de l'employeur évoquée.

L'article 145 du Code de procédure civile rappelle expressément que le président d'une juridiction ne peut ordonner une mesure d'instruction que si celle-ci n'a pas pour objet d'étayer une demande déjà soumise aux juges du fond. Cette condition fait très souvent obstacle aux demandes de salariés qui ne maîtrisent pas parfaitement la chronologie procédurale¹⁰. En

¹ CA Paris, 20 mai 2010, RG, n°09/00789.

² Voir cependant pour une explication : J. Héron, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. « Domat », Paris, 5 éd., 2012, n°429, p. 353.

³ Soc., 12 avr. 1995, n°93-10.982, *Bull. civ.* V, n°134 ; *RTD civ.*, 1995, p. 953, obs. R. Perrot.

⁴ Art. 493 du Code de procédure civile.

⁵ Art. 15 du Code de procédure civile.

⁶ Civ. 2, 3 oct. 2002, n°01-00.177 et 01-00.326, *Bull. civ.* II, n°205 ; Civ. 2, 15 janv. 2004, n°01-14.933, inédit.

⁷ M. Foulon, Y. Strickler, note sous Civ. 2, 15 janv. 2004, *D.*, 2004, p. 2172.

⁸ Civ. 2, 28 juin 2006, n°05-19.283, *Bull. civ.* II, n°173 ; Civ. 2, 5 juin 2014, n°13-19.967, *Bull. civ.* II, n°128.

⁹ CA Nîmes, 25 févr. 2014, RG, n°13/02982.

¹⁰ CA Orléans, 17 juin 2014, RG, n°13/03747 ; CA Paris, 3 déc. 2014, RG, n°13/10607 ; CA Rouen, 3 juill. 2014, RG, n°14/00586.

matière prud'homale, la règle de l'unicité de l'instance impose de concentrer l'ensemble des demandes afférentes à un même contrat de travail au sein d'un unique procès ; sous peine de fin de non-recevoir, le salarié ne peut lier deux instances distinctes pour former des demandes tirées d'un même rapport contractuel¹. C'est ainsi que la cour d'appel de Nîmes a pu rappeler que « *le principe d'unicité de l'instance prud'homale conduit à considérer qu'il n'y a qu'une seule instance en cours laquelle fait obstacle à l'application de l'article 145 du Code de procédure civile* »². Le salarié ne peut donc engager deux instances concomitamment sans prendre égard à l'ordre dans lequel il les introduit. Certes, les juges du fond ne suivent pas toujours ce raisonnement et écartent parfois la règle de l'unicité de l'instance en admettant que le salarié saisisse la formation de référé du conseil de prud'hommes lorsqu'il démontre qu'il pourrait faire valoir des demandes distinctes de celles dont il a saisi le juge du fond³. Sans doute fondée en opportunité, cette solution ne résiste pourtant guère à l'analyse. La règle de l'unicité de l'instance interdit au salarié de fractionner les demandes inhérentes à un même contrat de travail en autant de procès distincts sauf à ce que des faits nouveaux lui soient révélés postérieurement à l'extinction de l'instance primitive, soit « *après la clôture des débats* »⁴. Tout élément de preuve qu'il obtient sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile a donc vocation à être produit dans l'« unique instance » au fond qui le lie à son employeur. Certes, l'application de la règle de l'unicité de l'instance peut sembler rigoureuse⁵. Elle n'interdit cependant pas au salarié de soumettre au bureau de conciliation ou de jugement sa demande de preuve.

§2. Le choix d'une stratégie

Au-delà de cette difficulté tenant aux pouvoirs respectifs des différents juges, il faut noter que les mesures ordonnées ne suivent pas nécessairement le même régime procédural. En principe, le juge ne peut ordonner une mesure d'instruction afin « *de pallier la carence des parties dans l'administration de la preuve* »⁶. Cette exigence rappelle simplement que le rôle du juge est subsidiaire et qu'il ne lui appartient pas d'ordonner des mesures d'instruction lorsque le salarié a commis quelques négligences lors de la constitution du dossier probatoire. Bien souvent cependant, les juges n'appliquent pas cette disposition conformément à leur esprit et en tirent profit pour exiger du salarié qu'il produise un début de preuve. Révélateur est à cet égard un

¹ Art. R. 1452-6 du Code du travail.

² CA Nîmes, 1^{er} juill. 2014, RG, n°13/05226.

³ CA Versailles, 12 nov. 2013, RG, n°13/02693.

⁴ Soc. 25 sept. 2013, n°12-13.965 et 12-14.351 : *Bull. civ.* V, n°210.

⁵ Sur les critiques de cette règle, voir V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », Tome 56, 2012.

⁶ Art. 146, al. 2 du Code de procédure civile.

arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles énonçant « *qu'en aucun cas, une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ; que pour obtenir la transmission des pièces, M. Hie doit donc en premier lieu produire des éléments constituant, au moins, un commencement de preuve de l'inégalité de rémunération alléguée ; que le non-respect de cette exigence, outre qu'elle serait contraire aux règles de la procédure civile, violerait le principe de la charge de la preuve posée par l'article L.1134 du Code du travail, repris en matière d'égalité de rémunération* »¹. À suivre, cette analyse, il faut que le salarié apporte des éléments préalables, un début de preuve de ce qu'il allègue pour que le juge fasse droit à sa demande².

Cette exigence devrait en principe s'estomper lorsque le salarié saisit, avant tout procès, le président de la juridiction sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Dans une telle hypothèse, il ne peut plus être opposé au salarié sa carence dans l'administration de la preuve ; le juge ne peut refuser d'intervenir en arguant de l'insuffisance des preuves que s'était ménagé le requérant. Cette solution, établie par un arrêt rendu par une chambre mixte de la Cour de cassation en 1982³, est fermement appliquée depuis⁴. Ce régime de faveur s'explique, sans doute, par l'impossibilité pour le juge d'examiner, lorsqu'il est saisi en référé ou sur requête, la carence d'une partie dans l'administration de la preuve. Il permet ainsi au salarié d'obtenir que soient ordonnées des mesures dont le prononcé lui aurait été refusé si elles avaient été sollicitées directement auprès du juge chargé de trancher le litige. Cela explique que cette solution soit l'objet de critiques récurrentes⁵ et ne soit pas toujours suivie par les juridictions du fond. Mais, peut-être cette attitude judiciaire résulte-t-elle d'une difficulté plus profonde tenant aux conditions mêmes du prononcé de mesures d'instruction. L'inapplication de l'article 146 du Code de procédure civile lorsque le juge est saisi d'une demande de mesure d'instruction avant tout procès ne dispense pas le salarié de prendre un certain nombre d'initiatives. Il lui appartient en tout de cause de révéler et d'établir le « *motif légitime* » d'ordonner une mesure d'instruction. Cette notion de « *motif légitime* » constitue sans doute un concept assez vague et renvoie à la nécessité pour le salarié de convaincre le juge de l'utilité de la mise en œuvre de ses pouvoirs. Parfois, il est déduit du simple constat selon lequel le salarié ne peut se procurer les éléments de preuve nécessaires au succès de sa cause⁶ dont seul l'employeur dispose⁷ ou qu'il détient nécessairement⁸. Mais, ce constat n'est pas toujours suffisant et les juges rejettent

¹ CA Versailles, 28 mai 2014, RG, n°12/01256. Voir également, CA Versailles, 19 févr. 2013, RG, n°11/04707 ; CA Toulouse, 16 juin 2010, RG, n°08/05159.

² CA Colmar, 24 sept. 2013, RG, n°11/05530.

³ Ch. mixte, 7 mai 1982, n°79-12.006, *Bull.* 1982, ch. mixte, n°2.

⁴ Com., 18 oct. 2011, n°10-18.989, *Bull. civ.* IV, n°165 ; Civ. 2., 10 mars 2011, n°10-11.732 : *Bull. civ.* II, n°65.

⁵ Pour une critique, J. Héron, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, préc., n°1090, p. 896.

⁶ CA Versailles, 18 nov. 2014, RG, n°14/01108.

⁷ CA Toulouse, 27 févr. 2015, RG, n°14/05198 ; CA Paris, 20 mai 2010, RG, n°09/08607.

⁸ CA Paris 13 mars 2014, RG, n°13/07929.

les demandes d'instruction formulées par les salariés. Les motifs de leurs décisions révèlent alors qu'ils n'étaient pas convaincus de l'utilité des mesures sollicitées par le salarié. À ce titre, on peut constater une plus ou moins grande exigence à l'égard des salariés. Les juges ordonnent parfois une mesure d'instruction lorsque le salarié allègue des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, c'est-à-dire préciser les circonstances factuelles faisant écho aux présupposés de l'article L.1134-1 du Code du travail¹. Ils peuvent aussi exiger que le salarié produise des éléments, des « indices »² ou, pour reprendre la terminologie employée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, « *des éléments objectifs quelconques* »³ révélant le motif légitime d'ordonner une mesure d'instruction, comme ses bulletins de salaire afin de démontrer l'absence de toute augmentation individuelle de rémunération pendant plusieurs années⁴. Il est également possible que les juges demandent que le salarié allègue des faits et rapporte la preuve d'un motif légitime. Une décision rendue par la cour d'appel de Paris souligne en ce sens que « *si le motif légitime prévu par le texte susvisé ne peut se confondre avec les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte que le salarié doit présenter en cas de litige fondé sur la discrimination en application des dispositions de l'article L.1134-1 du Code du travail, il incombe cependant à tout le moins au salarié qui forme une demande de mesure d'instruction d'alléguer de quelle forme de discrimination il serait l'objet et de produire un élément caractérisant ce motif légitime, notamment au regard du caractère intrusif de la production sollicitée dans la vie privée des salariés concernés* »⁵. On le devine alors aisément ; entre rapporter la preuve du motif légitime et celle de la discrimination elle-même, la nuance reste mince⁶.

Au moment de clore cette étude, une conclusion mesurée s'impose.

En cas de contentieux portant sur l'existence d'une discrimination, l'employeur peut adopter deux séries de stratégies de défense. Dans le cadre de la première série, l'employeur tente simplement de démontrer que le salarié n'a pas réuni suffisamment d'éléments pour procéder à l'application de l'article L.1134-1 du Code du travail, soit que le salarié n'allègue aucun fait faisant écho aux présupposés contenu dans cette règle, soit qu'il ne fournisse pas suffisamment d'éléments probants. Au regard de la seconde série, l'employeur peut tenter de faire valoir que ses décisions sont fondées sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Quelle que soit la stratégie mise en place, l'étude des différentes décisions de justice a fait apparaître

¹ CA Paris, 5 févr. 2015, RG, n°14/04559 ; CA Paris 22 oct. 2015, RG, n°14/09895.

² CA Nîmes, 25 févr. 2014, RG, n°13/02982.

³ Civ. 2. 12 juill. 2012, n°11-18.399, *Bull. civ.* II, n°132.

⁴ CA Rennes, 15 oct. 2015, RG, n°15/03070.

⁵ CA Paris, 27 févr. 2014, RG, n°12/10278.

⁶ Voir Orifet N. Hoffschir, « La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016.

que le salarié tend à succomber en ses prétentions davantage que l'employeur. La question se déplace alors sur les causes de cette tendance.

La première hypothèse, qui demeure toutefois invérifiable, est que dans les cas étudiés, les discriminations dont se plaignaient les salariés n'existaient pas de sorte que ce serait finalement très justement qu'ils auraient été déboutés de leurs demandes. Cela ne peut être exclu car le salarié dispose en effet d'armes procédurales assez efficaces afin de collecter des éléments de preuve. À l'inverse, la seconde éventualité suppose donc que le salarié a été débouté de ses prétentions faute d'avoir pu réunir suffisamment de preuves. Les raisons qui justifieraient cette solution demeurent assez floues ; peut-être résulte-t-elle d'un manque d'informations sur les différentes voies de droit ouvertes aux salariés ou de la multiplicité des interlocuteurs auxquels ils sont susceptibles de s'adresser alors que leurs pouvoirs sont organisés selon un modèle alternatif et non concurrentiel. Pour remédier à ces difficultés, il serait possible de développer l'information légale des salariés sur ce point ou encore, de manière plus ambitieuse, de réorganiser les voies de droit qui leur sont ouvertes.

Réflexions sur l'opportunité d'étendre l'aménagement du fardeau probatoire en matière pénale

Marc Touillier

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,

Université Paris Ouest Nanterre La Défense

L'effectivité de la lutte contre les discriminations passe à l'évidence par l'appréciation de la capacité de ses acteurs à faire valoir avec succès leurs prétentions devant les juridictions ayant à connaître des différentes formes de contentieux. Il n'est cependant guère besoin de rappeler combien cette tâche s'avère difficile en pratique, principalement à cause de l'épineuse question de la preuve des agissements discriminatoires¹.

Les raisons sont connues. Elles tiennent pour l'essentiel à la difficulté qu'ont les victimes de discriminations à réunir les preuves des faits reprochés à leur auteur lorsque ces agissements ne se sont pas matérialisés par écrit ou de façon insuffisamment explicite, mais résultent de gestes ou de propos tenus verbalement, en particulier sous la forme d'insinuations, voire de silences ou non-dits. La forme bien souvent insidieuse des comportements discriminatoires rend leur appréhension par nature difficile, ce qui rejaillit nécessairement sur la capacité des victimes à en apporter la preuve. Or il leur appartient en principe de supporter la charge de la preuve, conformément aux articles 1315 du Code civil et 9 du Code de procédure civile qui traduisent – quoiqu'en des termes différents – l'adage *actori incumbit probatio*².

C'est pour faciliter l'action des victimes en matière de lutte contre les discriminations que le législateur, exhorté en ce sens par la jurisprudence et plusieurs directives communautaires, a privilégié la voie de l'allègement de la charge de la preuve depuis une quinzaine d'années. Après avoir introduit des aménagements spécifiques aux litiges survenus dans le cadre des relations de travail³ et des rapports locatifs⁴, le législateur a conféré une portée plus générale à l'allègement de ce fardeau, d'abord avec la loi du 30 décembre 2004 portant création de la

¹ Sur le constat quasi-unanime dressé par la doctrine et les praticiens, voir en dernier lieu A. Danis-Fatôme, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *RevDH*, 2016, n°9, URL : [<http://revdh.revues.org/2051>]. Pour une approche centrée sur le traitement pénal des discriminations, voir E. Fortis, « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *AJ pénal*, 2008, n° 7/8, p. 303.

² Pour une présentation de ces textes et de leur caractère concurrent, voir É. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit, 2015, n°205 et s.

³ Art. 1^{er} et 5 de la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (JORF, n°267, 17 nov. 2001, p. 18311).

⁴ Art. 158 de la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JORF, 18 janv. 2002, p.1008).

HALDE¹, puis avec celle du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations². Il résulte de l'article 4 de cette dernière loi que la personne s'estimant victime d'une discrimination directe ou indirecte n'est tenue de présenter – et non plus d'établir³ – devant la juridiction compétente que « *les faits qui permettent d'en présumer l'existence* ». Au vu de ces éléments, il appartient ensuite à la partie défenderesse de « *prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». De cette façon, le législateur a consacré un régime probatoire favorable aux victimes de discriminations, sans pour autant aller jusqu'à inverser totalement la charge de la preuve puisque celle-ci ne pèse sur la partie défenderesse qu'à la condition pour son adversaire de mettre en évidence « *une apparence de discrimination* » (selon la formule tirée de la jurisprudence communautaire).

En dépit de son extension progressive à différentes formes de discriminations et de litiges, l'allègement ainsi opéré du fardeau probatoire n'a pas été admis pour tout type de contentieux, l'article 4, alinéa 2, de la loi du 27 mai 2008 ayant expressément exclu son application devant les juridictions pénales⁴. Une telle exclusion, prévue par les directives européennes⁵ et soutenue par le Conseil constitutionnel⁶ et la Cour de cassation⁷, a été fondée sur le respect du principe de la présomption d'innocence⁸. Ce principe directeur de la procédure pénale, dont la valeur

¹ Art. 19 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (JORF, n°304, 31 déc. 2004, p. 22567).

² 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, JORF, n°123, 28 mai 2008, p. 8801.

³ Telle était l'exigence faite auparavant par l'article 19 de la loi du 30 décembre 2004 en application des directives européennes.

⁴ L'inapplicabilité de l'article 4 de la loi devant les juridictions pénales ne paraît devoir jouer que lorsqu'elles statuent sur la culpabilité de l'intéressé, et non lorsqu'elles ont à connaître de la demande en réparation formée le cas échéant par la victime constituée partie civile (ce qui n'est pas sans ouvrir la voie à des incohérences dans le traitement pénal, puis civil des discriminations).

⁵ Voir par ex. l'art. 8, §2, 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 sans distinction de race ou d'origine ethnique (JOUE, n°L 180, 19 juill. 2000, p. 22), l'art. 10, § 2, 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 (JOUE, n°L 303, 2 déc. 2000, p. 16) ou l'art. 9, § 3, de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services (JOUE, n°L 373/37, 21 déc. 2004).

⁶ Cons. const., *Loi de modernisation sociale*, décision du 12 janvier 2002, n°2001-455 DC, JORF, 18 janv. 2002, p. 1053, cons. 84 : « *il ressort des termes mêmes des dispositions critiquées que les règles de preuve dérogatoires qu'elles instaurent trouvent à s'appliquer "en cas de litige"*; qu'il s'ensuit que ces règles ne sont pas applicables en matière pénale et ne sauraient, en conséquence, avoir pour objet ou pour effet de porter atteinte au principe de présomption d'innocence ».

⁷ Voir par ex. Cass. crim., arrêt du 11 avril 2012, n°11-83.816, *Bull. crim.*, n°95.

⁸ En ce sens, voir la décision précitée du Conseil constitutionnel et le rapport d'Isabelle Vasseur, députée, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (Rapport n°695, Assemblée nationale, 6 févr. 2008, p. 42).

fondamentale est reconnue à tous les niveaux de la hiérarchie des normes¹, repose sur une présomption d'un genre tout à fait singulier. Elle ne consiste en effet pas à tirer d'un fait connu des conséquences sur un fait inconnu² – autrement dit à déplacer l'objet de la preuve –, selon la définition qu'en donne l'article 1349 du Code civil, mais à assurer à toute personne soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction qu'elle n'aura pas à prouver elle-même son innocence.

La présomption d'innocence édicte, en d'autres termes, une règle d'attribution de la charge de la preuve pénale, qu'elle fait peser sur la partie poursuivante – il s'agit au premier chef du ministère public et, dans une moindre mesure, de la victime de l'infraction – et non sur l'individu mis en cause³. La signification du principe rejoint en cela l'adage *actori incumbit probatio* traditionnellement rattaché à la matière civile⁴, de sorte que l'on peut s'interroger sur la spécificité réelle de la présomption d'innocence pour comprendre les raisons qui ont poussé le législateur à exclure l'allègement de la charge de la preuve en matière pénale.

Cette spécificité doit être reliée à la gravité des intérêts mis en jeu par le droit pénal et la procédure pénale. Leur champ d'application est déterminé par rapport aux comportements jugés les plus attentatoires aux valeurs sociales, pour la recherche desquels la procédure pénale autorise le recours à des mesures d'investigation plus ou moins intrusives ou coercitives (que l'on songe à la garde à vue, aux perquisitions, écoutes téléphoniques ou à la détention provisoire) en fonction de la gravité des faits. Le droit pénal définit de son côté les infractions ouvrant droit à l'exercice de ces mesures par les autorités publiques et fixe les peines encourues par l'individu mis en cause en tenant compte, là aussi, de la gravité des faits.

Autant d'armes susceptibles d'affecter les libertés individuelles les plus précieuses depuis le déclenchement de la procédure pénale jusqu'à son aboutissement en cas de condamnation. Face à de telles menaces, la présomption d'innocence manifeste aussi bien le souci de prévenir tout abus dans l'emploi des mesures procédurales que de protéger l'honneur de l'intéressé contre des accusations hâtives ou excessives et de lui garantir qu'une peine ne sera appliquée qu'en vertu d'une décision exempte de doute – car le doute doit toujours profiter à l'accusé,

¹ Sur le plan interne, le respect de la présomption d'innocence est proclamé notamment par l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et l'article préliminaire, §III, du Code de procédure pénale. Sur le plan international, l'article 6, §2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 14-2 du Pacte international des droits civils et politiques et l'article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne tendent également à protéger ce principe.

² Il faut convenir, avec Stéphane Detraz, qu'« il serait bien étrange d'affirmer que l'on tire de l'existence de soupçons la preuve de l'innocence de l'intéressé » (S. Detraz, « La prétendue présomption d'innocence », *Dr. pén.*, 2004, n°3, chron. 3, p. 5).

³ L'expression « individu mis en cause » est entendue largement ici pour désigner toute personne impliquée dans une procédure pénale en raison de l'existence de charges, même minimales, à son encontre, depuis l'enquête policière jusqu'au jugement sur la culpabilité.

⁴ Pour cette raison, certains auteurs estiment que la présomption d'innocence fait double emploi avec l'adage *actori incumbit probatio* (P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, Paris, Armand Colin, 4^eéd., 2002, n°40).

conformément à l'adage *in dubio pro reo*¹ – et pourvue de l'autorité de la chose jugée. Elle ne se réduit donc pas à une « *saine règle de procédure confiant le fardeau de la preuve à l'accusation* »², mais traduit plus largement la considération du droit pénal et de la procédure pénale pour la sûreté de la personne mise en cause, compte tenu de la gravité des intérêts en jeu³.

Sous ce regard, l'importance attachée au principe de la présomption d'innocence permet de mieux comprendre les réticences du législateur et de la jurisprudence à admettre l'allègement de la charge de la preuve devant les juridictions pénales, pour s'en tenir à l'application des règles procédurales ordinaires. Il n'en faut pas moins confronter l'efficacité de ces règles aux difficultés éprouvées dans la lutte contre les discriminations (Section 1). On verra ainsi en quoi le respect du principe de la présomption d'innocence peut être concilié – et devrait l'être selon nous – avec des aménagements probatoires en matière pénale (Section 2).

Section 1. L'inefficacité des règles ordinaires de charge de la preuve pénale

Avant de s'intéresser aux remèdes possibles à l'exclusion de l'aménagement probatoire en matière pénale, il apparaît nécessaire d'apprécier la capacité des règles ordinaires de charge de la preuve à répondre aux nécessités de la répression dans le domaine des discriminations. Un examen de ces règles et de leur mise en œuvre va permettre de voir que si le fardeau probatoire est inégalement supporté par le ministère public et la victime (§1), son inefficacité s'avère en définitive conjointement constatée (§2).

§1. Un fardeau probatoire inégalement supporté par le ministère public et la victime

L'application des règles de droit commun de la procédure pénale implique que la preuve d'un délit de discrimination soit rapportée par l'initiateur des poursuites, à savoir le ministère public ou la victime⁴. S'il appartient à l'un comme à l'autre d'« *établir tous les éléments constitutifs de l'infraction et l'absence de tous les éléments susceptibles de la faire disparaître* »⁵, le fardeau

¹ Le discours adressé aux jurés par le président de la cour d'assises prend soin de le rappeler au moment de leur prestation de serment (art. 304, al. 2 du Code de procédure pénale).

² R. Badinter, « La présomption d'innocence, histoire et modernité », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle : Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 145.

³ En ce sens, R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, T. II, Paris, Cujas, 5^e éd., 2001, n°148.

⁴ Une place à part doit être faite au Défenseur des droits, dans la mesure où il dispose d'un pouvoir de transaction qui lui permet, en cas d'échec, de mettre en mouvement l'action publique par voie de citation directe (art. 28 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, JORF n°75, 30 mars 2011, p. 5497).

⁵ Cass. crim., arrêt du 24 mars 1949, *Bull. crim.* n°114, cité par M. Mekki, « Regard substantiel sur le “risque de la preuve”. Essai sur la notion de charge probatoire », in M. Mekki, L. Cadiet, C. Grimaldi (dir.), *La preuve : regards croisés*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 17.

de la preuve ne pèse toutefois pas du même poids pour ces deux acteurs. Revenons tour à tour sur les prérogatives accordées au ministère public (A) et à la victime (B).

A. Le ministère public

Parce qu'il a la maîtrise de l'action publique et dirige la police judiciaire, le ministère public, représenté au premier chef par le procureur de la République, peut compter sur les services de police ou de gendarmerie pour accomplir les actes d'investigation qu'il estime nécessaires à l'établissement des faits dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance. En présence de dossiers particulièrement graves ou complexes, il a également la possibilité de saisir un juge d'instruction afin qu'il approfondisse les investigations en usant, au besoin, de moyens d'action renforcés par rapport à ceux de la police judiciaire.

Le ministère public s'assure ainsi du concours d'acteurs rompus à la conduite des investigations pour la recherche et le rassemblement des éléments de preuve qui viendront au soutien de l'action publique. En fonction des nécessités de l'enquête ou de l'instruction, ces acteurs pourront organiser des auditions de témoins ou de suspects et lorsque cela est possible, une confrontation entre la victime et l'individu mis en cause. Ils pourront également recourir à des mesures intrusives ou contraignantes telles que la garde à vue, les réquisitions auprès d'établissements privés ou publics aux fins d'obtenir communication de certaines informations, les perquisitions ou encore la mise en place d'écoutes téléphoniques.

L'on pourrait dès lors s'attendre à ce que les dossiers de discriminations pris en charge par les parquets soient suivis dans la plupart des cas d'une réponse pénale, d'autant qu'il résulte des déclarations faites par les parquetiers rencontrés au cours de la recherche et des documents consultés que les faits portés à leur connaissance donnent lieu à une enquête systématique à partir du moment où ils apparaissent vraisemblables¹. Les difficultés rencontrées pour recueillir les plaintes des victimes – quand le dépôt d'une plainte est bien proposé par les services de police et de gendarmerie² – et établir ensuite la preuve des agissements dénoncés sur la base des éléments recueillis reviennent néanmoins de façon récurrente pour expliquer l'absence de poursuites pénales ou les non-lieux décidés par les juges d'instruction.

Sous l'impulsion de la Chancellerie³, des efforts ont bien été accomplis pour intensifier la lutte contre les discriminations à travers la mise en place de pôles anti-discriminations au sein de

¹ Déclarations recueillies au cours d'un entretien réalisé le 2 décembre 2015 avec le magistrat référent d'un pôle anti-discriminations d'un tribunal de grande instance. Voir aussi le rapport annuel d'activité 2014 du ministère public près le TGI de Bobigny, p. 21.

² Cette difficulté ressort de l'entretien EN6 mené le 28 septembre 2015 avec le magistrat référent du pôle anti-discriminations d'un tribunal de grande instance.

³ Voir not. la circulaire du 23 juillet 2013 portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, BOMJ, NOR : JUSD1319893C. Pour de plus amples

certaines parquets¹ et de partenariats noués çà et là entre les parquets et certaines associations ou les représentants locaux du Défenseur des droits². Le développement de la pratique des saisines pour avis du Défenseur des droits dans le cadre des enquêtes de police est également un signe encourageant³. Les magistrats du parquet en charge de l'orientation des poursuites dans des dossiers de discriminations n'en continuent pas moins à faire part de leurs difficultés à rassembler les preuves des faits discriminatoires qui leur sont dénoncés. À l'inertie parfois reprochée aux uns⁴ répond ainsi l'impuissance ou le découragement avancé par les autres malgré les prérogatives que la loi leur accorde pour la recherche des preuves⁵. Les difficultés n'en sont que plus grandes pour la victime désireuse de porter des agissements discriminatoires devant les juridictions pénales.

B. La victime

La victime ne bénéficie pas des mêmes facilités que le ministère public lorsqu'elle souhaite se tourner vers la voie pénale. Elle dispose, certes, d'une place conséquente en procédure pénale à travers la faculté qui lui est reconnue d'exercer son action civile devant les juridictions pénales. Cela présente l'intérêt majeur de lui permettre de mettre en mouvement l'action publique, notamment lorsque le parquet refuse de déclencher des poursuites, et de devenir partie à la procédure. Dans un domaine aussi difficile à appréhender que celui des discriminations, le choix de la voie pénale lui donne, plus encore, « *la possibilité de recueillir à l'encontre de l'auteur de son dommage des preuves que l'autorité judiciaire recherche à son profit avec les moyens coercitifs qui sont les siens* »⁶.

Il ne faut cependant pas sous-estimer le décalage entre le champ des possibles offerts par les dispositions du Code de procédure pénale et l'« offre » judiciaire à laquelle peut réellement prétendre la victime qui souhaite s'en prévaloir. L'octroi du statut de partie civile n'est en effet pas le gage d'un accès direct et immédiat aux preuves et à la mobilisation en sa faveur des pouvoirs des autorités publiques. Tout va dépendre, d'une part, de la position du parquet vis-à-

développements sur la politique pénale du ministère de la Justice et l'action du ministère public dans la lutte contre les discriminations, nous renvoyons à l'étude de Clara Hervás Hermida, *in* ce rapport.

¹ Voir là aussi l'étude de Clara Hervás Hermida, *in* ce rapport.

² Dans son rapport annuel d'activité 2014, le Défenseur des droits a souligné l'extension progressive de sa politique de partenariat avec les juridictions pénales (DDD, *Rapport annuel d'activité*, 2014, p. 18).

³ Sur cette pratique, voir DDD, *Rapport annuel d'activité*, 2015, p. 43 et pour un exemple récent la décision MLD-2016-019 du 5 février 2016 relative à un refus d'accès dans une discothèque.

⁴ M.-T. Lanquetin, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail », *Dr. soc.*, 2007, n°7-8, p. 861.

⁵ De ce point de vue, l'incitation faite par voie de circulaires à recourir à des mesures alternatives aux poursuites pour traiter les affaires de discriminations peut être perçue comme un moindre mal, mais aussi comme une réponse *a minima* révélatrice des difficultés à dépasser le seuil des poursuites pénales pour aller vers des condamnations à la hauteur de la gravité des comportements.

⁶ S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, Paris, LexisNexis, coll. Manuels, 10^e éd., 2014, n°1648.

vis de l'opportunité de mettre en mouvement l'action publique, d'autre part, du stade auquel la victime entend exercer son action civile.

Lorsque le ministère public soutient la démarche de la victime et décide d'engager des poursuites, par exemple à la suite d'une plainte simple émanant de cette dernière, celle-ci n'a plus qu'à « greffer » son action civile sur l'action publique. Quel que soit le circuit choisi par le parquet – l'ouverture d'une instruction préparatoire ou la saisine directe du tribunal correctionnel –, la victime pourra se joindre à l'action publique à tout moment de la procédure par la voie de l'intervention. Cette hypothèse est sans conteste la plus avantageuse pour la victime, car elle signifie qu'elle n'assumera pas seule le fardeau probatoire et pourra compter sur l'aide du parquet pour rassembler les éléments de preuve susceptibles d'aboutir à la condamnation – pénale et civile¹ – de l'auteur des faits. Réciproquement, le parquet pourra s'appuyer sur le témoignage de la victime et les éléments de preuve qu'elle détient pour constituer le dossier de la procédure².

À l'inverse, lorsque le ministère public refuse d'engager des poursuites, la victime est contrainte de saisir elle-même les juridictions pénales (on dit alors qu'elle agit par la voie de l'action). En présence de faits délictueux tels que les discriminations incriminées dans le Code pénal³ ou le Code du travail⁴, elle peut alors soit demander l'ouverture d'une instruction par le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile⁵, soit citer directement l'auteur des faits devant le tribunal correctionnel⁶.

La première option s'imposera naturellement à la victime qui ne dispose pas d'éléments de preuve suffisants pour établir les faits ou qui souhaite les compléter par des investigations approfondies. Pour être admise à se constituer partie civile devant le juge d'instruction, elle devra toutefois d'abord justifier qu'un refus ou un silence lui a été opposé par le procureur de la République concernant l'opportunité d'engager des poursuites pour les faits dénoncés⁷. La recevabilité de la plainte sera ensuite appréciée au regard des conditions posées par la loi⁸. Le juge d'instruction vérifiera, à cet égard, que la victime allègue l'existence d'un préjudice certain et personnel directement causé par une infraction punissable⁹. La Cour de cassation admet

¹ La première ayant pour effet d'entraîner la seconde en application du principe de l'autorité du criminel sur le civil.

² J. Leroy, *Procédure pénale*, Paris, LGDJ/Lextenso éd., coll. Manuel, 4^e éd., 2015, n°347.

³ Voir spéc. les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal.

⁴ Voir spéc. les articles L.1142-1, L.1146-1 et L.1225-1 du Code du travail en matière de discriminations sexistes et les articles L.2141-5 et L.2146-2 en matière de discriminations syndicales.

⁵ Art. 85 du Code de procédure pénale.

⁶ Art. 390 du Code de procédure pénale.

⁷ Cette exigence a été introduite en 2007 à l'article 85, alinéa 2, du Code de procédure pénale pour limiter les plaintes avec constitution de partie civile en présence de délits ordinaires.

⁸ Ces conditions sont principalement contenues dans l'article 2 du Code de procédure pénale, dont l'alinéa premier dispose que « l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ».

⁹ La condition tenant à l'existence d'une infraction punissable ne signifie pas que la réunion des éléments constitutifs doive être établie dès le dépôt de la plainte avec constitution de partie, sans quoi les victimes de discriminations seraient

toutefois avec une certaine souplesse la constitution de partie civile devant la juridiction d'instruction¹, de sorte que cette étape n'a pas vocation à constituer un obstacle déterminant dans la conduite des actions initiées par les victimes de discriminations.

L'octroi du statut de partie civile permettra à la victime d'accéder au dossier de la procédure, et donc de prendre connaissance des éléments de preuve déjà recueillis, mais elle devra soumettre des demandes d'actes au juge d'instruction si elle souhaite obtenir l'accomplissement de mesures qu'elle estimerait utiles à l'information². C'est dire que la victime ne bénéficie pas d'un traitement de faveur par le seul effet de l'attribution du statut de partie civile. Il lui reste à convaincre le magistrat instructeur de l'intérêt de persévérer dans la voie qu'elle l'a invité à suivre pour ne pas se retrouver esseulée, en particulier lorsqu'elle a agi contre l'avis du ministère public³. À défaut, la partie civile s'expose à ce que le juge d'instruction rende une ordonnance de non-lieu motivée par l'absence de caractérisation de l'infraction ou l'insuffisance des charges contre la personne mise en examen⁴ – hypothèse non négligeable quand on s'intéresse de plus près au contentieux porté à la connaissance de la Cour de cassation⁵ –, voire la condamne au paiement d'une amende civile pour constitution de partie civile abusive ou dilatoire⁶.

La seconde option, celle de la citation directe, est encore plus risquée pour la victime car elle se traduit par le renvoi direct de l'individu désigné comme prévenu devant le tribunal correctionnel. À partir du moment où la citation lui est signifiée, ce dernier a l'obligation de comparaître devant la juridiction de jugement⁷. Ce mode de saisine du tribunal présente l'avantage incontestable de la rapidité, d'autant que le procureur de la République ne peut pas

bien en peine d'amorcer la voie pénale par ce biais. Il suffit à ce stade que l'infraction soit susceptible de poursuites, autrement dit qu'elle ne soit pas affectée par une cause d'extinction de l'action publique. Sur ce point, voir S. Guinchard, J. Buisson, *op. cit.*, n°1142 et s.

¹ La Haute juridiction estime en effet qu'« *il suffit que les circonstances sur lesquelles elle [la victime] s'appuie permettent au juge d'admettre comme possibles l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale* » (Cass. crim., arrêt du 27 mai 2009, n°09-80.023, *Bull. crim.* n°107 ; Cass. crim., arrêt du 4 avril 2012, n°11-81.124, *Bull. crim.* n°86).

² Art. 82-1 du Code de procédure pénale. L'on pourrait objecter à cela l'existence d'une obligation comparable faite au procureur de la République lorsqu'il souhaite obtenir du juge d'instruction l'accomplissement d'actes lui paraissant utiles à la manifestation de la vérité (art. 82 du Code de procédure pénale), mais il faut convenir que le poids de ses demandes – et le temps imparti au magistrat instructeur pour s'y opposer – n'est pas le même que celui des demandes d'actes émanant des parties privées.

³ Le procureur de la République a d'ailleurs la faculté de prendre des réquisitions de non-lieu immédiat pour s'opposer à l'action de la victime « *lorsqu'il est établi de façon manifeste [...] que les faits dénoncés par la partie civile n'ont pas été commis* » (art. 86, al. 4 du Code de procédure pénale).

⁴ Art. 177 du Code de procédure pénale.

⁵ Pour un aperçu de cette tendance, nous invitons le lecteur à se reporter à notre chronique de jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation sur les discriminations, in « *Droit des discriminations : Chronique* (oct. 2014 – avr. 2015 ; mai 2015 – sept. 2015) », *Revue des droits de l'homme (RevDH)/ADL*, 8 juin 2015, URL : [http://revdh.revues.org/1370] ; 2 déc. 2015, URL : [http://revdh.revues.org/1748].

⁶ Art. 177-2 du Code de procédure pénale.

⁷ Sur le formalisme de la citation, voir les art. 550 et s. du Code de procédure pénale.

s'y opposer. En contrepartie, la victime a toutefois intérêt à s'assurer de la solidité des éléments de preuve en sa possession car elle pourrait se voir reprocher sa témérité en cas de relaxe du prévenu. Le tribunal correctionnel peut en effet la condamner au paiement d'une amende civile s'il estime que la citation directe était abusive ou dilatoire¹. Sans doute la partie civile peut-elle demander au tribunal d'ordonner un supplément d'information² ou, désormais aussi, au président d'accomplir un acte d'investigation en amont de l'audience³, mais dans un cas comme dans l'autre la juridiction appréciera souverainement l'opportunité de ces mesures⁴, de sorte que l'on ne saurait y voir des moyens suffisants de compenser le fardeau probatoire qui pèse sur elle.

À l'arrivée, nombreuses sont les incertitudes et menaces entourant l'action de la victime, quelle que soit l'option choisie, susceptibles de contrebalancer les espoirs qu'elle pourrait nourrir dans la mise en œuvre de la voie pénale pour lutter contre les discriminations. Il est permis d'y voir autant de manifestations du risque de la preuve⁵, ce qui tend à montrer que le fardeau probatoire n'est pas si différent en matière pénale qu'en matière civile. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que le constat d'inefficacité soit le même que celui qui était dressé en ce dernier domaine jusqu'à l'instauration des aménagements dans la charge de la preuve.

§2. Un fardeau probatoire inadapté à la lutte contre les discriminations

Les développements qui précèdent ont montré que l'aptitude à la preuve du parquet et de la victime n'était pas la même, en dépit de leur prétention commune à brandir l'arme pénale contre les discriminations. Sans doute cette inégalité face à l'administration de la preuve et au risque probatoire se justifie-t-elle par le rôle distinct reconnu à ces acteurs en procédure pénale : le premier a pour mission de défendre les intérêts de la société considérée dans son ensemble ; la seconde n'agit que pour la défense de ses intérêts personnels. Une telle situation n'en contribue pas moins à expliquer la faiblesse du contentieux relevé dans la lutte contre les discriminations en dehors du terrain syndical. Il apparaît en effet, à l'analyse des arrêts rendus par la Chambre criminelle de la Cour de cassation⁶, que dans la plupart des affaires soumises à la Haute juridiction, l'initiative des poursuites émanait des victimes. Or l'une des difficultés rémanentes pour elles réside dans la capacité à prouver la matérialité et le caractère intentionnel des agissements imputés à l'auteur d'un acte discriminatoire⁷.

¹ Art. 392-1, al. 2 du Code de procédure pénale.

² Art. 463 du Code de procédure pénale.

³ Art. 388-5 du Code de procédure pénale.

⁴ Pour une illustration récente, voir Cass. crim., arrêt du 22 mars 2016, n°15-81.484, publié au bulletin.

⁵ Sur la signification de ce risque, voir M. Mekki, *op. cit.*, p. 7 et s.

⁶ Analyse portant sur les arrêts rendus par la Chambre criminelle depuis 2012, consultables sur la base de données Legifrance.

⁷ E. Fortis, art. préc., p. 303.

Si la mobilisation des magistrats du parquet et leur soutien à l'action des victimes n'en apparaissent que plus impérieux, force est de constater que ces acteurs judiciaires n'échappent pas non plus aux problèmes de preuve posés par les agissements concernés. Ce constat a d'ailleurs été dressé de manière générale par le Défenseur des droits dans son rapport annuel d'activité 2014. Il y soulignait les difficultés de preuve persistantes devant les juridictions pénales et mettait l'accent sur le caractère souvent insurmontable de l'exigence de la preuve d'une intention de l'auteur des faits¹. Qu'elles portent sur l'élément matériel ou sur l'élément intentionnel du délit, les difficultés probatoires constituent en somme un frein déterminant à l'efficacité de la lutte contre les discriminations pénalement prohibées. Pareille conclusion est d'autant moins satisfaisante qu'elle contraste avec la sévérité affichée en ce domaine par le Code pénal² et les incitations à agir avec fermeté faites aux magistrats du parquet par voie de circulaires³.

Dans ces conditions, il paraît indispensable de rouvrir le débat sur l'aménagement de la charge de la preuve et la recherche d'autres remèdes possibles sur le plan probatoire.

Section 2. Les remèdes possibles à l'exclusion de l'aménagement probatoire en matière pénale

La lutte contre les discriminations ne peut plus se satisfaire des limites auxquelles se heurte l'application des règles ordinaires de charge de la preuve en matière pénale. Pour y remédier, plusieurs voies empruntées à l'égard d'autres infractions pénales méritent d'être explorées en considération de l'impact qu'elles pourraient avoir à la fois sur l'efficacité de la répression et sur le respect du principe de la présomption d'innocence. Il nous semble en effet que la remise en cause du fardeau probatoire passe par une conciliation de ces deux impératifs, et non la prévalence donnée à l'un d'eux, comme le droit pénal l'admet déjà en certains cas lorsqu'une application trop stricte du principe de la présomption d'innocence risquerait de compromettre l'efficacité de la répression⁴. En procédant par degré d'intensité, l'on peut dégager trois principales voies : la première consisterait à étendre l'allègement de la charge de la preuve en matière pénale (§1), la deuxième à instaurer de véritables présomptions de culpabilité (§2) et la troisième à faire de ces infractions des délits matériels ou à les contraventionnaliser (§3).

¹ DDD, *Rapport annuel d'activité*, 2014, p. 18. Cette difficulté est à nouveau mise en avant dans le rapport annuel d'activité 2015 pour souligner l'inefficacité de la voie pénale pour lutter contre les discriminations fondées sur l'âge ou le handicap en matière d'accès aux biens et services (p. 27).

² Sur ce point, voir A. Cerf-Hollender, « L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, p. 367.

³ Voir l'étude de Clara Hervás Hermida, in ce rapport.

⁴ M. Mekki, *op. cit.*, p. 22.

§1. Étendre l'allègement de la charge de la preuve en matière pénale

Une première voie – à laquelle on est tenté de penser presque instinctivement – susceptible de redonner au droit pénal des discriminations l'efficacité qui lui fait défaut consisterait à étendre en ce domaine l'allègement de la charge de la preuve que la loi du 27 mai 2008 a consolidé en matière civile. Partant du constat que le fardeau de la preuve pèse trop lourd sur les épaules de la victime comme du ministère public, en particulier lorsqu'il s'agit d'établir l'intention discriminatoire du prévenu, il s'agirait alors ni plus ni moins que de transférer cette charge au principal intéressé. L'on pourrait ainsi imaginer que, sur le modèle des dispositions prévues en matière civile, des dispositions soient introduites dans la section du Code pénal relative aux discriminations pour préciser que la partie poursuivante n'a plus qu'à présenter devant la juridiction pénale les faits matériels permettant de présumer l'existence de l'infraction, à charge pour le prévenu de prouver ensuite, au vu des éléments avancés, que la mesure en cause était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination¹.

Cette proposition, soutenue par certains auteurs et professionnels de la justice², aurait l'avantage de faciliter considérablement la tâche de la victime et du ministère public, mais aussi celle du juge pénal pour entrer en voie de condamnation. Pour peu qu'elle soit suivie d'effet, la fonction dissuasive des dispositions pénales s'en trouverait par là même restaurée, ce qui amènerait progressivement à un changement dans les comportements des individus concernés.

Sur le plan des principes, l'allègement du fardeau probatoire, même partiel puisqu'il se limiterait pour l'essentiel à inverser la charge de la preuve de l'intention discriminatoire sans remettre en cause la faculté pour le juge pénal d'accorder au prévenu le bénéfice du doute, présenterait cependant l'inconvénient de heurter la présomption d'innocence. Il a en effet été rappelé qu'un tel principe trouvait son expression première dans la charge de la preuve³. Toute la question est alors de savoir si le droit pénal français peut raisonnablement s'accommoder d'une telle dérogation aux règles ordinaires de charge de la preuve. Aussi surprenant que cela puisse paraître, une réponse affirmative est permise à un double titre.

D'une part, la loi admet déjà que l'établissement de certaines infractions puisse être facilité au moyen d'un renversement de la charge de la preuve. Tel est le cas dans les situations où un individu est susceptible de voir sa responsabilité pénale engagée « *s'il ne parvient pas à justifier de ressources correspondant à son train de vie* » alors qu'il est en relation habituelle avec une

¹ Cela supposerait par voie de conséquence l'abrogation de l'alinéa second de l'article 4 de la loi du 27 mai 2008. L'on pourrait également soutenir que cette seule proposition suffirait à remédier au problème, mais elle ne manifesterait pas assez clairement le choix du législateur d'étendre la charge de la preuve en matière pénale.

² En ce sens, M.-T. Lanquetin (dir.), *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, Travaux du Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations, GELD, oct. 2000, n°2, p. 50, cité par A. Danis-Fâtome, art. préc. ; voir aussi l'entretien réalisé avec un procureur de la République d'un TGI dans le cadre de la recherche.

³ R. Badinter, art. préc., p. 134.

personne qui se livre à une activité sinon illicite, du moins « suspecte » (il est permis d'englober sous ces adjectifs la prostitution¹, la mendicité², la vente à la sauvette³, le recel de biens⁴ ou encore le terrorisme⁵). La partie poursuivante n'est alors tenue d'apporter la preuve que de la nature particulière de la relation entretenue entre le prévenu et la personne qui mène l'activité en cause ; auquel cas il appartient au prévenu de prouver que l'origine de ses ressources est dépourvue de tout lien avec l'activité suspecte. L'on peut aisément y voir un allègement de la charge probatoire pour le ministère public ou la victime de l'infraction et, corrélativement, un alourdissement singulier pour l'individu mis en cause⁶. Or les délits visés sont punis de peines identiques voire plus sévères que ceux de discriminations.

D'autre part, le droit de l'Union européenne est semble-t-il passé d'une position fermée à la reconnaissance, au profit des États membres, d'une faculté d'extension de l'aménagement de la charge de la preuve pour lutter contre les pratiques pénales discriminatoires. À la différence des précédentes directives européennes, la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 portant refonte des dispositions relatives à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail⁷ a en effet expressément prévu, dans son article 19, § 5, relatif à l'allègement du fardeau probatoire, que ce texte ne s'appliquait pas aux procédures pénales, « *sauf si les États membres en dispos[ai]ent autrement* ». C'est dire que, du point de vue des institutions européennes, le rééquilibrage de la charge de la preuve paraît désormais transposable au contentieux pénal⁸.

À la lumière de ces considérations, il est donc envisageable d'étendre l'aménagement du fardeau probatoire à la lutte pénale contre les discriminations, sans que cela ne constitue une innovation réelle ni une atteinte excessive au principe de la présomption d'innocence. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le renversement ainsi opéré serait en effet justifié par la gravité de l'enjeu en présence, il

¹ Art. 225-6, 3° du Code pénal. Est également concerné l'individu qui vit avec une personne se livrant à la prostitution.

² Art. 225-12-5, al. 6 du Code pénal. Ce délit s'étend à la relation d'influence, permanente ou non, exercée par l'intéressé sur une ou plusieurs personnes se livrant à la mendicité.

³ Art. 225-12-8, al. 3 du Code pénal. À l'instar de l'infraction assimilée au proxénétisme, ce délit s'étend à la relation d'influence, permanente ou non, exercée sur une ou plusieurs personnes s'adonnant habituellement à la vente à la sauvette.

⁴ Art. 321-6, al. 1^{er} du Code pénal. Est également incriminé le fait pour l'intéressé de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu dans de telles conditions.

⁵ Art. 421-2-3 du Code pénal.

⁶ Certains auteurs y voient plutôt un déplacement de l'objet de la preuve, en raison de l'assimilation des faits visés à une infraction distincte qui n'aurait pu être reprochée en tant que telle au prévenu (É. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, n°259). Il n'en demeure pas moins que, dans les infractions concernées, c'est sur ce dernier que pèse la charge de prouver l'origine de ses ressources et leur correspondance avec son train de vie.

⁷ JOUE, n° L 204/23, 26 juillet 2006.

⁸ En ce sens, M.-T. Lanquetin, art. préc., p. 861.

n'emporterait pas de présomption irréfragable et préserverait les droits de la défense¹. Il ne resterait alors plus au Conseil constitutionnel et à la Cour de cassation qu'à infléchir la position qu'ils avaient prise à ce sujet².

Une autre voie pourrait consister à déplacer l'objet de la preuve en instaurant de véritables présomptions de culpabilité à l'égard des auteurs de discriminations.

§2. Instaurer de véritables présomptions de culpabilité

De manière plus incisive, une deuxième voie pourrait résider dans l'instauration de véritables présomptions de culpabilité pour lutter contre les pratiques discriminatoires. Contrairement aux idées reçues, de telles présomptions existent déjà en matière pénale. Il en existe depuis longtemps dans le domaine des contraventions au Code de la route³ ainsi qu'en matière douanière⁴. Elles ont pour effet premier de déplacer l'objet de la preuve, par exemple en présumant le titulaire de la carte grise d'un véhicule responsable pécuniairement d'une infraction commise à son bord pour éviter à la partie poursuivante d'avoir à rechercher l'identité du conducteur. De ce point de vue, l'atteinte au principe de la présomption d'innocence peut paraître évidente et, surtout, plus importante qu'en présence d'un simple allègement de la charge de la preuve.

Il faut néanmoins insister sur le fait qu'en dépit des apparences, les présomptions de culpabilité n'entrent pas en contrariété directe avec le respect de ce principe car elles ont d'abord pour effet de déplacer l'objet de la preuve, et non sa charge⁵. Ce n'est qu'incidemment, lorsqu'elles obligent le prévenu à rapporter la preuve contraire des faits qui lui sont reprochés, que les présomptions de culpabilité heurtent véritablement le principe de la présomption d'innocence. D'où les exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme pour que de telles présomptions prennent en compte la gravité de l'enjeu et préservent les droits de la défense en étant dépourvues de caractère irréfragable⁶. Le Conseil constitutionnel ne s'oppose pas

¹ CEDH, *Salabiaku c/ France*, arrêt du 7 octobre 1988, req. n°10519/83, Série A 141-A, spéc. §§28-30 ; CEDH, *Pham Hoang c/ France*, arrêt du 25 septembre 1992, req. n°13191/87, Série A 243, spéc. §33.

² V. *supra*.

³ Les articles L.121-2 et L.121-3 du Code de la route considèrent que le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule est présumé responsable des infractions à la réglementation sur le stationnement ou sur l'acquittement des péages, ainsi que des contraventions à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées, sur le respect des distances de sécurité entre les véhicules, sur l'usage de voies et chaussées réservées à certaines catégories de véhicules et sur les signalisations imposant l'arrêt des véhicules, à moins qu'il n'établisse l'existence d'un vol ou de tout autre événement de force majeure ou qu'il n'apporte les éléments permettant d'établir qu'il n'est pas l'auteur véritable de l'infraction.

⁴ Les articles 392 à 394 du Code des douanes réputent le détenteur de marchandises de fraude responsable des infractions en lien avec ces marchandises ainsi que les transporteurs maritimes ou aériens pour les infractions commises à bord de leur bâtiment.

⁵ Sur ce point, voir S. Detraz, art. préc., p. 5, pour qui les présomptions de culpabilité « ne constituent pas de simples règles relatives à la charge de la preuve mais de véritables présomptions, considérant comme vrai ce qui est vraisemblable ».

⁶ CEDH, *Salabiaku c/ France*, préc. ; CEDH, *Pham Hoang c/ France*, préc.

davantage à l'existence de présomptions de culpabilité, à partir du moment où elles demeurent exceptionnelles, « *qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité* »¹. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a adopté une position comparable².

Appliquées aux délits de discriminations, de telles exigences auraient naturellement vocation à s'imposer à toute présomption de culpabilité. Reste à savoir quel intérêt présenterait réellement ce type de présomption en comparaison de l'allègement de la charge probatoire inspiré du droit civil. Au vu des cas de figure recensés en matière pénale, on peut penser qu'il s'agirait essentiellement de faciliter l'identification d'un responsable auquel incomberait la charge de prouver son absence d'implication dans la pratique discriminatoire subie par la victime. Cela permettrait, par exemple, de faire peser la charge de la preuve relative à l'élément intentionnel du délit de discrimination sur l'employeur dans l'hypothèse où des agissements seraient reprochés à l'un des membres du personnel de son entreprise sans que ce dernier ne soit précisément connu. L'on peut cependant douter que la difficulté se situe véritablement là dans la lutte contre les discriminations, ce qui atténue l'attrait de ce mécanisme peu familier au droit pénal.

Une dernière voie pourrait consister à modifier en substance les infractions de discrimination pour en faciliter l'établissement.

§3. « Matérialiser » ou contraventionnaliser les délits de discrimination

Si aucune des deux voies procédurales envisagées sur le terrain probatoire n'est privilégiée pour faciliter la démonstration des délits de discrimination, deux autres méthodes touchant à la substance même des infractions pourraient permettre de parvenir à un résultat équivalent. La première consisterait à considérer ces infractions comme des délits matériels (A), la seconde à les contraventionnaliser (B).

A. Le recours à la catégorie des délits matériels

Les « *délits matériels* », expression doctrinale pour désigner une catégorie prétorienne, sont des délits susceptibles d'être constitués sans considération pour l'état d'esprit de leur auteur. La commission matérielle des faits incriminés suffit à elle seule à caractériser l'infraction, comme

¹ Voir not. Cons. const., *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière*, n°99-41 DC, décision du 16 juin 1999, JO, 19 juin 1999, p. 9018, cons. 5.

² Pour une illustration récente, voir Cass. crim., arrêt du 8 mars 2016, n°16-80.431, inédit.

dans la plupart des contraventions¹, ce qui revient à les réprimer sur la base d'une approche purement objective de l'intention. Cette technique particulière était employée à l'envi par la jurisprudence sous l'ancien Code pénal dans des matières extérieures au code pour lesquelles le poids des réglementations rendait trop complexe la preuve de l'élément moral. En « matérialisant » certains délits commis dans des domaines tels que l'environnement, l'urbanisme ou le travail, les tribunaux répressifs se facilitaient la tâche en considérant la culpabilité du prévenu établie par la seule constatation de la commission des faits².

Avec l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994, la catégorie des délits matériels semblait vouée à disparaître du fait de la consécration d'un principe général posé à l'article 121-3, alinéa 1^{er}, du Code pénal, selon lequel « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Ce principe impose en effet au juge pénal de rechercher l'intention du prévenu dans tous les délits, sauf les cas où la loi prévoit expressément que la culpabilité sera subordonnée à la preuve d'une faute non intentionnelle³. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de manifester son attachement à ce principe depuis⁴. La jurisprudence a néanmoins continué à privilégier une conception matérielle de certains délits dans les domaines où elle recourait auparavant à cette technique.

Selon une formule récurrente, elle estime que « *la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable* »⁵. Sans doute peut-on déceler dans ces motifs la présence de l'élément intentionnel du délit car la violation de la prescription édictée l'a bien été « *en connaissance de cause* »⁶. Il n'en demeure pas moins que celle-ci est alors réduite à sa plus petite expression – un dol (très) général suffisant à présumer l'intention coupable⁷ –, ce qui rend la condamnation de l'auteur des faits plus que probable à partir du moment où l'élément matériel du délit est établi.

Partant, le ralliement des délits de discriminations à la catégorie des délits matériels ne ferait que s'inscrire dans le prolongement d'une jurisprudence maintenue dans des domaines où la

¹ F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 16^e éd., 2009, n°469.

² Y. Mayaud, *Droit pénal général*, Paris, PUF, 3^e éd., 2010, n°233.

³ Art. 121-3, al. 2 à 4 du Code pénal. Tel est par exemple le cas des délits d'homicide ou de blessures involontaires.

⁴ Cons. const., décision, 16 juin 1999, préc., cons. 16 : « *il résulte de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, s'agissant des crimes et délits, que la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés ; qu'en conséquence, et conformément aux dispositions combinées de l'article 9 précité et du principe de légalité des délits et des peines affirmé par l'article 8 de la même Déclaration, la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci* ».

⁵ Pour des exemples variés, voir Cass. crim., arrêt du 17 juin 2008, n°07-87.518, *Bull. crim.* n°155 (à propos du délit de travail dissimulé) ; Cass. crim., arrêt du 2 février 2016, n°14-87.769, inédit (délit d'exercice illégal de la profession de pharmacien) ; Cass. crim., arrêt du 22 mars 2016, n°15-84.949, Publié au bulletin (délit d'exécution, sans autorisation, de travaux nuisibles au débit des eaux ou au milieu aquatique).

⁶ En ce sens, Y. Mayaud, *op. cit.*, n°233.

⁷ Voir le rapport de P. Chaumont sur le droit pénal de l'environnement, in AHJUCAF, *Actes de la réunion constitutive du comité sur l'environnement*, Porto-Novo, 2008, URL : [<http://www.ahjucaf.org/-Reunion-constitutive-.html>].

répression est rendue plus délicate qu'ailleurs ou, si l'on s'autorise à voir les choses autrement, vis-à-vis desquels les tribunaux souhaitent afficher une volonté répressive marquée compte tenu du type d'activités concernées et de la qualité des protagonistes en cause (il s'agit le plus souvent de professionnels). Transposer cette technique aux délits de discrimination permettrait de favoriser encore plus nettement la répression de ces agissements puisque l'élément moral deviendrait sinon indifférent, du moins établi à l'aune de la seule constatation matérielle d'une différence de traitement fondée sur des motifs prohibés.

Outre le fait qu'elle conduirait à s'en remettre à une initiative de la jurisprudence dans une matière où seule la loi est habilitée à intervenir en vertu du principe de légalité des délits et des peines¹, cette voie présenterait toutefois l'inconvénient de pérenniser une catégorie devenue anachronique – en raison du décalage qu'elle accuse avec le principe posé à l'article 121-3 du Code pénal – et d'autant plus difficile à concilier avec le principe de la présomption d'innocence. Les délits matériels ne laissent en effet guère de place à la possibilité pour le prévenu de rapporter la preuve contraire de l'intention coupable.

Au lieu de transformer les comportements discriminatoires en délits matériels ou « contraventionnels », comme la doctrine les qualifie parfois, l'on pourrait donc opter pour une voie plus radicale encore, consistant à les contraventionnaliser purement et simplement.

B. Le recours à la contraventionnalisation

Contraventionnaliser les délits de discrimination pourrait s'offrir en dernier lieu comme une alternative alliant efficacité répressive et respect des principes fondamentaux applicables en matière pénale. Cette voie consisterait pour le législateur à « déclasser » les infractions en présence en les faisant passer de la catégorie des délits à celle des contraventions. Le changement opéré serait double sur le plan substantiel : d'un côté les peines encourues ne seraient plus les mêmes, compte tenu de l'exclusion de toute peine privative de liberté en matière contraventionnelle, de l'autre l'élément moral deviendrait inutile car la faute contraventionnelle se confond avec la constatation matérielle du fait réprimé².

C'est dans ce second effet que résiderait l'intérêt principal de contraventionnaliser les faits de discrimination, car le premier traduirait incontestablement un recul du droit pénal. Il n'y aurait certes pas sortie du droit pénal car le basculement de la catégorie des délits à celle des contraventions reviendrait à dépénaliser sans pour autant décriminaliser les comportements

¹ Sauf pour le législateur à instituer lui-même une exception au principe du caractère intentionnel des délits et à la nécessité de le prouver, ce qui semble à la fois peu probable et souhaitable.

² F. Desportes et F. Le Gunehec, *op. cit.*, n°499 : « elle consiste en la simple inobservation d'une prescription légale ou réglementaire, qui ne suppose ni intention de violer la loi pénale, ni même imprudence ou négligence ».

visés¹. Un tel recul aurait néanmoins toutes les chances d'être perçu comme une « aubaine » par les auteurs de discriminations et comme un renoncement par les victimes de pratiques discriminatoires. En ce sens, l'on peut penser que la contraventionnalisation serait un mauvais signal envoyé aux parties en présence. Mais quelle valeur accorder à un droit pénal inefficace² ? L'essentiel nous semble moins résider dans la force symbolique tirée de la gravité apparente des comportements discriminatoires que dans la sanction effective de ces agissements³. En dehors de la sévérité des peines encourues – mais faut-il rappeler que le prononcé de peines d'emprisonnement fermes est rarissime en matière de discriminations ? –, une telle piste offrirait les mêmes avantages que le recours à la catégorie des délits matériels sans présenter les inconvénients de cette proposition. Voilà pourquoi la contraventionnalisation peut constituer une piste opportune.

Loin d'être abandonnée, la voie répressive serait par là même réactivée au moyen d'une modification substantielle des incriminations qui permettrait de faciliter la sanction des pratiques discriminatoires sans pour autant rendre celle-ci négligeable si l'on range les discriminations dans la catégorie des contraventions les plus graves. L'amende encourue pour les contraventions de la cinquième classe est en effet de 1500 euros (montant multiplié par cinq à l'égard des personnes morales⁴), montant qui peut être porté à 3 000 euros en cas de récidive lorsqu'un décret le prévoit – pour rappel, les contraventions sont déterminées par voie réglementaire –, hors les cas où la loi prévoit que la récidive de la contravention constitue un délit⁵.

Au terme de cette plongée dans les rouages procéduraux et substantiels du droit pénal, l'on constate que de multiples voies s'offrent pour rendre plus effective la lutte contre les discriminations et surmonter, en particulier, le nœud gordien de la question probatoire. Ces remèdes ne se valent évidemment pas tous – le premier nous semble en définitive être le plus équilibré en termes d'efficacité répressive et de respect des garanties procédurales –, mais ils peuvent constituer des pistes fécondes pour réactiver la voie répressive. Tel est du moins le

¹ Sur la différence de nature entre dépenalisation et décriminalisation, voir M. Van de Kerchove, *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, p. 311 et s.

² Sur ce point, voir également M. Van de Kerchove, « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques », *J.T.*, 1985, pp. 329-334.

³ Comp. D. Caccamisi, « Quand “faire ce qui est juste soit plus fort” conduit à paralyser la lutte contre la discrimination raciale... Vers une dépenalisation partielle de la discrimination raciale ? », in Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, al. (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis/Bruylant, 2007, p. 457.

⁴ Art. 131-41 du Code pénal.

⁵ Art. 131-13, 5° du Code pénal.

souhait que l'on peut formuler pour éviter que le droit pénal ne soit écarté – de fait ou en droit¹ – plus longtemps de l'indispensable lutte contre les discriminations.

¹ Comp. la dépénalisation partielle des discriminations raciales au profit de mesures civiles opérée par la réforme globale de l'arsenal législatif fédéral belge de lutte contre les discriminations en 2007 (sur ce point, voir D. Caccamisi, *op. cit.*, p. 427 et s., et les lois du 10 mai 2007 publiées au *Moniteur belge*, 30 mai 2007, p. 29016 et s.).

L'action du ministère public dans la lutte contre les discriminations. Étude comparée France-Espagne

Clara Hervás Hermida

Docteur en Droit, A.T.E.R., Université Paris Ouest Nanterre La Défense

« *La mission du ministère public est de veiller au respect de l'ordre public, à la défense de l'ordre social et à la bonne application de la loi* »¹. La lutte contre les discriminations est devenue un objectif prioritaire en Europe² et dans les pays européens, dont la France. La discrimination en tant que phénomène social transversal requiert une action conjointe et coordonnée. Une mention toute particulière mérite alors l'action du ministère public car il a reçu la mission de garantir le respect de la légalité.

Du point de vue juridique la discrimination est concrétisée en tant que notion autonome face à celle d'égalité, grâce à l'introduction d'une pluralité de normes profuse et hétérogène³, d'origine essentiellement internationale et européenne. La discrimination génère une différence de traitement qui n'est pas légitime. Discriminer signifie distinguer. Or, ce n'est pas toute discrimination en tant que distinction qui est prohibée par le droit, mais seulement celles qui entraînent une différence de traitement fondée sur un motif prohibé, car jugé illicite. En ce sens elle peut être directe et présuppose alors une certaine volonté de discriminer de la part de son auteur. Elle peut également être indirecte lorsque les personnes se retrouvent dans une situation de net désavantage malgré l'absence apparente d'un traitement différentiel⁴ : « *l'application uniforme d'un même régime juridique peut produire des effets discriminatoires, en ce qu'elle aboutit soit à entériner des inégalités de fait, soit à placer certains individus, en raison de leur*

*Nota bene de l'auteur : les références des textes normatifs et des décisions de justice espagnols sont faits suivant la méthode suivie en Espagne.

¹ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2012, p. 392.

² Voir art. 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que le Protocole n°12. Le principe de non-discrimination a été très tôt consacré par la jurisprudence européenne: voir CJCE, 17 juillet 1963, Italie c/ Commission, aff. 13/63.

³ Sur la notion de discrimination voir D. Lochak « La notion de discrimination » in *Confluences Méditerranée*, 2003-2004, p.13-23, consultable en ligne URL : [http://www.revues-plurielles.org/_uploads/pdf/9_48_2.pdf].

⁴ Voir art. 2, directive n°2000-43 du 29 juin 2000 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 sans distinction de race ou d'origine ethnique (aussi connue en tant que directive RACE) « *se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes* ».

appartenance à un groupe minoritaire, dans l'impossibilité d'exercer effectivement des droits théoriquement reconnus à tous »¹.

La lutte contre les discriminations se matérialise par des mesures de nature diverse : politiques, de sensibilisation, et de prévention², notamment lorsqu'il s'agit d'éradiquer certaines discriminations dites systémiques ; mais également juridiques. L'action du ministère public s'avère dans ce domaine, essentielle.

L'étude est centrée sur son action en France et en Espagne. L'utilisation de la méthode comparative a paru opportune car la comparaison permet une « *meilleure connaissance et amélioration du droit national* »³. Avoir choisi l'action du ministère public espagnol a semblé pertinent pour deux raisons : non seulement les deux systèmes ont attribué au ministère public la mission de garantir le respect de la loi. Les deux systèmes ont créé une sorte de service spécialisé pour mieux lutter contre les discriminations.

D'abord, la fonction principale du ministère public est identique dans les deux pays : il est chargé de veiller à la bonne application de la loi, et au respect de la légalité et de l'intérêt général⁴. Cependant l'organisation du ministère public est différente. En Espagne, le *Ministerio Fiscal* est une institution prévue par la Constitution et intégrée dans le Pouvoir judiciaire⁵. Son action est soumise au principe de légalité et d'impartialité⁶. Les membres du ministère public – les *fiscales* et les *abogados-fiscales*⁷ – n'ont pas qualité de magistrat, mais ils jouissent d'un statut assimilé⁸. Cette institution bénéficie de personnalité juridique propre⁹ et est fortement organisée¹⁰. Au sommet de sa hiérarchie il y a le *Fiscal General del Estado* – sorte de procureur général pour tout le territoire de l'Etat – qui représente l'institution et qui a autorité à l'égard de tous les membres appartenant à ce corps¹¹.

¹ *Ibid.*, p.22.

² Voir en ce sens le Programme européen pour l'emploi et la solidarité (2007-2013).

³ M. Fromont, *Grands systèmes de droit étrangers*, Paris, Memento Dalloz, 6^{ème} éd., 2009, p. 3.

⁴ Voir art. 124 Constitution espagnole (dorénavant CE/78), publiée dans le BOE (*Boletín Oficial del Estado*, équivalent au Journal Officiel) n°311, de 29 de diciembre de 1978, pages 29313 à 29424 (112 págs.) ; ainsi que l'art. 31 du Code de procédure pénale français.

⁵ V. Art. 124 CE/78 *infra* note n°1 de l'article, et *Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (EOMF) : loi régissant le statut organique du Ministère public espagnol du 30 décembre 1981.

⁶ Voir art. 6 et 7 de l'EOMF.

⁷ Sur les différentes catégories des membres du parquet espagnol, voir art. 34 de l'EOMF.

⁸ Voir art. 33 de l'EOMF.

⁹ Voir art. 2 de l'EOMF.

¹⁰ Voir, URL : https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/el_ministerio_fiscal/.

¹¹ Voir l'art. 124 CE/78 : «1. *El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del*

En France, la Constitution évoque les magistrats du parquet aux articles 64 et 65 relatifs au Conseil Supérieur de la Magistrature. En revanche, il n'y a pas de norme spécifique contenant le statut des magistrats du parquet ni son organisation. En tant que magistrats, ils sont donc soumis à l'Ordonnance n°58-1270 du 22 décembre de 1958 portant sur le statut des magistrats. Plus concrètement, l'article 5 de la norme précitée précise qu'ils sont organisés hiérarchiquement et sont soumis au Garde des Sceaux¹. Ensuite, d'autres normes contenues dans plusieurs codes, comme le Code de l'organisation judiciaire et les Codes de procédure – civile et pénale – permettent de mieux comprendre sa mission et son organisation. De ces normes il découle que les membres du ministère public sont des magistrats soumis au principe d'impartialité et d'indépendance mais ils ne sont pas inamovibles². Parmi ces membres, il convient de distinguer les procureurs de la République, au premier degré des juridictions, et les procureurs généraux devant les cours d'appels³. La Cour de cassation a son propre parquet – ses membres sont des avocats généraux – mais sans aucun pouvoir à l'égard des parquets inférieurs. Au sommet il n'y a aucun procureur général ayant compétence dans tout le territoire de l'Etat comme en Espagne⁴, mais autant de procureurs généraux que de cours d'appel⁵. Ce

interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. *El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.*

3. *La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.*

4. *El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.* » Traduction officielle de l'art. 124 : « 1. Le ministère public, sans préjudice des fonctions confiées à d'autres organes, a pour mission de promouvoir l'action de la justice en défense de la légalité, des droits des citoyens et de l'intérêt public protégé par la loi, d'office ou à la demande des intéressés, de veiller à l'indépendance des tribunaux et d'obtenir devant ceux-ci la satisfaction de l'intérêt social. 2. Le ministère public exerce ses fonctions par l'intermédiaire de ses propres organes conformément aux principes de l'unité d'action et de la dépendance hiérarchique et, dans tous les cas, à ceux de la légalité et de l'impartialité. 3. La loi définira le statut organique du ministère public.

4. *Le Procureur général de l'Etat sera nommé par le Roi, sur proposition du Gouvernement, et après consultation du Conseil général du pouvoir judiciaire* ». Le Ministère public a un site internet, URL : [<https://www.fiscal.es>] ; voir aussi art. 13 et 29 de l'EOMF.

¹ Voir art. 31 du Code de procédure pénale : « *Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu* ».

² Le statut des magistrats du parquet est très controversé, notamment depuis les arrêts de la CEDH du 23 novembre 2010, *Moulin c/ France*, n°37104/06. Des voix demandent un statut pleinement détaché du ministre de la justice, voir Rapport sur les juridictions du XXI^e siècle, rendu par le groupe de travail présidé par Didier Marshall à la Garde des Sceaux, Mme C. Taubira, en décembre 2013. [http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_Marshall_2013.pdf] (dorénavant Rapport Marshall 2013). Si l'ancienne ministre de la justice Mme Christine Taubira avait modifié les rapports entre gouvernement et parquet avec la loi n°2013-669 du 25 juillet 2013, des nouvelles réformes sont préconisées, notamment celle du Conseil Supérieur de la Magistrature actuellement en cours et adoptée par l'assemblée le 26 avril 2016, voir URL : [<http://www.justice.gouv.fr/le-garde-des-sceaux-10016/la-reforme-du-conseil-superieur-de-la-magistrature-csm-28868.html>].

³ Voir art. L-212-6 et R-212-15 et s., ainsi que L-312-7 et R-312-14 du Code de l'organisation judiciaire (dorénavant COJ).

⁴ Des réformes iraient toutefois dans ce sens, v. proposition de loi constitutionnelle n°664 déposée par Jean-Pierre Grand le 19 août 2015, URL : [<http://www.senat.fr/leg/pp14-664.pdf>].

⁵ Par ailleurs, ces procureurs généraux ont le pouvoir d'enjoindre les magistrats du parquet hiérarchiquement inférieurs, voir art. 36 du Code de procédure pénale : « *Le procureur général peut enjoindre aux procureurs de la République, par*

sont eux qui font le relais avec le Garde des Sceaux, tous les magistrats du parquet étant néanmoins soumis hiérarchiquement à ce dernier. Malgré ces différences, leur finalité commune, celle de faire respecter la légalité, justifie pleinement la comparaison.

Ensuite, les deux systèmes juridiques ont créé, avec plus ou moins de succès, un service spécialisé en vue d'améliorer et rendre plus efficace la lutte contre les discriminations. En France, l'action du ministère public dans la lutte contre les discriminations est encouragée depuis les années 2000¹, mais la création des magistrats spécialisés n'a eu lieu qu'en 2007. Il s'agit des pôles anti-discriminations, et des magistrats du parquet référents. En Espagne, la création du service est plus récente. Il s'agit du service délégué spécialisé de « *tutela de la igualdad y contra la discriminación* », c'est-à-dire garant de l'égalité et de lutte contre les discriminations.

Partant, il convient à nouveau de signaler que la manière de concevoir les attributions et l'organisation de ce service n'est pas identique dans les deux pays. Cependant, les différences les plus marquantes sont intrinsèques au statut et à l'organisation du ministère public en tant qu'institution et à la manière dans laquelle ce service a été par la suite conçu et intégré dans les services du parquet. Par exemple, en France l'initiative de la création du service est l'aboutissement d'une politique pénale mise en œuvre et ordonnée par le Garde des Sceaux², c'est-à-dire dans une logique hiérarchique verticale descendante³. En effet, c'est une dépêche de 2007 de Mme Rachida Dati, à l'époque Garde des Sceaux, et non publiée au bulletin, qui a créé les pôles anti-discriminations⁴. Ces pôles, qui n'ont pas eu le succès escompté, ont été ensuite relancés par Mme Christiane Taubira en janvier 2013⁵. Selon le site stop-discrimination⁶, il y aurait en France 170 magistrats référents dans ce domaine⁷.

En Espagne, au contraire, le mouvement est venu de la base, c'est-à-dire, des magistrats du parquet⁸. En effet, la création du service est assez originale et résulte d'un décret édicté par le

instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le procureur général juge opportunes ».

¹ Circulaire du 2 mai 2000 relative à l'accès à la citoyenneté et la lutte contre les discriminations, JORF, n°113 du 16 mai 2000.

² Programme gouvernementale d'action contre le racisme et l'antisémitisme, URL : [\[http://www.gouvernement.fr/\]](http://www.gouvernement.fr/) ; Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme et l'antisémitisme : URL [\[http://www.gouvernement.fr/dilcra\]](http://www.gouvernement.fr/dilcra).

³ URL : [\[http://www.justice.gouv.fr/\]](http://www.justice.gouv.fr/). Ces pôles existaient déjà en 2007, mais ils n'ont pas eu le succès espéré.

⁴ Dépêche du 11 juillet 2007, de la Garde des Sceaux, Rachida Dati, voir URL : <http://www.textes.justice.gouv.fr/>, non publié dans le bulletin, mais apparaissant dans la guide méthodologique.

⁵ Voir [\[http://www.justice.gouv.fr/\]](http://www.justice.gouv.fr/), ainsi que la lettre adressée au Président de la République du 10 juillet 2013, URL : [\[http://www.justice.gouv.fr/\]](http://www.justice.gouv.fr/).

⁶ URL : [\[http://stop-discrimination.gouv.fr/\]](http://stop-discrimination.gouv.fr/)

⁷ Malheureusement ce site ne précise pas les noms ni les adresses des juridictions de ces magistrats référents.

⁸ Sur la création du service, voir M. A. Aguilar Garcia (dir.) *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de los delitos de odio y discriminación*, Barcelona, Centre d'estudis jurídics i formacio especialitzada, 2015, spéc. p.351 et s.

Fiscal General del Estado le 10 octobre 2011¹ venant entériner une pratique déjà répandue dans certains services provinciaux à l'initiative de quelques magistrats du parquet très sensibilisés dans la lutte contre les discriminations, notamment celui de Barcelone.² C'est d'ailleurs dans cette province que le premier service spécialisé en matière de discriminations a été créé en 2009³. L'expérience s'est avérée si positive qu'il a été par la suite étendu à tout le territoire du pays par un décret du ministère public⁴. Selon cette instruction, chaque *Fiscal Jefe provincial* doit désigner au moins un *fiscal*⁵ en matière de discrimination. Aujourd'hui il y a environ cinquante *fiscales* spécialisés dans ce domaine répartis dans tout le territoire espagnol. Dans trente-et-un *fiscalías* – services du parquet – il est aussi le spécialiste en matière d'infractions commises avec les nouvelles technologies (TICs). Au sommet, les services territoriaux sont coordonnés par un *Fiscal General delegado de tutela de la igualdad y contra la discriminación*⁶, placé sous le *Fiscal General del Estado* et nommé pour organiser l'ensemble du service dans tout le territoire de l'Etat. Ce magistrat, dont le rôle essentiel est d'assurer une fonction de coordination entre tous les services, n'existe pas en France.

Du reste, le service spécialisé en matière de discrimination demeure quant à sa finalité et le mode d'y parvenir, de manière globale, assez proche dans les deux pays. Néanmoins, l'expérience espagnole semble mieux appréciée. Elle pourrait être utile pour éclairer l'action du ministère public français.

¹ Voir art. 22 de l'EOMF.

² Le *fiscal* spécialiste à Barcelone est M. Miguel Angel Aguilar, avec qui nous avons eu un entretien téléphonique le 26 août 2015.

³ Un service « officieux » – *fiscal interlocutor contra la homofobia* – avait été créé en 2007 par la *Fiscalía* du *Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*, pour mieux gérer les affaires relatives à la discrimination pour homophobie. L'expérience fut positive ce qui entraîna l'officialisation et la création du service par l'*Instrucción 1/2009 du fiscal provincial de Barcelona*. L'expérience fut ensuite étendue à d'autres provinces, comme Madrid et Séville. Sinon, les instructions sont des normes à valeur *infra* législative, émises par le ministère public dans le but d'organiser son service. Elles sont publiées dans le journal officiel de l'Etat ou de la communauté autonome, ou bien sur le site du ministère public www.fiscal.es).

⁴ L'adoption du décret est en outre liée au projet de loi intégrale pour l'égalité de traitement et non-discrimination, qui pour des motifs électoraux n'a pas vu jour. Il y a eu une prise de conscience du besoin d'un traitement coordonné, systématisé, et cohérent de ces affaires. Le *Fiscal General del Estado* (FGE) – procureur au sommet de la hiérarchie dans l'organisation du MP espagnol –, conscient du manque de réponse adaptée aux problèmes de discrimination, a décidé de prendre l'initiative d'adopter ce décret en attendant une consécration légale. En outre, la création de ce service s'inscrit dans une politique spécifique de sensibilisation et de lutte contre les discriminations et contre les délits de discours de la haine « *hate crimes* ». C'est pourquoi la plupart des procureurs spécialisés font partie des services spécialisés en cybercriminalité. En effet, aujourd'hui le service de lutte contre les discriminations a été attribué au service chargé de la coordination de la lutte contre la criminalité informatique.

⁵ Les termes pour désigner les membres et le service du parquet sont conservés en espagnol tout le long de l'étude pour mieux les distinguer des services français. De même, quelques termes ont été conservés en castillan car leur traduction s'avère difficile.

⁶ C'est-à-dire, garant de l'égalité et contre la discrimination. Actuellement, ce poste est assuré par M. Alfonso Aya Onsalo, qui a eu la gentillesse de nous recevoir dans son bureau à Madrid le 23 juillet 2015.

De l'analyse des deux services il découle que l'action du ministère public semble avant tout circonscrite et prévue en matière pénale. Pourtant, les principes qui gouvernent le droit et la procédure pénaux ne conviennent toujours pas. Le principe de la présomption d'innocence rend difficile l'aménagement de la charge de la preuve, or les infractions à caractère discriminatoire exigent la preuve de l'intention de discriminer fondée sur des motifs prohibés. Par ailleurs, le droit pénal devrait être le dernier recours. Une pénalisation excessive ne convient pas toujours. Quelques acteurs travaillant dans ce domaine, tels que le Défenseur des droits, voudraient privilégier les voies civiles et administratives¹. Il se pose donc la question de savoir si ce service ne pourrait pas agir en dehors du champ répressif. L'action du ministère public dans la lutte contre les discriminations semble assumée en matière pénale (Section 1) mais elle n'est pas encore bien identifiée en dehors de ce domaine (Section 2).

Section 1. Une action assumée en matière pénale

« *La politique pénale n'est qu'une simple stratégie de poursuite* »² et le ministère public semble bien placé pour comprendre les difficultés et les enjeux existants dans la lutte contre les discriminations. Privilégier l'action du ministère public en matière pénale semble alors aller de soi. En effet, le ministère public joue un rôle essentiel dans la procédure répressive en tant que titulaire de l'action publique et en tant qu'agent de la mise en œuvre de la politique pénale³.

En France, il détient le monopole de l'action publique⁴ et son exercice est soumis au principe d'opportunité de poursuites⁵. En outre, en vertu de l'article 39-1 al. 2 du Code de procédure pénale, « [...] *le procureur de la République met en œuvre la politique pénale définie par les instructions générales du ministre de la justice, précisées et, le cas échéant, adaptées par le procureur général* ».

En Espagne, le ministère public est également chargé de mettre en œuvre l'action pénale⁶, mais à la différence du ministère public français, il ne détient pas le monopole, car le droit espagnol

¹ Défenseur des Droits, rapport, 2015, p. 27.

² C. Bruschi (dir.) *Parquet et politique pénale depuis le XIXe siècle*, Paris, Droit et Justice, PUF, 2002, p. 19.

³ *Ibid.*, sur la notion de politique pénale, spéc. p. 11 et s.

⁴ Voir art. 1^{er} et 30 du Code de procédure pénale : « *Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu* ». Il faut tout de même rappeler que la victime peut aussi déclencher l'action publique en exerçant son action civile devant les juridictions pénales, voir art. 1^{er} al. 2 du Code de procédure pénale.

⁵ Voir art. 40-1 Code de procédure pénale.

⁶ Voir art. 124 CE/78 cité en note n°1 de l'article. Voir aussi l'art. 105 *Ley de enjuiciamiento criminal* (loi équivalente au Code de procédure pénale espagnol – LECrim – publiée par *Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, modifiée à plusieurs reprises depuis. Pour une version du texte en vigueur tenant compte des modifications v. *boe.es*) : « 1. *Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de*

connaît aussi l'action populaire¹. Par ailleurs, l'action du ministère public espagnol est soumise principalement au principe de légalité. La poursuite de certaines infractions, les « *delitos leves* » – la catégorie d'infractions les moins graves –, est soumise au principe d'opportunité depuis la réforme du Code pénal opérée en mars 2015. L'application de ce principe reste très strictement encadrée par la loi². Le ministère public joue également un rôle essentiel dans la concrétisation de la politique pénale, mais le rapport existant avec le gouvernement et les autres pouvoirs publics – notamment des communautés autonomes – n'est pas hiérarchique comme en France. Le pouvoir exécutif, législatif de l'État central ou des communautés autonomes peuvent lui enjoindre d'agir en cas d'atteinte à l'intérêt public, mais il demeure toujours libre de ne pas le faire³. L'action du ministère public découle surtout de la loi, il faut donc que la politique pénale soit consacrée par une norme quelconque pour que le ministère public puisse agir. En revanche, le ministère public, en tant qu'organisme indivisible et hiérarchiquement organisé, peut édicter des normes en vue d'organiser le service et d'orienter l'action pénale⁴.

Par son action, le ministère public apparaît donc comme le garant de la légalité et cherche avant tout à sanctionner tout comportement illicite puni pénalement. Le phénomène de la discrimination est interdit et sanctionné dans les deux systèmes juridiques. En ce sens, la lutte contre les discriminations est érigée en tant que politique pénale à mettre en œuvre⁵. Il n'est dès lors pas étonnant que son intervention dans la lutte des discriminations soit naturellement à sa charge au moment d'exercer l'action pénale mais également encouragée dans toute autre action qui favoriserait la mise en œuvre de la politique pénale. La création du service spécialisé tend à assurer une réponse pénale efficace dans ce domaine.

ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada.

2. *En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquella fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida.*

La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención ». Nous traduisons : « 1. Les membres du ministère public ont l'obligation d'exercer l'action pénale découlant des infractions prévues par la loi et selon la procédure légalement établie, ce même lorsque la victime n'a pas exercé son droit d'accusation, sauf dans les cas où le Code pénal subordonne la poursuite des infractions à la constitution de partie civile. 2. S'agissant des infractions dont la poursuite est subordonnée à l'initiative de la victime, le Ministère public pourra également dénoncer les faits lorsque la victime sera mineure, ou majeure soumise à un régime de protection. L'absence de dépôt de plainte de la victime n'empêchera pas la prise de mesures de prévention ».

¹ Voir art. 125 CE/78, art. 19.1 LOPJ et art. 101 LECrim.

² Sur la mise en œuvre du principe, les infractions concernées et les choix possibles ouverts au parquet, voir *Circular du Fiscal General del Estado 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*, URL : [https://www.fiscal.es/fiscal/].

³ Voir art. 8 à 11 de l'EOMF, régissant les rapports entre le ministère public et les pouvoirs publics, et précisant la procédure à suivre dans ces situations.

⁴ Voir art. 22 de l'EOMF.

⁵ Plusieurs circulaires en attestent, voir 2^e note de l'article.

Cette réponse se concrétise de deux manières : dans un cadre procédural avec l'exercice de l'action pénale (§2), mais également au-delà de ce cadre (§1).

§1. L'action des services spécialisés au-delà du cadre procédural pénal

Ces services spécialisés en matière de discriminations du ministère public apparaissent d'emblée comme étant une sorte d'interlocuteurs au service d'une politique pénale. Cette fonction est assurée en dehors de toute action juridictionnelle auprès des différents acteurs, organismes et autres partenaires sociaux – publics et privés – intervenant dans la lutte contre les discriminations. Le ministère public spécialisé peut ainsi prendre conscience des difficultés apparaissant dans la lutte contre les discriminations et participer à la rendre effective. La mission attribuée au service spécialisé du ministère public est à la fois d'information (A) et de coopération (B).

A. Une mission d'information

La notion de discrimination est une notion relativement nouvelle¹. Les normes prohibant et sanctionnant les discriminations sont profuses et éparses². Leur mise en œuvre est par ailleurs souvent difficile pour des raisons probatoires. Les services spécialisés du ministère public ont pour mission première, en raison de leur spécialisation, une mission d'assistance. Les *fiscales delegados* ainsi que les magistrats – référents sont alors une sorte d'interlocuteurs d'exception permettant de rendre plus visibles les normes interdisant les différents motifs de discrimination. Leur rôle est de soutenir et d'appuyer l'action dans ce domaine, en apportant des éclaircissements sur les normes existantes et sur les moyens de prouver ces infractions : ils ont une fonction de magistrat-ressource. En outre, en tant que magistrats spécialisés ils veillent à ce que toute affaire portant sur cette question soit portée à leur connaissance, pour ensuite rendre compte de la bonne application de la politique pénale.

¹ Voir *supra* 1^e note de l'article

² Voir *in* ce rapport la contribution de C. Fercot et M. Pichard, « La lutte contre les discriminations dans le discours législatif. Étude légistique ».

Magistrat-ressource. Le ministère public spécialisé en matière de discrimination apparaît de prime abord comme une sorte de magistrat-ressource. Il reçoit, centralise et relaye toute information utile – normative, données, rapports, etc. – en matière de discrimination. Cette information peut être sollicitée par les autres magistrats du parquet en charge des affaires portant sur la discrimination, mais il peut également être amené à intervenir en dehors de la juridiction, dans des campagnes de sensibilisation et/ou de formation.

En France, la fonction essentielle confiée aux magistrats-référents en matière de discrimination est celle d’informer et d’assister les autres magistrats du parquet dans l’exercice de l’action publique ayant pour but la poursuite des infractions à caractère discriminatoire. Cette mission de sensibilisation est moins évidente en dehors du travail d’information réalisée au sein de la juridiction, quoique prévue dans les circulaires¹, et reste relativement exceptionnelle, selon les dires des magistrats référents interviewés².

En Espagne, la mission d’information est conçue de manière plus large : le *fiscal* spécialisé peut être amené à intervenir pour assurer des séances de formation et de sensibilisation auprès des magistrats du siège, des forces de sécurité, avocats, agents de sécurité privée, des associations, etc.³ En tout cas, dans les deux systèmes, les parquets spécialisés exercent en plus de ce travail de transmission d’information une fonction de recueil et de traitement d’informations.

Rapport d’information. Dans les deux pays, les magistrats spécialisés ont reçu également la tâche de rapporter et de signaler toute affaire portant sur ce domaine. Pour ce faire, ils doivent tenir un suivi et un registre des affaires portant sur la discrimination. Ils doivent également assurer un contrôle statistique, suivant les préconisations des recommandations des différents organismes internationaux travaillant sur cette question⁴. Ces données permettent d’évaluer l’activité du service ainsi que de vérifier si les buts fixés ont été atteints.

Or le système de recensement d’information n’est pas toujours identique, notamment en Espagne, où chaque service l’a organisé à sa manière, de sorte que le mode de traitement des

¹ Circulaire du Ministère de la Justice du 23 juillet 2013 portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l’orientation sexuelle ou de l’identité de genre, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice (BOMJ) n°2013-08 du 30 août 2013.

² Compte rendu d’entretien EN7 dans lequel la personne interrogée affirme que les missions de sensibilisation ont parfois lieu auprès des écoles.

³ Par exemple, l’association espagnole *Movimiento contra la intolerancia*.

⁴ Rapport annuel de l’Agence des droits fondamentaux de l’Union Européenne (FRA) 2013, p. 175, URL : [\[http://fra.europa.eu/fr/publications-and-resources\]](http://fra.europa.eu/fr/publications-and-resources).

données reste assez rudimentaire et nettement améliorable. Le but à court terme est d'harmoniser le recueil de données¹.

Ces données sont contenues dans le rapport général annuel de politique pénale, s'agissant de la France² ; et dans les différents « *memorias* »³ annuels du *Ministerio Fiscal* au niveau étatique, ainsi que dans ceux de chaque province, s'agissant de l'Espagne⁴. Il convient de souligner que ce rapport est rendu public en Espagne⁵ mais il ne l'est pas en France. L'information contenue dans le rapport ne s'adresse donc qu'au seul ministre de la justice⁶.

Cette mission d'information est très liée à celle de coopération que le ministère public exerce dans le cadre de la lutte contre les discriminations.

B. Une mission de coopération

La lutte contre les discriminations nécessite une réponse cohérente et coordonnée. La coopération entre les différents acteurs de la vie sociale est essentielle. Le ministère public est tenu de coopérer et de collaborer avec les partenaires de la vie sociale et politique, publics ou privés, menant des actions de lutte contre les discriminations. Cette participation a toujours été

¹ Voir *Memoria anual de la Fiscalía General del Estado-2015*, spéc. p. 642.

² Art. 35 al. 3, du Code de procédure pénale : « Outre les rapports particuliers qu'il établit soit d'initiative, soit sur demande du ministre de la justice, le procureur général adresse à ce dernier un rapport annuel de politique pénale sur l'application de la loi et des instructions générales ainsi qu'un rapport annuel sur l'activité et la gestion des parquets de son ressort. ». Voir aussi l'art. 39-1 du Code de procédure pénale.

³ Nous traduisons : « rapport, état des lieux ».

⁴ Voir art. 9 EOMF : « 1. El Fiscal General del Estado elevará al Gobierno una memoria anual sobre su actividad, la evolución de la criminalidad, la prevención del delito y las reformas convenientes para una mayor eficacia de la Justicia. En ella se recogerán las observaciones de las memorias que, a su vez, habrán de elevarle los fiscales de los distintos órganos, en la forma y tiempo que reglamentariamente se establezca. De esta memoria se remitirá copia a las Cortes Generales y al Consejo General del Poder Judicial. En todo caso, la citada memoria será presentada por el Fiscal General del Estado a las Cortes Generales en el periodo ordinario de sesiones más próximo a su presentación pública. 2. El Fiscal General del Estado informará al Gobierno, cuando éste lo interese y no exista obstáculo legal, respecto a cualquiera de los asuntos en que intervenga el Ministerio Fiscal, así como sobre el funcionamiento, en general, de la Administración de Justicia. En casos excepcionales podrá ser llamado a informar ante el Consejo de Ministros. ». Nous traduisons : « 1. Le procureur général de l'Etat rendra un rapport annuel sur son activité, l'évolution de la criminalité, la prévention des infractions, et les réformes opportunes pour améliorer l'efficacité de la Justice. Elle tiendra compte des mémoires produits par les différents services du parquet. Une copie sera transmise au Parlement et au Conseil général du Pouvoir judiciaire. Elle sera présentée au Parlement pendant la période ordinaire des séances la plus proche à sa présentation publique. 2. Le procureur général de l'Etat informera au Gouvernement lorsqu'il en fera demande, et sauf disposition légale contraire, des affaires où le Ministère public intervient ainsi que sur le fonctionnement de l'administration de la Justice. Exceptionnellement il pourrait être appelé à informer en Conseil de Ministres ».

⁵ Par exemple, *Memoria anual de la Fiscalía general del Estado* (2015), voir URL : [<https://www.fiscal.es/>].

⁶ Voir art. 35 al. 3 du Code procédure pénale : « Outre les rapports particuliers qu'il établit soit d'initiative, soit sur demande du ministre de la justice, le procureur général adresse à ce dernier un rapport annuel de politique pénale sur l'application de la loi et des instructions générales ainsi qu'un rapport annuel sur l'activité et la gestion des parquets de son ressort ».

pressentie comme essentielle en raison de sa « *position stratégique* »¹. Plusieurs circulaires en France rappellent par ailleurs aux magistrats référents de « *mener une politique pénale volontariste* »².

Auprès des entités ayant pour but la lutte contre les discriminations. En France, comme en Espagne, le magistrat référent et le *fiscal* spécialisé sont censés établir des rapports fréquents avec tout organisme travaillant dans la lutte contre les discriminations afin de favoriser la communication et la collaboration. Il peut participer à des réunions organisées par ces organismes, et participer avec eux à l'élaboration de mesures efficaces en vue de faire cesser la discrimination. Par exemple, en France, la circulaire ayant créé les pôles anti-discriminations³ enjoint le magistrat référent d'animer un « *réseau local de lutte contre les discriminations* »⁴. En Espagne ces rapports sont fréquents, non seulement avec les associations, mais aussi avec des organismes publics travaillant dans ce domaine. Ces liens avec la société civile lui permettent non seulement de mieux identifier les cas de discrimination mais également de concevoir et de mettre en œuvre des stratégies adaptées⁵. Par ailleurs, la collaboration peut même aller au-delà. Si le ministère public est maître de son action, l'existence de l'action populaire en Espagne montre bien l'existence de stratégies procédurales qui vont souvent dans le même sens⁶. Néanmoins, à l'heure actuelle, il semblerait que ces rapports sont moins fréquents en France qu'en Espagne⁷.

Avec les forces de sécurité. La coopération est également encouragée avec les forces de sécurité et de police pour que les infractions discriminatoires soient identifiées de manière rapide⁸. En effet, un des problèmes en matière de discrimination est le faible taux de cas signalés à la justice. L'action des victimes dans ce domaine est plutôt rare, pour plusieurs raisons :

¹ C. Bruschi (dir.) *Parquet et politique pénale depuis le XIXe siècle*, Paris, Droit et Justice, PUF, 2002, p. 35.

² Circulaire du Ministère de la Justice du 23 juillet 2013 portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, précitée.

³ Dépêche du 11 juillet 2007, de la Garde des Sceaux, Rachida Dati, voir [<http://www.textes.justice.gouv.fr/>], non publiée, mais apparaissant dans le guide méthodologique publiée par le Ministère de la Justice en août 2010, consultable sur http://www.justice.gouv.fr/publication/guide_discriminations.pdf.

⁴ *Ibid.* Voir également la circulaire du 23 juillet 2013 précitée.

⁵ Voir *infra* B. L'action pénale dans le cadre procédural pénal.

⁶ Voir *supra* 4^e note de l'article. L'action populaire est souvent exercée par les associations travaillant dans la lutte contre les discriminations. Par exemple, voir la *Sentencia rendue par la Audiencia Provincial de Madrid*, 17^e sección, n°717/10 28 juin 2010 (une *sentencia* est une décision juridictionnelle).

⁷ Voir CNDH, Rapport, 2014, p. 115 et s. Ce rapport encourage notamment ce type de pratiques et de partenariats entre le parquet et les acteurs de la société civile. Voir également *Memoria anual de la Fiscalía General del Estado*, (2015), p. 628 et s. Parmi ces organismes, on trouve des associations, telles que *Movimiento contra la Intolerancia*, *Fundación de secretariado gitano*, *Coordinadora de atención a Homosexuales,y Transexuales de la Comunidad Autonoma de Madrid*, ainsi que des organismes internationaux comme l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), l'OSCE, comme des organismes nationaux comme l'OBERAXE (*Observatorio español del racismo y la xenofobia*).

⁸ Voir *supra* note 1^e note de l'article.

manque de confiance dans le système judiciaire, peur des représailles, méconnaissance des normes interdisant la discrimination¹. Or, pour agir, le ministère public a besoin des faits : en pratique, il ne peut agir si personne ne lui dénonce l'existence des faits constituant une infraction. Ensuite, les infractions en matière de discrimination se heurtent au problème de l'intention². C'est pourquoi le travail conjoint avec la police et les associations s'avère essentiel. Grâce aux échanges entre associations, membres du ministère public et de la police, un protocole d'action des forces de sécurité dans le cadre des infractions de discrimination a été approuvé récemment en Espagne³. Ce protocole a pour but de faciliter une identification rapide des infractions en matière de discrimination et d'inciter les victimes ainsi que les forces de l'ordre à ne pas omettre un certain nombre d'indices et de données qui pourraient faciliter la preuve de l'infraction. Par exemple, pour que la motivation discriminatoire soit établie, il impose aux agents de police qui vont retranscrire les déclarations de la victime de bien préciser, par exemple, si les faits ont été commis à des dates pouvant avoir une signification quelconque pour les auteurs de l'infraction, ou par exemple de bien préciser si l'auteur a proféré des insultes ou s'il avait des tatouages, et de quel type⁴. De même, il insiste sur la nécessité de sécuriser la victime, et prévoit la création d'un interlocuteur formé et spécialisé en matière de discrimination pour faciliter la détection rapide de ce type d'infractions et favoriser ainsi leur traitement précoce.

Ce type de mesures est également préconisé en France. Par exemple la circulaire portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre insiste sur la nécessité d'assurer « *une meilleure information et un meilleur accueil des victimes* » et d'utiliser « *par les services de police et de gendarmerie de leur ressort, des nouvelles trames d'audition en cours d'élaboration par les ministères de la Justice et de l'Intérieur* »⁵. Par ailleurs, la directive portant sur le statut des victimes irait dans le même sens et prévoit une attention particulière aux victimes d'infractions à caractère discriminatoire dans la prise de mesures de protection⁶.

¹ Avis de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) – 1/2013, et Rapport annuel de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) 2013, p. 17, énonçant les obstacles à l'action des victimes et le faible taux de plaintes déposées.

² Voir *infra* sur l'action du ministère public dans le cadre procédural pénal.

³ Voir *Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación*, présenté le 15 décembre 2014. Pour une présentation simplifiée du protocole, URL : [<http://www.interior.gob.es/>].

⁴ Les tatouages peuvent être un indice d'appartenance à un groupe extrémiste, sur cette question, voir D. Madrid, A. López « Análisis de la simbología del odio » in *Informe Raxen, especial Acción jurídica contra el racismo y los crímenes de odio*, Movimiento contra la Intolerancia, p. 57-83, URL: [<http://www.movimientocontralaintolerancia.com/>].

⁵ Circulaire du 23 juillet 2013 précitée.

⁶ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre

Si cette action du ministère public spécialisé en dehors du procès pénal s'avère riche et diversifiée, son action dans le cadre des procédures pénales en vue de réprimer les infractions à caractère discriminatoire paraît moins nette.

§2. L'action des services spécialisés dans le cadre procédural pénal

Que ce soit en France ou en Espagne, le ministère public joue un rôle essentiel dans le déroulement de la procédure pénale. En tant que titulaire de l'action publique et partie principale au procès pénal, il lui revient l'initiative, la décision de poursuite et la stratégie à suivre en présence de faits constitutifs d'infraction.

Si dans les deux systèmes, le domaine de son action est semblable, son rôle dans l'exercice de l'action publique diffère. Ces différences expliqueraient peut être l'accueil variable qui a été réservé à ces services : fort apprécié en Espagne, beaucoup plus mitigé en France¹. Il convient d'analyser séparément les deux manières de concevoir celle-ci dans chacun des systèmes pour mieux les comprendre. En France, la conception du service spécialisé est assez originale puisqu'il ne fait qu'assurer une mission de soutien dans l'exercice de l'action publique, laquelle revient à tout membre du parquet (A). En revanche, en Espagne le service spécialisé assure une fonction plus active dans l'exercice de l'action pénale en matière de discrimination (B).

A. Une mission de soutien dans l'exercice de l'action publique en France

Le service spécialisé français assure avant tout une mission de soutien aux magistrats en charge des affaires. L'exercice de l'action dans ce domaine n'est pas réservé à ce « service » ou magistrat-référent. En effet, les magistrats référents français n'ont pas vocation à gérer l'action portant sur les discriminations, à moins qu'elle ne leur soit attribuée par les règles de répartition des affaires. L'emploi du terme « pôle » est quelque peu trompeur : souvent il n'est composé que d'un seul procureur, lequel ne se consacre pas forcément de manière exclusive aux affaires portant sur des thématiques de discrimination.

2001/220/JAI du Conseil, transposée en France par la loi n°2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne et le décret n°2016-214 du 16 février 2016 relatif aux droits des victimes, art. 3 ; transposée en Espagne par la Ley 4/2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la víctima del delito* et Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la víctima del delito*, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, art. 23.

¹ Voir CNDH, rapport, 2014 p. 115 et s.

Il s'ensuit qu'en réalité tous les magistrats du parquet sont concernés par la lutte contre les discriminations. Les procureurs référents ne vont pas devenir partie aux procès portant sur les discriminations, ils n'exercent qu'une mission d'appui et d'assistance auprès des autres magistrats qui exerceraient l'action pour réprimer une infraction à contenu discriminatoire. Dès lors, l'action peut être menée par n'importe quel magistrat du parquet utilisant toute voie prévue par la loi. En principe donc, et sous réserve que l'infraction en matière de discrimination l'autorise, le procureur de la République qui serait en charge d'une affaire, en vertu du principe d'opportunité de poursuites, peut classer sans suite, ou bien classer sous condition et proposer une mesure alternative aux poursuites – par exemple une médiation ou une composition pénale – ; enfin, il peut décider de poursuivre¹.

Pour apporter de la cohérence à ce traitement diffus de l'action publique en matière de lutte contre les discriminations, cette lutte est orientée par le biais des circulaires et des dépêches qui sont émises par le Garde des Sceaux, et éventuellement par les instructions des procureurs généraux lorsque cela s'avère nécessaire². Ainsi, entre 2012 et 2015, plusieurs circulaires ont été édictées par l'ancienne ministre de justice Mme Christiane Taubira pour continuer à faire de la lutte contre le racisme et les discriminations une priorité de la politique pénale gouvernementale. Le but est d'améliorer l'effectivité de la lutte contre les discriminations guidant l'action des parquets³. Ces textes à valeur infra-législative remplissent une triple fonction. D'abord ils rappellent le champ d'action du parquet dans ce domaine. Ensuite, ils rappellent les attributions des procureurs spécialisés dans ce domaine. Enfin, et surtout, ils viennent orienter l'action pénale.

Champ de compétence. Plusieurs circulaires en matière de discrimination rappellent en annexe le droit en vigueur dans la matière, et plus concrètement quelles sont les infractions concernées ayant un caractère raciste, antisémite, ou discriminatoire. Par exemple, l'annexe 2 de la circulaire de 2013 portant sur les violences commises en raison de l'orientation sexuelle

¹ Voir art. 39 et s. du Code de procédure pénale, spéc. l'art. 40 sur le principe d'opportunité de poursuites, et l'art. 41-1 sur le classement sous condition, ainsi que l'art. 41-2 sur la composition pénale. Sur ces questions voir B. Bouloc, *Procédure pénale*, Paris, Précis Dalloz, 2016, spéc. p. 166 et s. et p. 585 et s.

² Selon les magistrats interviewés, ces instructions individuelles sont plutôt rares. Sur les rapports entre le Garde des Sceaux et les membres du ministère public, voir la circulaire du 31 janvier 2014 du Garde des sceaux présentant la loi n°2013-669 du 27 juillet 2013 sur les attributions du Garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et mise en œuvre de l'action publique, Bulletin officiel Ministère de la Justice (BOMJ) complémentaire du 14 février 2014.

³ Circulaire du 23 juillet 2013 précitée. Circulaire du 4 décembre 2015 du Garde des sceaux relative au développement d'une thématique consacrée au racisme et aux discriminations dans les stages de citoyenneté, publiée au BOMJ, URL : <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-communiques-10095/lutte-contre-le-racisme-et-lantisemitisme-27877.html>. Circulaire du Garde des sceaux du 12 janvier 2015 n°2015/0213/A13, publiée au BOMJ. Dépêche du 27 juin 2012 relative à la réponse judiciaire aux actes à caractère raciste ou antisémite (non publiée).

rappelle la teneur de l'article 225-1 du Code pénal selon lequel « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle (L. n°2001-1066 du 16 novembre 2001), de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Elle rappelle les normes applicables en matière de droit de la presse, lorsque ces infractions constituent des diffamations publiques, des injures ou des provocations et incitations à la haine ou à la violence. Elle souligne également que ces comportements peuvent constituer une circonstance aggravante d'autres infractions. La circulaire de 12 janvier 2015 vise la répression du racisme, mais surtout de la provocation et de l'apologie du terrorisme. Concrètement elle insiste sur plusieurs aspects. D'abord, elle rappelle que « *la circonstance aggravante de la commission de l'infraction à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée de la victime, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, est définie à l'article 132-76 du Code pénal. Elle est constituée lorsque l'infraction est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée [...] peut être retenue pour les infractions d'homicide volontaire, tortures et actes de barbarie, violences, menaces, destructions ou dégradations, vols et extorsions* ». Ensuite, la circulaire rappelle les infractions contenues dans la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse et les infractions d'apologie du terrorisme. Cela étant, ces rappels ne sont pas systématiques. Certaines dépêches se contentent de renvoyer au droit en vigueur et d'exiger une réponse pénale active. Elles permettent en outre de déceler une certaine tendance dans la mise en œuvre de l'action publique.

L'orientation de l'action publique. Les circulaires contiennent aussi des orientations que le parquet doit suivre dans la mise en œuvre de l'action répressive dans ce domaine. À la lecture de ces circulaires se perçoit une ambition affirmée de mener une réponse pénale ferme, rigoureuse et systématique¹. Cependant, l'expression « *réponse pénale systématique* » n'est pas forcément synonyme de poursuites pénales. En effet, la politique pénale en matière de discriminations s'inscrit dans une politique pénale plus large qui est placée depuis 2012 sous le signe de l'individualisation de la réponse pénale². La consigne est que le parquet doit donc

¹ Par exemple, la circulaire du 12 janvier 2015 précitée.

² Circulaire du 19 septembre 2012 de politique pénale de Mme la garde des sceaux, *JORF*, n°0243, 18 octobre 2012, Texte n°6, ELI.

adapter son action à l'affaire en cause. Il s'agit d'une directive répétée à plusieurs reprises dans les différentes circulaires et dépêches publiées dans ce domaine. Par exemple, en matière de racisme et antisémitisme, la circulaire de 12 janvier 2015 exhorte les procureurs à donner une réponse pénale « *systématique, adaptée et individualisée à chaque acte* »¹. La difficulté reste de bien identifier ce qui doit être compris par « *individualisation* » ou « *réponse adaptée* ». Les attentes des victimes ne sont pas forcément les mêmes que celles du Gouvernement, ni celles du parquet. Or il revient au parquet de concrétiser et d'adapter la réponse pénale en matière de discriminations, tout en tenant compte des critères fixés par le gouvernement. À la lecture des circulaires, il semble que le Gouvernement privilégie les alternatives aux poursuites². Par exemple, en matière de violences et discrimination pour des motifs à caractère sexuel « *les procureurs de la République pourront utilement recourir, en cas de violences commises en raison de l'orientation sexuelle de la victime ou de l'identité de genre, aux stages de citoyenneté à titre soit d'alternatives aux poursuites (article 41-1, 2° du Code de procédure pénale), soit de mesure de composition pénale (article 41-2, 13° du Code de procédure pénale)* », sauf lorsque la gravité des faits le déconseillerait³. Cette tendance se confirme avec la circulaire sur les stages de citoyenneté⁴ édictée pour améliorer la réponse pénale dans la lutte contre le racisme et les discriminations. Ces stages sont présentés comme étant « *un mode de réponse pénale pouvant être particulièrement adapté à la commission d'infractions à caractère raciste* ». La circulaire rappelle ensuite que « *pour être efficiente, la réponse pénale doit en effet également revêtir un aspect pédagogique* ». Ces stages peuvent alors être utilisés par les procureurs pour classer sous condition, puisqu'il « *est une des modalités prévues par l'article 41-1 2° du Code de procédure pénale [...]. Le stage de citoyenneté peut également être proposé par le procureur de la République dans le cadre d'une mesure de composition pénale, pour les infractions punies d'une peine n'excédant pas cinq années d'emprisonnement tel que prévu à l'article 41-2 13° du même Code* ».

Or la pratique découlant de ces circulaires, qui semble confirmer ces préconisations, s'avère décevante, comme l'a souligné la Commission nationale consultative des droits de l'homme. Une stratégie aussi orientée vers les alternatives aux poursuites aurait un inconvénient majeur : la perte du caractère symbolique de la procédure judiciaire pour ce type d'infractions qui portent

¹ Circulaire du 12 janvier 2015 n°2015/0213/A13 publiée au BOMJ.

² C'est-à-dire, une mesure de médiation pénale – aussi désignée classement sous condition, elle n'éteint pas l'action, voir l'art. 41-1 du Code de procédure pénale ; voire la composition pénale – elle éteint l'action, si elle est homologuée par le juge, voir art. 41-2 du Code de procédure pénale. Voir B. Boulou, *Procédure pénale*, op. cit., p. 594 et s. ; T. Garé, C. Ginestet, *Droit pénal. Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2014, p. 300 et s.

³ Circulaire du 23 juillet 2013 précitée.

⁴ Circulaire du 4 décembre 2015 relative au développement d'une thématique consacrée au racisme et aux discriminations dans les stages de citoyenneté, publiée au BOMJ.

atteinte aux valeurs de la dignité de la personne¹. Cependant, les procureurs interviewés semblent en quelque sorte d'accord avec cette notion de « réponse pénale » : l'important étant de donner une réponse quelconque. De plus, ce type d'infractions se heurtant à des obstacles probatoires certains, l'alternative aux poursuites permettrait de les contourner.

Cela étant, le Gouvernement semble vouloir maintenir un certain équilibre entre souplesse et fermeté. Ces circulaires enjoignent aussi les procureurs de retenir les motifs de discrimination comme aggravants d'autres infractions, que ce soit dans le cadre des discriminations pour orientation sexuelle ou de genre², ou en matière de racisme³. Elles les invitent à réunir tout élément permettant d'établir le mobile raciste ou antisémite, et à retenir la qualification la plus grave. Parfois elles rappellent certaines voies fermées dans la poursuite d'un certain nombre d'infractions. Par exemple, la circulaire du 12 janvier 2015 rappelle qu'« *en ce qui concerne l'engagement des poursuites, les dispositions de l'article 397-6 du Code de procédure pénale n'autorisent pas le recours aux procédures de comparution immédiate et de convocation par procès-verbal pour les infractions de presse. Il conviendra par conséquent, en cas de cumul d'infractions de droit commun et d'infractions de presse et si l'une des orientations procédurales prévues aux articles 393 et 394 du Code de procédure pénale devait être retenue, d'ordonner la disjonction des poursuites et de procéder pour les infractions relevant de la loi du 29 juillet 1881 par voie de citation* ».

L'action publique en matière de discriminations est dans une certaine mesure définie par les circulaires, rappelant le droit applicable et orientant l'action publique. En Espagne, l'action publique est concrétisée de manière plus autonome par le service du ministère public spécialisé en matière de discrimination.

B. Une implication active à géométrie variable dans l'exercice de l'action publique en Espagne

Le service spécialisé espagnol joue un rôle beaucoup plus important dans le cadre du procès pénal. D'une part, si le domaine d'intervention du service spécialisé est à peu près le même qu'en France, l'action pénale semble avant tout tournée vers la répression des « *hate crimes* ». D'autre part, le rôle assumé par chaque *fiscalía* provinciale dans l'exercice de l'action pénale est beaucoup plus actif dans l'exercice de l'action pénale.

¹ CNDH, rapport, 2014, p. 108 et s, spéc. p. 115.

² Circulaire du 23 juillet 2013 précitée.

³ Circulaire 12 janvier 2015 précitée.

Une action tournée vers la répression des « hate crimes ». En Espagne, le champ de compétence réservé au parquet spécialisé en matière de discrimination a été délimité lors de la première réunion annuelle des *fiscales delegados en tutela de la igualdad y contra la discriminación*, tenue à Madrid le 3 mars 2014¹. Les infractions retenues correspondent en partie à celles prévues par l'*Instrucción 1/2009 de la fiscalía provincial de Barcelona* – parquet de Barcelone – pionnière dans ce domaine. Parmi celles-ci, on trouve des infractions semblables à celles que l'on trouve en droit français, telles que la discrimination à l'emploi public ou privé², les infractions à caractère raciste et/ou xénophobe, ou la circonstance aggravante. Cela étant, il convient de souligner que l'action des services spécialisés semble surtout ciblée et orientée vers la répression des infractions considérées par l'OSCE comme étant de « hate crimes » ou délits d'incitation et provocation à la haine³. La discrimination fait partie des pratiques à combattre en tant qu'elle serait une manifestation d'un discours ou d'une motivation fondés sur la haine envers autrui.

Une participation active du service spécialisé dans l'exercice de l'action publique très variable selon les territoires. Partant, le ministère public peut recevoir les plaintes des victimes et les dénonciations des tiers⁴, ainsi qu'ordonner des mesures d'information pour éclaircir les circonstances de l'infraction et identifier son auteur⁵. Ensuite, l'exercice de l'action est soumis au principe de légalité. Il est toujours partie au procès pénal et participe à tous les stades de la procédure sauf dans les infractions dont la poursuite est exclusivement réservée aux victimes⁶, où il n'interviendra pas, et en cas d'absence de dépôt de plainte de la victime s'agissant des infractions « semi-publiques »⁷. Une réforme récente du Code pénal a introduit dans le système

¹ La deuxième réunion annuelle a eu lieu en mars 2015.

² Sur cette liste, voir *Memoria anual de la Fiscalía general del Estado* (2015), p. 623 et 624: « *Delitos de amenazas a grupos determinados de personas* (art. 170.1 CP). *Delitos de tortura por razones de discriminación* (art. 174.1 y 2 CP). *Delitos de discriminación en el empleo público o privado* (art. 314 CP). *Delitos de provocación a la discriminación, el odio o la violencia respecto de grupos o asociaciones* (art. 510.1 CP). *Delitos de difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones* (art. 510.2 CP). *Delitos de denegación de prestaciones públicas y/o privadas* (arts. 511 y 512 CP). *Delitos de asociación ilícita para promover el odio, la violencia o la discriminación* (art. 515-5.º CP). *Delitos contra los sentimientos religiosos* (arts. 522 a 525 CP). *Delitos de justificación/difusión del genocidio* (art. 607.2 CP). *Delitos de cualquier naturaleza en los que se aprecie la agravante del artículo 22.4 del CP*. *Delitos contra la integridad moral motivados por razones de carácter racista xenófobo o discriminatorio* (art. 173.1 CP) ».

³ *Decisión N° 4/03 sobre Tolerancia y No Discriminación, adoptada por el Consejo de Ministros de Maastricht el 2 de diciembre de 2003*.

⁴ Voir articles 259 et 264 LECrim.

⁵ Voir art. 287 LECrim.

⁶ Diffamation et injures entre sujets privés.

⁷ Il s'agit des infractions qui requièrent une dénonciation ou dépôt de plainte pour être poursuivis. Parmi celles-ci, on trouve les agressions sexuelles sur personne majeure, agressions physiques, révélation de secrets, délits contre la propriété intellectuelle et industrielle, infractions commises par imprudence, infractions en matière de consommateurs. Les « *delitos privados* » nécessitent le dépôt de « querrela » – constitution de partie civile – de la part de la victime pour déclencher la poursuite. Les « *delitos públicos* » peuvent être poursuivis d'office sans que le dépôt de plainte ou dénonciation d'un tiers soit nécessaire.

espagnol le principe de l'opportunité de poursuites mais il est très encadré et réservé aux infractions les moins graves et il ne permet que de prendre une décision de poursuite ou de classement¹. Cela étant, que le ministère public soit partie au procès n'implique pas nécessairement l'intervention du service spécialisé. Sa participation et son rôle dans la gestion des affaires de discrimination varient selon les territoires.

L'exercice de l'action pénale par le service spécialisé en matière de discrimination dépend dans une certaine mesure de la dimension de celui-ci et de son organisation. Certains services spécialisés sont devenus des vraies sections autonomes du parquet et consacrent exclusivement leur activité à la poursuite des infractions à caractère discriminatoire. Ils sont composés du *fiscal delegado* dans cette matière ainsi que d'autres *fiscales* qui travaillent de manière exclusive dans ce domaine. La fonction du *fiscal delegado* dans ce type de services n'est pas toujours identique. Soit il se contente de superviser, de contrôler et de coordonner l'action menée par les autres *fiscales* sous son autorité : c'est le cas des services de Barcelone ou de Madrid. Soit ils participent plus activement, en supervisant et contrôlant les réquisitoires d'accusation ou des écrits demandant le sursis provisoire en plus de la mission de contrôle et de supervision de la gestion des affaires, ou assurant personnellement la gestion des affaires les plus complexes en matière de discrimination.

D'autres services, notamment les plus modestes, ne travaillent pas de façon exclusive sur des affaires de discrimination et sont également chargés de gérer d'autres affaires à contenu non discriminatoire². Il n'y a pas une vraie « section » spécialisée, tout simplement un des membres du service du parquet assure la tâche de *fiscal delegado*, sa fonction variera également de l'organisation interne du service. Il peut être amené à exercer l'action dans ce domaine, mais il peut également contrôler, coordonner, ou superviser l'action exercée par d'autres membres du parquet non spécialisés.

Cette variété de situations est possible parce que chaque service territorial du parquet jouit d'une certaine marge de manœuvre pour s'organiser. Par ailleurs, il convient également de souligner que dans certains services le *fiscal delegado* est aussi le *fiscal* spécialiste en matière d'infractions commises à l'aide des nouvelles technologies de l'information (TICs). En effet, bon nombre d'infractions à contenu discriminatoire, notamment celles qui incitent et provoquent à la haine, sont commises sur des supports informatiques et diffusées sur internet dans les réseaux sociaux du type Facebook, Twitter et autres. C'est pourquoi dans certaines

¹ Sur la mise en œuvre du principe, les infractions concernées et les choix possibles ouverts au parquet, voir Circular du Fiscal General del Estado 1/2015, *sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*, URL : [<https://www.fiscal.es/fiscal/>]

² C'est le cas de Málaga, Alicante, Almería, Avila, Córdoba, Las Palmas.

provinces il a été décidé de joindre les deux spécialités – discrimination et TICs – pour qu’elles soient gérées par un seul *fiscal delegado*, voire un seul service lorsque ce service est composé de plusieurs *fiscales*¹. Le travail conjoint s’est avéré en effet très utile. Forts de ce succès, et en raison du caractère transversal du phénomène discriminatoire, certains *fiscales* spécialistes n’ont pas manqué de souligner l’intérêt d’établir également des liens avec d’autres services spécialisés de mineurs et d’étrangers².

Enfin, il convient de souligner le rôle du *Fiscal Delegado* ayant reçu compétence dans tout le territoire de l’Etat³. Il lui revient d’assurer la cohérence de l’action du ministère public dans tout le territoire de l’Etat, et pour ce faire il peut soutenir l’action ainsi que l’inciter et l’impulser, pouvant même se substituer aux *fiscales* territorialement compétents si jamais il l’estime nécessaire.⁴

Bilan. Même si le service spécialisé en est encore à ses débuts, l’expérience s’avère plutôt positive. Cette implication active des *fiscales delegados* a d’abord entraîné une nette amélioration dans la détection des affaires et dans leur gestion. Le nombre de procédures a augmenté non pas parce qu’il y aurait une augmentation de la criminalité dans ce domaine mais plutôt grâce à la sensibilisation et l’implication du service spécialisé⁵.

Ensuite, sa participation dans l’exercice de l’action a permis le développement d’un certain nombre de stratégies procédurales afin de rendre effectives les normes interdisant la discrimination. Un exemple très parlant est celui des violences avec blessures de faible entité. La poursuite d’un certain nombre d’agressions commises pour des motifs discriminatoires, par exemple, racistes ou xénophobes, se heurtait souvent au problème de la mise en application de la circonstance aggravante de discrimination prévue à l’article 22.4° du Code pénal espagnol, notamment lorsque l’infraction commise provoquait un dommage corporel dont la gravité était faible. Ces infractions étaient qualifiés des « *faltas* »⁶, ce qui interdisait l’application de l’aggravante puisque cette circonstance n’était alors applicable qu’aux infractions constitutives de délits. Pour éviter cela, le ministère public de Barcelone modifie sa stratégie de poursuite en qualifiant les faits non pas comme des infractions constitutives d’une atteinte à l’intégrité

¹ C’est le cas du service de Burgos, Valladolid, Guadalajara, Orense, Ciudad Real, Cuenca, Palencia, et Huesca.

² *Memoria anual de la Fiscalía general del Estado* (2015), p.632.

³ Ce poste est aujourd’hui assuré par M. Alfonso Aya Onsalo.

⁴ *Ibid.*, p. 634.

⁵ *Memoria anual de la Fiscalía general del Estado* (2015) p. 635.

⁶ Les « *faltas* » étaient le type d’infraction le moins grave. Ce type d’infraction a été supprimé du Code pénal espagnol par la loi organique *Ley Organica 1/2015 del 30 marzo 2015, por la que se modifica la Ley Orgánica N°10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal* ayant profondément modifié le Code pénal espagnol de 1995. Dorénavant, les infractions se classent en délits graves, moins graves et « *leves* ». Ces dernières équivalaient aux anciennes « *faltas* ». D’autres comportements sanctionnés en tant que « *faltas* » ont été tout simplement supprimés et d’autres constituent seulement des infractions administratives.

physique qualifiée de « *falta* », mais comme des infractions constituant une atteinte à l'intégrité morale, délit prévu à l'article 173.1 du Code pénal espagnol¹. Les juges ont validé cette manière d'agir. En raison de son succès, cette stratégie a été préconisée et contenue dans une instruction de service du ministère public², enjoignant les procureurs de poursuivre en qualifiant les faits non pas comme une simple « *falta de lesiones* »³, mais comme un délit contre l'intégrité morale de l'article 173.1 du Code pénal espagnol, permettant ainsi l'application de la circonstance aggravante. Cette stratégie a porté ses fruits, d'où la généralisation de son utilisation⁴.

D'autres stratégies ont été développées, cette fois-ci en matière probatoire. Par exemple, en cas d'organisation de concerts des groupes pro-nazis dans des lieux publics, le ministère public ordonne à la police de filmer le concert pour obtenir la preuve des éventuels propos incitant ou provoquant à la violence ou à la haine. S'ils ont eu lieu, la procédure pénale est déclenchée. Cette mesure a été très effective, au point que l'organisation dans des lieux publics est devenue rare. La stratégie devra donc s'adapter puisqu'ils sont depuis organisés dans des lieux privés, et pour y accéder, il faut désormais une autorisation judiciaire, qu'il n'est pas toujours possible d'obtenir car le lieu du concert est souvent annoncé peu avant qu'il ne commence.

De même, lors la deuxième rencontre annuelle tenue en mars 2015, l'assemblée des *fiscales* spécialistes présents a rappelé la nécessité de recueillir tout élément permettant de prouver la motivation discriminatoire. Elle a souligné la possibilité d'utiliser comme moyen de preuve l'expertise des membres des forces de l'ordre spécialisés en matière de discrimination, mode de preuve admis par le *Tribunal Supremo*⁵ et dont la valeur probatoire est appréciée librement par le juge.

Si l'action du ministère public semble aller de soi en matière pénale, la question qui se pose est celle de savoir si le service spécialisé pourrait également assumer un rôle quelconque en matière civile.

Section 2. Une action à identifier au-delà du domaine pénal

¹ Voir art. 173.1. al. 1 du Code pénal espagnol : « *El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años* ». Nous traduisons : « L'auteur des traitements dégradants portant atteinte grave à l'intégrité morale de la victime sera puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée comprise entre six mois et deux ans »

² Instrucción n°06/07 de la Fiscalía de Barcelona.

³ Aujourd'hui, il ne s'agit plus de « *faltas* » mais de « *delitos leves* ». Voir 2^e note de l'article.

⁴ Voir *Sentencia* (decision juridictionnelle) n°111/09 *Juzgado de lo Penal n°16 de Barcelona* du 16 mars 2009, également voir *Memoria anual de la Fiscalía general del Estado* (2015), p. 638.

⁵ *Sentencia del Tribunal Supremo* (STS) n°263/2012 du 28 mars ; STS, n°157/2012 du 7 mars.

La discrimination pour des motifs prohibés n'est pas seulement sanctionnée et interdite par des normes à caractère pénal. D'autres domaines du droit, comme le droit du travail, contiennent des normes ayant pour but de prévenir et sanctionner les comportements discriminatoires illégitimes, sans que cela constitue nécessairement une infraction pénale. La question qui se pose est de savoir si le ministère public pourrait être amené à agir dans ces autres domaines qui ne sont pas exclusivement pénaux. La question n'est pas dépourvue d'intérêt puisque le ministère public peut en principe agir en dehors de la procédure pénale. Par ailleurs, cette action a toujours existé. Depuis l'origine de l'institution, « *le rôle du parquet ne se réduit pas à l'action répressive : son rôle dans la résolution des conflits entre particuliers est loin d'être négligeable. [...] Il assiste certains plaideurs en se constituant partie jointe, soit à la demande de la partie, soit d'office, soit sur l'ordre de la cour. On le voit intervenir couramment à côté des victimes qui demandent réparation, ou encore, de façon systématique, pour assister les veuves, les orphelins, et généralement tous ceux que les textes qualifient, depuis le Moyen Age, de miserables personae* »¹. Les victimes de la discrimination sont souvent présentées comme étant spécialement vulnérables et exposées². De plus, le Défenseur des droits français a récemment affirmé la nécessité de favoriser les approches civile et administrative afin de compléter l'action pénale³. Le ministère public, et par voie de conséquence, son service spécialisé, pourrait-il jouer un rôle quelconque dans ce domaine ? Les services interrogés semblent exclure cette action, mais en retenant que leur action est avant tout tournée vers la répression pénale. Il semblerait que la difficulté est d'identifier le fondement qui justifierait cette action (§1) ainsi que l'opportunité de l'encourager (§2).

§1. La recherche d'un fondement à une éventuelle action du ministère public en matière de discrimination

Le ministère public a pour mission de « *veiller à la bonne application de la loi et au respect de l'ordre public* »⁴. Deux fondements semblent pouvoir justifier cette action en dehors du cadre pénal : par voie légale expresse (A) ou bien par le biais de la notion d'ordre public (B).

A. La consécration de son action par voie légale

Plusieurs normes prévoient l'action et la participation du ministère public en dehors de la procédure pénale. C'est la voie la plus simple – et même la seule admise en Espagne – par

¹ J.-M. Carbasse (dir.), *Histoire du Parquet*, Paris, Droit et Justice, PUF, 2000, p. 14.

² Défenseur des droits, rapport, 2015, p. 15, et 19 et s.

³ *Ibid.*, p.27 et s.

⁴ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, *op.cit.*, p. 392.

laquelle aucun texte ne mentionne l'atteinte à l'ordre public comme cause possible de légitimation de l'action du ministère public en dehors du procès pénal. Or, comme en matière pénale, la manière de concevoir l'action du ministère public diffère en partie dans les deux systèmes pour des raisons avant tout institutionnelles. Partant, la première grande différence est la dualité existant en France entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

Action du ministère public espagnol en matière administrative, civile et sociale seulement en cas de prévision légale. En Espagne cette dualité n'existe pas, l'ordre administratif est intégré dans la juridiction judiciaire de sorte que le ministère public peut être amené à agir lorsque la loi le prévoit, dans les affaires portées devant les juridictions contentieuses administratives. En matière civile, son intervention est obligatoire s'agissant des procédures portant sur la capacité des personnes, des mineurs, en cas d'action en nullité de mariage, et dans les actions d'établissement et de contestation de la filiation¹. Il peut également agir en défense des intérêts des consommateurs². En matière sociale, il peut agir en nullité des conventions collectives et il doit toujours être partie dans ce type de procès³. Plus intéressante encore est la prévision expresse de l'intervention obligatoire du ministère public en matière sociale lorsqu'un travailleur affirme être victime d'une violation de ses droits fondamentaux et/ou des normes interdisant la discrimination⁴. Dans le même ordre d'idées, le ministère public participe toujours

¹ Voir art. 749 Ley de enjuiciamiento civil - (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), loi équivalente au Code de procédure civile) : « 1. En los procesos sobre la capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada. 2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal ». Nous traduisons : « Le ministère public sera toujours partie dans les procès portant sur la capacité et l'état des personnes, la nullité des mariages, la soustraction internationale des mineurs, et dans toute action portant sur l'établissement et contestation de la filiation, et ce même lorsqu'il n'a pas pris l'initiative de la procédure et même sans avoir reçu mission expresse par la loi de protéger l'une des parties. Le ministère public veillera toujours à ce que l'intérêt supérieur des personnes atteintes soit respecté. 2. L'intervention du ministère public en tant que partie principale sera obligatoire dans tout procès concernant une personne mineure, incapable, ou en situation d'absence légale ».

² Voir art. 11.5 LEC.

³ Voir art. 165 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS), loi portant sur la procédure à suivre devant les juridictions sociales.

⁴ Voir art. 177 LJS : « 1. Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios. [...] 3. El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas. 4. La víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas,

par voie contentieuse administrative dans les procès portant sur des violations aux droits fondamentaux protégés par l'article 53.2 de la Constitution¹. Or, parmi ces droits, apparaît celui à l'égalité et la non-discrimination contenu dans l'article 14 de la Constitution². Son action en dehors du simple contentieux pénal semble alors possible, en tout cas en matière sociale et administrative. Cela dit, il ne semble pas exister un contentieux véritable dans ce domaine qui soit assuré par le service spécialisé. Or, le recueil de données étant encore rudimentaire, il faut rester tout de même prudent.

Impossibilité pour le ministère public français d'agir en matière administrative, mais possible en matière civile, sociale et commerciale. En France, d'abord, il convient de rappeler que la dualité des ordres administratif et judiciaire oblige à écarter de la réflexion toute action du ministère public en matière administrative³. Du reste, l'action du ministère public est prévue avant tout devant les juridictions privées civiles, commerciales et sociales⁴. Une étude menée en 2011 constate ici « *un domaine d'intervention pléthorique* »⁵. Cependant, il est difficile d'évaluer son action dans ce domaine, son activité constitue le « *point aveugle* » des

podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley [...]». Nous traduisons : « Cette procédure pourra être utilisée par tout travailleur ou syndicat affirmant avoir subi une atteinte à ses droits de grève, de liberté syndicale, ou aux autres droits fondamentaux, ou portant sur l'interdiction à un traitement discriminatoire et de harcèlement, notamment lorsque la prétention soulevée relève des juridictions sociales et soit dirigée contre son employeur ou contre un tiers lié avec son employeur lorsque la violation alléguée soit en rapport direct avec prestation de services fournie par celui-ci. [...] »

3. Le ministère public sera toujours partie principale dans ces procès en défense des droits fondamentaux et des libertés publiques et veillera à ce que l'intégrité et la réparation des victimes soit obtenue. Il pourra également demander l'adoption de toute mesure nécessaire en vue de garantir la poursuite des comportements constitutifs d'infractions pénales. 4. La victime d'harcèlement ou ayant subi une atteinte à ses droits fondamentaux et libertés publiques pourra agir directement contre son employeur ou contre tout autre responsable, le rapport existant avec son employeur ne pourra pas constituer un obstacle à son action. Il revient à la victime, seule qualifiée à agir dans ce cas, de déterminer le type de prétention faisant l'objet de sa demande parmi celles prévues par la loi [...] ».

¹ Voir art. 117 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA, équivalente du Code de justice administrative).

² Voir art. 14 CE/78 : « Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social », traduction officielle fait par les services du BOE-(Boletín oficial del Estado, c'est-à-dire le Journal officiel espagnol) : « Les Espagnols sont égaux devant la loi et ne peuvent faire l'objet d'aucune discrimination pour des raisons de naissance, de race, de sexe, de religion, d'opinion ou pour n'importe quelle autre condition ou circonstance personnelle ou sociale ».

³ S'agissant du contentieux administratif, le rôle du parquet est assuré par le rapporteur public (auparavant, le commissaire du gouvernement). Les rapporteurs publics ne constituent pas un corps hiérarchisé comme dans l'ordre judiciaire, ils échappent à toute subordination. Voir R. Perrot, *Institutions judiciaires*, op.cit., spéc. p. 403 et s.

⁴ Seules les juridictions de droit commun sont pourvues d'un parquet. Pour les juridictions non pourvues de parquet, la mission de défense de la légalité est attribuée au procureur de la République, voir l'art. L-122-2 COJ : « Le ministère public est exercé, en toutes matières, devant toutes les juridictions du premier degré du ressort du tribunal de grande instance par le procureur de la République ».

⁵ Centre de recherches critiques sur le droit, *Le parquet en matière civile, sociale et commerciale*, Université Jean Monnet, Saint Etienne, 2011, p. 4.

juridictions¹. Deux voies d'action s'ouvrent au ministère public en matière civile : il peut agir en tant que partie jointe ou en tant que partie principale². Son action en tant que partie jointe est prévue dans l'article 424 du Code de procédure civile. Ce texte l'autorise à intervenir dans un procès déjà engagé pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire communiquée. Il n'est pas une véritable partie puisqu'il n'est ni partie demanderesse ni défenderesse. Par conséquent, il ne pourra pas former des recours de manière indépendante et sa position dans le procès est quelque peu particulière³. La question est de savoir dans quels cas reçoit-il communication. L'article 425 du Code de procédure civile rappelle un certain nombre d'affaires où le ministère public doit recevoir communication, notamment en matière de filiation, de tutelle des mineurs, de procédures de sauvegarde, mais il laisse ouverte la possibilité à une intervention en tant que partie jointe par le biais d'une disposition légale. Ensuite, l'article 426 du Code de procédure civile l'autorise à demander la communication des affaires dans lesquelles il estime devoir intervenir. De plus, la communication de l'affaire peut être décidée d'office par le juge en vertu de l'article 427 du Code de procédure civile. Dans ces situations, il n'intervient que pour exprimer son avis, sans que le tribunal soit tenu de suivre l'opinion qu'il exprime. Son intervention « *valorise le débat* »⁴. Ce texte autoriserait l'action du ministère public en tant que partie jointe en vue de donner son avis dans les affaires civiles, sociales et commerciales, portant sur des questions discriminatoires. Il serait possible et envisageable que le service spécialisé demande communication des affaires portant sur l'application des normes en matière de discrimination. Le juge pourrait également communiquer ces affaires. En principe, la voie est ouverte, rien ne semble empêcher son intervention en tant que partie jointe.

Ensuite, le ministère public peut agir en tant que partie principale en dehors du procès pénal. La loi prévoit plusieurs cas, notamment en matière civile. Par exemple, il est partie principale en cas de rectification des actes d'état civil⁵, dans les actions de nullité de mariage au titre de l'article 184 du Code civil, en matière de tutelles⁶, en matière de redressement judiciaire⁷, en matière de concurrence pour demander la cessation des pratiques restrictives de la concurrence⁸. Dans ce cas, il agit en tant que partie demanderesse.

¹ *Ibid.*

² Voir V. Mikalef-Toudic, *Le ministère public, partie principale dans le procès civil*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, 403 p.

³ *Ibid.*, spéc. p. 38 et s.

⁴ R. Perrot, *Institutions judiciaires, op.cit.*, p. 399.

⁵ Voir art. 99 du Code civil.

⁶ Par exemple, pour demander la nullité des délibérations du conseil de famille, voir art. 402 du Code civil.

⁷ Voir art. L.631-5 du Code de commerce.

⁸ V. art. L.442-6 du Code de commerce.

Quid des cas prévus en dehors par la loi ? Peut-on concevoir l'action du ministère public en tant que partie principale en dehors des cas spécifiés par la loi ? Cette possibilité serait envisageable en France en vue de défendre l'ordre public.

B. L'action du ministère public en défense de l'ordre public

L'article 423 du Code de procédure civile autorise le ministère public à agir en tant que partie principale, en dehors des cas spécifiés par la loi, « *pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci* ». Selon le Professeur Perrot, il n'est plus nécessaire que l'ordre public soit « *directement et principalement intéressé toutes les fois que l'ordre public est en cause, le ministère public peut se porter partie principale, alors même que cette action contrarierait des intérêts privés* »¹.

La difficile définition de l'ordre public. La difficulté repose sur la notion même d'ordre public, trop floue et incertaine². Au sens général, il désigne la tranquillité, la paix sociale, ainsi qu'un certain corps de règles qui s'imposent avec une force particulière³. Il est alors une limite et une exception à la volonté privée⁴, en vue de protéger l'intérêt général⁵. Il procède des règles de nature variable⁶. De ces normes découle la notion d'ordre public politique, moral, voire économique, d'un pays à un moment donné⁷. Cependant, en raison de son objet flou et variable, il n'est pas un corps de règles précis et ses règles ne sont pas nécessairement explicites⁸. L'énonciation de la règle comme étant d'ordre public n'est pas toujours expresse. Il est donc parfois difficile de l'identifier face aux multiples motivations d'ordre politique, morales, économiques, ou sociales⁹. La plupart des normes d'ordre public sont des normes de caractère public¹⁰. Il est également courant de qualifier comme étant des normes d'ordre public le droit

¹ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, op.cit., p. 400 et s.

² Sur la notion d'ordre public, voir O. Franco, *L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité*, LGDJ, Paris, 2016 ; T. Dumortier, *L'ordre public. Essai sur quelques usages contemporains d'un standard classique*, Thèse, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2010.

³ Voir « Ordre public » in G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2004.

⁴ Sur l'ordre public, voir J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, Quadriga Manuels, Paris, PUF, 2004, p.1946, ainsi que p. 2036 et s.

⁵ Voir A. Plantey « Définition et principes de l'ordre public », in R. Polin (dir.) *L'ordre public*, Actes du colloque 23-25 mars 1995, Paris, PUF, 1996, p.27-45. Sur la notion d'intérêt général, M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Bibliothèque de Droit Privé, Paris, LGDJ, Paris, 2004.

⁶ C. cass, *L'ordre public*, rapport, 2013, p. 92.

⁷ R. Polin (dir.), *L'ordre public*, op. cit.

⁸ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, op.cit., p. 2037.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Sur la distinction entre le droit public et privé, voir D. Manguy, *Introduction générale au droit*, Paris, Litec, 2010, p. 26.

pénal, les lois constitutionnelles et certaines règles de procédure¹. D'autres normes d'ordre public sont contenues dans d'autres branches du droit en vue de limiter la volonté des parties, comme en matière de contrats afin d'empêcher toute immixtion privée dans la réalisation de certains actes juridiques, ou en matière de droit de la famille, de droit de la consommation, de droit des sociétés ou de droit de la concurrence². Cette variété de normes et de branches de droit concernées a par ailleurs favorisé l'émergence d'une multiplicité d'ordres publics, comme l'ordre public économique ou l'ordre public écologique³.

Le caractère d'ordre public des normes de discrimination. La question qui se pose alors est de savoir si les normes interdisant la discrimination pourraient être considérées comme étant des normes d'ordre public permettant de justifier une action du ministère public par le biais de l'article 423 du Code de procédure civile.

En fait, il semblerait que ces normes soient d'ordre public. D'abord, les normes prohibant la discrimination ont pour but de garantir l'égalité et la dignité de l'être humain. Or l'égalité est un principe ayant valeur constitutionnelle⁴, consacré également dans plusieurs normes internationales. L'interdiction de la discrimination a été en outre consacrée par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. N'importe quelle atteinte à ces intérêts devient alors une atteinte à l'intérêt général à partir du moment où la discrimination vient en quelque sorte compléter l'idée d'égalité, principe, valeur, et droit fondamental de tout État de droit⁵. Par ailleurs, les normes qui interdisent les comportements discriminatoires sont souvent de nature pénale⁶, de sorte que leur violation justifie l'application d'une peine et oblige à la réparation du préjudice causé. Lorsqu'elles ne sont pas pénales, ces normes ont toutefois un caractère impératif entraînant la nullité de l'acte contraire à l'ordre public⁷ et la naissance d'un droit de réparation du préjudice causé⁸.

¹ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, op.cit., p. 2037 ; s. A. Plantey « Définition et principes de l'ordre public », in R. Polin (dir.) *L'ordre public*, op.cit., p. 30 pour qui les normes impératives « *contraignant ou prohibant selon les cas, ces normes édictées au nom de l'ordre social s'imposent au sommet de l'Etat* », parmi celles-ci, l'on trouverait les normes portant sur la défense, le droit pénal, certaines polices (étrangers, écologie), la fiscalité, l'état des personnes, le droit de la famille, la confidentialité de la vie privée, le droit de la concurrence.

² Voir notamment sur cette question : G. Viney, P. Jourdain « Les conditions de la responsabilité », in J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 2006, p. 441 et s. Ces auteurs parlent d'un ordre public contractuel qui serait dispositif car « *il ne se borne plus à interdire, il aménage autoritairement les effets de certains contrats en modelant leur contenu obligatoire* » (p. 442), le but serait de protéger certaines catégories de contractants (p. 442). C'est ainsi que les auteurs parlent de protection d'intérêts « *catégoriels* » (p. 443), qui s'est étendu des salariés aux consommateurs.

³ *Ibid.*, voir aussi N. Belaidi, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique ?*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

⁴ Voir art. 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

⁵ P. Tapia Ballesteros, *La discriminación laboral, análisis del art. 314 del código penal*, Monografías, Valencia Tirant Lo Blanch, 2014, p. 106.

⁶ Voir art. 225-1 et s. du Code pénal.

⁷ Par exemple, l'art. L.1134-4 du Code du travail frappe de nullité tout licenciement pour des motifs discriminatoires.

⁸ Voir art. L.1134-4 et L.1134-5 du Code du travail. De même, toute infraction pénale fait naître une action civile en réparation.

Théoriquement, l'action du ministère public en tant que partie principale pourrait alors se justifier en matière civile, à défaut de loi spécifique le prévoyant, tout en affirmant que les comportements discriminatoires impliquent et présupposent une atteinte à l'ordre public.

Si l'action du ministère public semble possible en dehors du champ pénal, il convient maintenant de se demander si cette action est opportune avant de l'encourager.

§2. L'opportunité de l'action du ministère public dans la lutte contre les discriminations en dehors de la procédure pénale

Répondre à la question de savoir s'il est opportun d'encourager et d'inciter l'action du ministère public dans le domaine de la discrimination en dehors du contentieux pénal amène à se livrer à un examen des possibles avantages (A) et inconvénients (B).

A. Les avantages

Plusieurs avantages liés au type de contentieux pourraient plaider pour l'action du ministère public dans ce domaine. Sa participation permettrait d'accommoder la lutte contre les discriminations par la voie civile.

Une action permettant de concilier intérêt privé et intérêt général. D'abord, son intervention permettrait de concilier la défense de l'intérêt privé des parties et le respect de la légalité exigé par les normes interdisant la discrimination. La participation active du ministère public en tant que partie principale pourrait éviter les inconvénients nés de l'inaction des victimes, et peut-être encouragerait les victimes à agir davantage. Le ministère public accompagnerait et guiderait ainsi les victimes dans son action. Il semble imaginable une action en vue d'annuler un contrat ou un acte motivé par un motif discriminatoire. De même, en dehors de tout rapport contractuel, il pourrait agir en réparation du préjudice causé aux victimes, voire agir en cessation d'un comportement discriminatoire, par exemple en matière de dénégation de prestation d'un service.

L'assouplissement des règles probatoires. Ensuite, en matière probatoire disparaîtraient les inconvénients liés à la preuve de la motivation discriminatoire. N'étant plus limité par le principe d'innocence, il serait alors possible d'utiliser les différentes règles qui aménagent la charge de la preuve. Il serait également loisible d'utiliser des présomptions légales, et le juge pourrait déduire l'existence de cette intention à l'aide des présomptions graves précises et concordantes en vertu de l'article 1353 du Code civil. Il pourrait même demander au juge la

prise de mesures d’instruction *in futurum* prévues dans l’article 145 du Code de procédure civile, pour faciliter ensuite l’action des potentielles victimes.

Or, malgré ces avantages certains, quelques inconvénients persisteraient.

B. Les inconvénients

Plusieurs difficultés apparaissent lorsqu’on imagine une action en matière de discrimination portée par le ministère public.

Le problème relatif au type de prétention pouvant être soulevé par le ministère public en matière civile. D’abord, l’existence de l’intérêt privé des parties semble poser quelques difficultés sur la nature de la prétention que le ministère public serait autorisé à soulever. En matière civile, l’objet du litige est celui fixé par les prétentions des parties¹, le litige est l’opposition des intérêts – en principe privés – des parties. Quelle prétention pourrait soulever le ministère public si la victime reste inactive ? Si les actions en nullité ou en cessation pourraient être soulevées par le ministère public en raison de son objet, est-il légitime d’imposer la réparation de son préjudice à la victime ? Si la victime n’agit pas du tout, est-il opportun que le ministère public mette en mouvement l’action pour exiger la réparation en dehors de toute infraction pénale ? En matière pénale, cette question ne pose aucun inconvénient, car le contentieux pénal cherche avant tout à satisfaire les intérêts de la société par la sanction de l’auteur de l’infraction. Son objet principal est donc de déclarer la culpabilité du responsable, l’action civile venant réparer le préjudice de la victime n’est que l’accessoire de l’action pénale². Le désistement de l’action civile n’entraîne pas celui de l’action pénale. Par ailleurs, la victime peut toujours y renoncer et transiger sur l’objet de l’action civile. Agir à sa place pour exiger la réparation de son préjudice sans son accord pourrait également porter atteinte au principe dispositif régissant le procès civil³. Pour éviter ces difficultés, il faudrait bien préciser le type de prétention que le ministère public peut soulever. Pour faciliter son action en réparation à la place des victimes, il serait judicieux de prévoir des moments procéduraux pour que la victime puisse donner son accord, et éventuellement créer un fond pour déposer les sommes de ces atteintes.

¹ Voir art. 4 du Code de procédure civile.

² B. Bouloc, *Procédure pénale*, *op.cit.*, p. 303.

³ Un problème semblable apparaît dans toute action en représentation, notamment dans le cas d’action de groupe, sur ces questions, voir C. Hervás Hermida, *La notion d’action de groupe, étude de droit comparé*, *op. cit.*

La question des principes guidant l'action du ministère public en matière civile. Ensuite, une autre question serait celle des principes qui guideraient son action. Si en matière pénale son action est soumise au principe d'opportunité, à plus forte raison ce principe devrait guider l'action du ministère public dans ce domaine, à moins que la loi ou les circulaires ne l'exhortent à agir de manière systématique dans ce domaine, auquel cas il faudrait également délimiter l'objet de son action. Or, les normes qui interdisent les discriminations sont avant tout de nature pénale. Le magistrat du parquet devrait en principe privilégier la voie pénale. Il devrait d'abord essayer de vérifier si les éléments de l'infraction sont constitués pour ensuite agir. Pourrait-il se tourner vers la voie civile s'il estime que l'infraction n'est pas constituée ? Pourtant, il semble douteux qu'il décide d'agir au civil lorsqu'il n'a pas pu établir l'existence de l'infraction en matière pénale. Ce sont des questions à approfondir.

La surcharge de travail et la pénurie de moyens. Enfin – et surtout – se pose la question de l'organisation et des moyens financiers. Les magistrats du parquet sont souvent surchargés et fortement affectés par la pénurie de moyens, maintes fois dénoncée, dont souffre l'administration de la justice¹. Si l'on peut envisager une action dans ce domaine par le service spécialisé en matière de discrimination, en revanche, la question des moyens risque d'être beaucoup plus difficile à résoudre vu le contexte chronique de crise économique. Il serait illusoire de vouloir encourager son action dans ce domaine sans prendre en même temps des mesures et des moyens leur permettant de se consacrer à sa mise en œuvre.

En somme, l'action du ministère public en matière de discrimination en dehors du contentieux pénal n'est pas théoriquement impossible et pourrait être encouragée. Si elle était introduite, elle devrait être accompagnée de mesures pour mieux définir son cadre et pour la rendre attractive et possible financièrement.

L'action du ministère public a tout son intérêt en matière de discriminations. L'action des services spécialisés devrait être ainsi encouragée, non seulement au pénal, mais également au civil. Les membres du parquet semblent concernés et sensibilisés pour agir en matière pénale, le problème étant le faible taux de cas portés à leur connaissance. Il faudrait peut-être insister davantage sur les modes de collaboration entre les différents partenaires sociaux agissant dans ce domaine. De même, pour favoriser l'implication des membres du parquet dans le domaine civil, il faudrait mieux identifier le type de litiges dans lesquels ils pourraient intervenir en

¹ Par exemple, voir J.-L. Nadal (dir.), *Réfonder le ministère public*, rapport rendu au Ministère de la justice, novembre 2013, p. 22 et s.

précisant le type de mesures qu'ils seraient susceptibles d'exiger et de mettre en œuvre, par exemple, par le biais d'une circulaire. La lutte contre les discriminations gagnerait en cohérence et serait sûrement plus systématique.

V. Les juges face aux discriminations

Les obstacles à la lutte contre les discriminations devant le juge constitutionnel

Patricia Rrapì

Maître de conférences en droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense

La politique de lutte contre les discriminations se présente sous deux versants, celui de la reconnaissance officielle de la réalité des discriminations et celui du combat de droit ¹ contre ces discriminations. Que ce soit de l'un ou l'autre point de vue, cette politique n'implique pas directement le juge constitutionnel. Dans son premier versant, celui de la reconnaissance officielle, le juge reste en retrait : alors que la reconnaissance officielle de la réalité de la discrimination nécessite une évolution dans la manière de saisir, par les mots, la réalité factuelle de l'application des lois, le juge constitutionnel aborde les situations discriminatoires en se tenant à l'objectivité du langage constitutionnel et/ou législatif, pour refuser de nommer les discriminations tout en les sanctionnant ou bien refuser de les sanctionner sans même les nommer. Dans le second versant, celui du combat de droit pour la lutte contre les discriminations. L'action du Conseil constitutionnel n'est pas plus déterminante. Si au début des années soixante-dix, le juge constitutionnel s'est efforcé de construire sa légitimité autour de l'image d'un juge protecteur des droits, cette époque est révolue². Le juge constitutionnel cherche davantage à construire sa légitimité par la déférence au législateur. Le « bulldozer »³ européen en matière de lutte contre les discriminations ne semble pas avoir touché les fondations de l'institution et si l'on peut valablement parler d'un droit (ou de la naissance d'un droit) de la lutte contre les discriminations en général, le droit constitutionnel de la lutte contre les discriminations demeure à venir. Ce programme n'a pas encore atteint le niveau constitutionnel. Une telle affirmation peut paraître paradoxale dans la mesure où une place privilégiée est accordée, dans la Constitution, au principe d'égalité et, par conséquent, à celui de non-discrimination. Il est très important en ce sens de souligner que le principe constitutionnel de non-discrimination, tel qu'appliqué et interprété par le juge constitutionnel,

¹ D. Fassin, « L'invention française de la discrimination », *RFSP*, 2002/4, Vol. 52, pp. 403-423.

² V. Champeil-Desplats, « À quoi sert encore le Conseil constitutionnel ? », *Plein droit*, 1/2008 (n° 76), p. 27-31.

³ G. Calvès, « "Il n'y pas de race ici". Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, 2002/4 (n°17), p. 173-186.

n'est ni le fruit, ni le prolongement de la politique de lutte contre les discriminations telle qu'elle a été promue au niveau international et européen. Entièrement dépendant du seul principe constitutionnel d'égalité¹, il en est, notamment puisqu'il la procède, complètement autonome dans son esprit.

Le fait d'ailleurs que le principe de non-discrimination ne soit pas souvent invoqué par les requérants, ni utilisé par le juge est le signe d'une autre manière de concevoir, de nommer et de sanctionner les discriminations. Il est ainsi très difficile d'identifier ce contentieux et d'en faire une étude systématisée et indépendante. Afin d'étudier le traitement des discriminations devant le juge constitutionnel, il faut se tourner vers le contentieux du principe d'égalité, qui lui-même est très peu structuré² et dont la complicité étroite avec le principe de non-discrimination empêche l'émergence d'une jurisprudence favorable et clairement tournée vers la lutte contre les discriminations. Par conséquent, en termes méthodologiques, la jurisprudence relative au principe de non-discrimination lui-même ne donne pas une image fidèle de ce que pourrait être l'exigence de non-discrimination en droit constitutionnel français. Il faut, sans se limiter au principe de non discrimination et à son inexistante définition, se référer à des cas de jurisprudence plus larges qui nous renseignent sur la liberté qu'a le juge face aux situations discriminatoires elles-mêmes.

Si le principe d'égalité permet de sanctionner les discriminations – surtout les discriminations directes –, il n'est en revanche jamais mobilisé par le juge comme un moyen de lutte contre les discriminations, entendue au double sens de reconnaissance officielle de la réalité des discriminations et d'un combat de droit pour leur élimination. C'est ainsi, qu'il est également difficile d'imaginer au niveau constitutionnel, ce qui pourrait être le troisième volet de la politique de la lutte contre les discriminations, la promotion des politiques de « discriminations positives ». Dans ce cadre là, le principe constitutionnel d'égalité, la jurisprudence en la matière étant très connue, peut même devenir, parfois, un véritable frein³.

Certaines discriminations – surtout celles dites directes – sont ainsi sanctionnées par le juge sans jamais être mentionnées comme telles. Il n'est alors pas étonnant de remarquer que les discriminations, devant le juge constitutionnel, flottent entre l'absence des mots pour les nommer (section 1) et le silence (Section 2) ou la distance construite par le juge entre son prétoire et les situations discriminatoires (Section 3).

Section 1. L'absence

¹ F. Lemaire, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010, p. 301.

² O. Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum*, n° 7, URL : <http://juspolicum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-gardien-de-l-egalite-459.html>.

³ Cons. constit., décision n°82-146 DC, 18 novembre 1982, Quotas par sexe ; Cons. constit., décision n°2006-533 DC, 16 mars 2006, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

Au niveau constitutionnel, l'absence est double. Elle est d'abord textuelle dans la mesure où aucun élément du « bloc de constitutionnalité » ne mentionne le mot « discrimination ». Bien évidemment, les textes constitutionnels accordent une place privilégiée au principe d'égalité et interdisent à deux reprises les « distinctions » fondées sur l'origine, la « race », la religion¹ mais le mot lui-même est absent. Cela s'explique par l'hétérogénéité du mot « discrimination » dans l'univers juridique français, où il n'a été introduit que récemment par les lois qui ont successivement interdit les discriminations². Toutefois, lorsqu'il est employé aussi bien par le juge constitutionnel que par les requérants, son emploi ne renvoie pas au concept de discrimination. Le mot « discrimination » est utilisé comme synonyme de traitements différenciés.

§1. L'idée sans le mot

Si les textes constitutionnels ne font pas mention explicite du principe de non-discrimination, l'idée derrière celui-ci réside non seulement dans le principe général d'égalité mais aussi dans le principe de non distinction en fonction de l'origine, de la « race », de la religion etc. La mention dans le texte constitutionnel de distinctions expressément interdites constitue une innovation majeure introduite par le Préambule de la Constitution de 1946. La disposition a été reprise en tant que telle par l'article 2 de la Constitution de 1958 : la France « assure l'égalité de la loi de tous les citoyens sans distinctions d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toute les croyances ». En droit constitutionnel les distinctions auxquelles il est interdit de procéder résultent ainsi, à titre principal, de l'article premier de la Constitution et de l'alinéa trois du Préambule de la Constitution de 1946 qui proscrivent les discriminations fondées sur l'origine, la race, la religion, les croyances et le sexe.

La liste de ces critères de distinction prohibés est cependant assez courte par rapport notamment au Code pénal³. La doctrine est d'ailleurs divisée sur le fait de savoir si cette liste est ouverte

¹ Article premier de la Constitution du 4 octobre 1958 et premier alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

² V. Champeil-Desplats, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *RevDH*, [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 08 mars 2016, consulté le 13 mai 2016. URL : [\[http://revdh.revues.org/2049\]](http://revdh.revues.org/2049).

³ Article 225-1 du Code pénal :

« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, du

ou non¹. Il semble en effet que le juge constitutionnel ne se soit jamais explicitement prononcé sur ce point. Cela ne signifie pas que certains critères de distinction qui ne figurent pas dans la constitution ne seront pas sanctionnés ou considérés comme prohibés par le juge. Mais ces critères seront sanctionnés sous l'angle du principe d'égalité et non pas sous celui du principe de non-discrimination.

Il en va ainsi de la discrimination fondée sur la filiation entre enfants nés pendant ou hors mariage. Il n'est possible de déduire que de manière implicite la prohibition des traitements différenciés fondés sur ce critère. Dans la décision QPC, *Mme Fazia et autres*, le juge valide la disposition législative seulement parce que la différence de traitement ne porte pas « *sur le lien de filiation mais sur les effets de ce lien sur la nationalité ; qu'elle présente un caractère résiduel* »². *A contrario*, on en déduit que cette différence de traitement pourrait être sanctionnée, si elle ne présentait pas un caractère seulement résiduel. Mais il s'agirait d'une violation du principe d'égalité et non d'un nouveau critère prohibé. De nouveaux critères interdits de distinction pourraient ainsi être dégagés par le juge constitutionnel, mais faute d'avoir une jurisprudence indépendante du principe de non-discrimination, il est difficile de déterminer clairement s'ils ont été ou non dégagés par le juge.

Dans d'autres cas, le juge, à la suite des arguments soulevés par les requérants, se prononce sur un critère prohibé qui serait interdit par d'autres articles du « bloc de constitutionnalité ». Ainsi dans la décision *Loi de finances pour 2010*, les requérants soutenaient que le législateur avait créé une discrimination fondée sur l'âge et violait ainsi les dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946. Le juge sans se prononcer explicitement sur l'existence ou non de cette discrimination fondée sur l'âge, accepte l'argument, en laissant penser implicitement qu'une telle distinction serait interdite si elle n'était pas justifiée, mais écarte le grief en l'espèce en renvoyant à la marge très grande d'appréciation du législateur³. Dans certains cas, l'interdiction de différencier sur ces critères est absolue – par exemple, dans le cas des statistiques ethniques⁴ – mais certains critères comme celui fondé sur l'origine ou la nationalité ne sont pas absolus et dépendent des domaines d'application. Si par exemple le

handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation ou identité sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales ».

¹ F. Melin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, PUAM-Economica, 1997, p. 90 et ss.

² Cons. constit., décision n°2011-186/187/188/189 QPC du 21 octobre 2011, Mlle Fazia C. et autres, cons. 6.

³ Cons. constit., décision n°2009-599 DC, 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010, Cons. 97 à 104. Voir aussi dans ce sens, Cons. constit., décision n°86-207 DC, 26 juin 1986, Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, Cons. 30 à 33.

⁴ Cons. constit., décision n°2007-557 DC, 15 novembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, Cons. 24 à 29.

Conseil constitutionnel a très tôt sanctionné le refus de soins en fonction de la nationalité¹, dans une QPC récente il a validé la loi qui interdit aux étrangers de monter une entreprise de sécurité privée².

§2. Le mot sans le concept

Le mot « discrimination » est apparu dans la jurisprudence du juge constitutionnel dès les premières décisions mobilisant le principe d'égalité³. Il est assez fréquemment employé par les requérants et parfois par le juge lui-même. Mais le mot « discrimination » est pour le juge constitutionnel synonyme de traitements différenciés, d'où également l'expression « discriminations injustifiées ». Il n'est pas utilisé dans le cadre du principe de non-discrimination afin de désigner les critères prohibés par la Constitution. En d'autres termes, le mot « discrimination » est noyé dans l'ensemble des « *traitements différenciés* » et correspond à une conception extensive de la discrimination. On entendra alors par discrimination « *l'atteinte non justifiée, arbitraire au principe d'égalité* ».⁴

L'emploi du mot « discrimination » dans ce sens très large peut conduire à deux constats très différents. Il est possible de dire que l'importance accordée au principe d'égalité au niveau constitutionnel conduit à qualifier de discrimination toute violation injustifiée du principe d'égalité. Dans ce sens, le principe d'égalité pourrait être mobilisé par le juge constitutionnel afin d'éliminer toute différence de traitement fondée explicitement ou implicitement sur des critères prohibés. Le principe constitutionnel d'égalité serait le moyen le plus efficace, puisque le mot discrimination est entendu de façon très large, de mener une politique de lutte contre les discriminations. La réalité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est cependant autre. Paradoxalement c'est de cette conception extensive, qui *a priori* pourrait solidement fonder une politique jurisprudentielle de lutte contre les discriminations, que découle la fragilité de l'arsenal

¹ Cons. constit., décision n°89-269 DC, 22 janvier 1990, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, Cons. 32 à 36.

² Cons. constit., décision n°2015-463 QPC, 9 avril 2015, M. Kamel B et autre.

³ Cons. constit., décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973 ; Cons. constit., Loi de finances pour 1974, Cons. 2 ; Cons. constit., décision n°77-83 DC, 20 juillet 1977, Loi modifiant l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961, Cons. 3 ; Cons. constit., décision n°77-79 DC, 5 juillet 1977, Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n°75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale, Cons. 2 ; Cons. constit., décision n°79-112 DC, 9 janvier 1980, Loi portant aménagement de la fiscalité locale, Cons. 2 ; Cons. constit., décision n°89-271 DC, 11 janvier 1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, Cons. 23

⁴ D. Lochak, « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, n°48, Hiver 2003-2004, p. 16.

constitutionnel car il s'agit d'une manière de refuser, de façon quasi psychologique, la reconnaissance officielle des discriminations. À partir du moment où toute violation du principe d'égalité est considérée comme une « discrimination », le juge procède à la relativisation des discriminations fondées sur des critères prohibés et à l'absence d'une reconnaissance officielle de leur existence spécifique. C'est ici que le principe d'égalité, qui conduit devant le juge constitutionnel à qualifier de « discrimination » tout traitement différencié injustifié, devient un obstacle à l'identification des discriminations fondées sur des critères prohibés. On constate alors que cette attitude du juge empêche de penser la notion de « discrimination » au niveau constitutionnel. Si, intuitivement, le mot nous est familier, il est en revanche très difficile d'avoir une définition constitutionnelle précise de cette notion.

Le langage du juge constitutionnel n'est pas le seul frein à la politique de lutte contre des discriminations. Au-delà des mots, les discriminations devant le juge constitutionnel sont traitées de façon très silencieuse.

Section 2. Le silence

Un grand silence entoure la sanction des discriminations devant le juge constitutionnel. Lorsque le juge sanctionne une discrimination, il n'expose jamais explicitement la discrimination qu'il invalide et mobilise le seul principe d'égalité (§1). Dans d'autres cas, il mobilise d'autres motifs d'inconstitutionnalité pour éviter de se prononcer sur la discrimination elle-même (§2).

§1. Un motif écarté

En présence d'une discrimination directe, le juge constitutionnel procède quasi automatiquement à l'invalidation de la loi. Nombreuses sont les décisions dans lesquelles une discrimination fondée sur le sexe ou la nationalité est sanctionnée¹.

Mais l'argument de la discrimination n'est jamais pris en compte. Encore plus paradoxal est le fait que dans ces décisions le mot « discrimination », qui est assez souvent employé comme synonyme de « traitement différencié », n'est même pas utilisé. La sanction de la discrimination est en filigrane et toujours vue à travers le prisme de la violation du principe d'égalité. On pourrait parler ici d'un refus politique du juge d'accuser le législateur d'avoir procédé à une discrimination.

¹ A titre d'exemples : Cons. constit., décision n°89-269 DC, 22 janvier 1990, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, Cons. 32 à 36 ; Cons. constit., décision n° -2010-1 QPC, 28 mai 2010, Consorts Labane ; Cons. constit., décision n°2010-18 QPC, 23 juillet 2010, M. Lahcène A. ; CC, décision n°2011-159 QPC, 5 août 2011, Mme Elke B.

Il en va ainsi dans la décision QPC de 2014, *Jamila K.*¹. En l'espèce la requérante soutenait qu'en prévoyant que la perte de la nationalité française résultant de l'acquisition volontaire de la nationalité étrangère s'opère de plein droit pour les femmes alors que, pour les hommes, elle est subordonnée à une demande de leur part aux fins d'abandon de la nationalité française, les dispositions législatives portaient atteinte au principe d'égalité entre les femmes et les hommes. Le juge sanctionne la loi en rappelant l'article 6 de la Déclaration de 1789 ainsi que le troisième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, mais ne mentionne pas le principe de non-discrimination.

De la même façon dans une décision QPC récente, le requérant reprochait à la loi d'instaurer une différence de traitement entre les personnes de nationalité française victimes d'attentats ou d'actes de violence survenus sur le territoire algérien entre le 31 octobre 1954 et le 29 septembre 1962 ainsi qu'entre leurs ayants droit de nationalité française, selon que ces personnes possèdent ou non cette nationalité à la date du 31 juillet 1963. Plus précisément, il n'était pas reproché à la loi de procéder à une différence de traitement entre étrangers et nationaux mais entre nationaux qui avaient ou non la nationalité française à la date du 31 juillet 1963. En l'espèce, le requérant avait perdu la nationalité française le 31 juillet 1963 et était de nouveau naturalisé français en 2005. Le juge constitutionnel refuse de se prononcer sur la différence de traitement fondée sur le moment de l'acquisition de la nationalité française. Il sanctionne la loi mais pour cela il soulève d'office la violation de l'alinéa douze du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui garantit l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales². La discrimination n'est sanctionnée que de façon implicite.

Dans la plupart de ces décisions, notamment dans les décisions QPC où ce cas de figure est présent, il s'agit aussi de législation ancienne dont l'annulation ne touche pas le législateur plus ou moins actuel³.

§2. Un motif contourné

Le motif est souvent contourné dans le but de sanctionner la loi sur une inconstitutionnalité autre que la discrimination. C'est le cas dans les décisions pour lesquelles il existe un vrai problème de discrimination, sur lequel le juge constitutionnel refuse alors de se prononcer. Au lieu de sanctionner la discrimination, le juge procède à la mobilisation d'autres motifs d'inconstitutionnalité.

¹ Cons. constit., décision n°2013-360 QPC, 9 janvier 2014, Mme Jalila K.

² Cons. constit., décision n°2015-530 QPC, 23 mars 2016, M. Chérif Y.

³ Voir Cons. constit., décision n°2010-1 QPC, 28 mai 2010, Consorts Labane ; Cons. constit., décision n°2011-159 QPC, 5 août 2011, Mme Elke B. ; Cons. constit., décision n°2013-360 QPC, 9 janvier 2014, Mme Jalila K.

Dans une décision de 2010, la disposition litigieuse de l'accord franco-roumain portait sur « l'accompagnement » en Roumanie des enfants mineurs non accompagnés. Cette disposition, et l'accord lui-même, visaient dans les faits et sans aucune ambiguïté les enfants Roms¹. Or, le juge constitutionnel va certes annuler la disposition, mais sans dire un mot sur le traitement réservé aux mineurs Roms. La référence à l'origine n'est pas davantage discutée dans le commentaire de la décision où l'on apprend vaguement qu'il s'agit d'enfants habitant dans des « caravanes ». Les requérants quant à eux invoquaient la violation du principe d'égalité. Le juge annule la disposition, sans se prononcer sur la discrimination, en précisant seulement que l'absence de recours effectif contre la décision d'éloignement est contraire à la Constitution. Dans la décision relative aux « gens de voyage », de la même façon, la discrimination fondée sur le mode de vie est écartée, le juge sanctionnant la disposition sur la violation de la liberté d'aller et venir².

Section 3. La distance

La déférence que le juge constitutionnel présente à l'égard du législateur se traduit concrètement par une distance aux problèmes de discriminations. La frontière entre une déférence à l'égard du législateur et une justification de l'autolimitation est alors très mince.

Le juge refuse dans de nombreux cas de mobiliser le principe d'égalité en faveur d'une politique jurisprudentielle favorable à la lutte contre les discriminations. Ceci découle de la légitimité fragile dont pâtit le juge constitutionnel. Il n'est pas rare de voir même louer la prudence dont le juge fait preuve dans le contentieux du principe d'égalité³. L'identification et la sanction des discriminations au niveau constitutionnel sont en effet étroitement liées, au-delà des freins conceptuels, à l'image du juge constitutionnel, image qu'il nourrit lui-même par déférence au législateur (§1). L'autolimitation est ainsi la source principale des freins jurisprudentiels à l'identification des discriminations (§2).

§1. La déférence au législateur

¹ Cons. constit., décision n°2010-614 DC, 4 novembre 2010, Loi autorisant l'approbation de l'accord entre la France et la Roumanie relatif à une coopération en vue de la protection des mineurs roumains isolés sur le territoire français.

² Cons. constit., décision n°2012-279 QPC, 5 octobre 2012, M. Jean-Claude P.

³ F. Melin-Soucramanien, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°29.

Il en va ainsi lorsque le juge mobilise des notions générales comme la sécurité ou l'ordre public afin de justifier une discrimination. Il s'agit dans la plupart des cas de discrimination fondée sur l'origine ou la nationalité.

C'est ainsi que le juge constitutionnel justifie au regard de l'objectif de lutte contre le terrorisme que la déchéance de nationalité puisse ne concerner que les naturalisés français¹ ou encore que la sécurité publique puisse justifier l'exclusion des étrangers d'une activité de service de sécurité privée². Il faut à ce titre rappeler également la loi sur le port du voile intégral. L'effort d'objectiver une disposition, qui ne concernait dans les faits que les femmes musulmanes, s'appuie là aussi sur l'argument de l'ordre public et de la dignité de la personne humaine pour décerner un brevet de constitutionnalité à une disposition ciblée³.

Le statut des « gens du voyage », déféré à plusieurs reprises au Conseil constitutionnel, en est un exemple marquant. Cet exemple cristallise à lui seul les tensions entre une conception universaliste de l'égalité et le refus de reconnaître officiellement une discrimination. Nul n'ignore – l'historique du statut administratif suffit à le prouver – que ces dispositions législatives visent à encadrer et réprimer les agissements d'une population qui, bien que de nationalité française, est essentialisée à partir d'un critère supposé culturel, « le voyage ». Au-delà de l'expression elle-même qui mérite une analyse plus poussée sous l'angle du principe de non-discrimination, le juge refuse d'y voir une discrimination. Il précise :

« Considérant qu'il résulte des dispositions combinées du paragraphe I de l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 2000 et de l'article 2 de la loi du 3 janvier 1969 susvisées que les dispositions contestées sont applicables aux « personnes dites gens du voyage [...] dont l'habitat traditionnel est constitué de résidences mobiles » et « n'ayant ni domicile ni résidence fixes de plus de six mois dans un État membre de l'Union européenne » ; qu'elles sont fondées sur une différence de situation entre les personnes, quelles que soient leurs origines, dont l'habitat est constitué de résidences mobiles et qui ont choisi un mode de vie itinérant et celles qui vivent de manière sédentaire ; qu'ainsi la distinction qu'elles opèrent repose sur des critères objectifs et rationnels en rapport direct avec le but que s'est assigné le législateur en vue d'accueillir les gens du voyage dans des conditions compatibles avec l'ordre public et les droits des tiers ; qu'elles

¹ Cons. constit., décision n°2014-427 QPC, 14 novembre 2014, M. Mario S. Voir aussi sur la condition de nationalité : Cons. constit., décision n°2012-259 QPC, 29 juin 2012, M. Mouloud A.

² Cons. constit., décision n°2015-463 QPC, 9 avril 2015, M. Kamel B. et autres.

³ Cons. constit., décision n°2010-613 DC, 7 octobre 2010, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Le juge précise que :

« Considérant que les articles 1^{er} et 2 de la loi déferée ont pour objet de répondre à l'apparition de pratiques, jusqu'alors exceptionnelles, consistant à dissimuler son visage dans l'espace public ; que le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société ; qu'il a également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité ; qu'en adoptant les dispositions déferées, le législateur a ainsi complété et généralisé des règles jusque là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public ».

n'instituent aucune discrimination fondée sur une origine ethnique ; que, par suite, elles ne sont pas contraires au principe d'égalité »¹.

Le Conseil constitutionnel refuse à raison peut-être de faire une essentialisation de la population dans le but de lui accorder une protection particulière ou de se fonder explicitement sur « un mode de vie » à protéger, car dans le cas français et faute de statistiques sur « l'ethnie » des « gens du voyage », il est très difficile de mesurer s'il s'agit d'une ethnie ou non². Le seul point commun véritable entre les personnes assujetties à ce statut est précisément le statut juridique particulier auquel elles sont soumises³. Dans ce refus du juge constitutionnel de poser une telle question, se retrouve l'universalisme qui englobe le principe constitutionnel d'égalité, et ne réduit pas les inégalités à des discriminations. Mais si l'idée est noble, l'objectivation du critère de traitement différencié n'est que de façade, car si les « gens du voyage » ne constituent pas une ethnie qui serait distincte culturellement par son mode de vie, force est de constater que le statut administratif lui, invente cette « ethnie » et la maintient⁴. Le critère prétendument objectif de différenciation – résidence mobile – n'en est absolument pas un et le juge constitutionnel pouvait se fonder là-dessus, ne serait-ce qu'au regard du rapport de la Cour des comptes qui précise que l'expression « *recouvre les personnes dont l'habitat en résidence mobile a un caractère traditionnel. Sont donc exclues les personnes sans domicile fixe et l'ensemble des personnes vivant contre leur gré dans un habitat mobile ou léger* »⁵. Le statut administratif vise donc bien quelque chose de traditionnel puisque les autres personnes sans domicile fixe ou bien sans logement ne sont pas concernées. À la Cour des comptes de préciser également, ce qui permet aussi de relativiser le mythe du voyage et de la résidence mobile, que « *en pratique, les gens du voyage sont caractérisés par une grande diversité des modes de vie et d'habitat* ».⁶ Ce statut qui vise une ethnie imaginée ou réelle, la crée en tant que telle et lui réserve un statut discriminatoire⁷. Contrairement à ce que dit le juge constitutionnel l'universalisme qu'il défend aurait dû le conduire à sanctionner un statut qui invente une « ethnie » plutôt que de valider un critère en apparence objectif. Cela nous permet de dire que si le principe formel d'égalité n'est pas en soi un obstacle à la lutte contre les discriminations, il le devient lorsque le juge l'utilise dans son raisonnement comme un principe d'égalité de façade.

¹ Cons. constit, décision n°2010-13 QPC, 9 juillet 2010, M. Orient et autres, Cons.6

² Selon les anthropologues, on englobe sous le même terme plusieurs sous-groupes qui ont des traditions différentes : les personnes de culture manouche, les Yéniches qui ont leur propre langue et les descendants des familles paysannes françaises qui étaient sur les routes au XIX^e siècle.

³ M. Bordigoni, *Gitans, Tsiganes, Roms... Idées reçues sur le monde du voyage*, Paris, Le cavalier bleu, 2013.

⁴ D. Lochak, « La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, décembre 1992, n°33, p. 291-303.

⁵ Cour des comptes, *L'accueil et l'accompagnement des gens du voyage*, octobre 2012, p. 8

⁶ *Ibid.*, p. 16 (nous soulignons).

⁷ C. Le Berre, « Les gens du voyage : une catégorie ambiguë, source de discrimination indirecte », *RDP*, 2008, p.891.

Il faut préciser que la déférence au législateur peut également jouer en faveur des catégories discriminées lorsque le juge constitutionnel fait primer l'intérêt général sur une législation favorable à une certaine catégorie¹. En effet, si dans certains cas, notamment dans celui de l'exercice du droit au suffrage, le juge constitutionnel se montre très sévère à l'égard des politiques de discriminations positives, dans de nombreux cas il ne sanctionne pas de telles politiques².

Le renvoi au législateur est cependant le facteur principal d'une distance que le juge construit entre lui et la situation discriminatoire.

§2. La justification de l'autolimitation

La déférence au législateur, surtout lorsqu'il existe un doute sérieux sur la constitutionnalité de la disposition contestée, doit être justifiée de manière « cohérente » ou, pour être plus précis, doit s'appuyer sur des arguments qui, à défaut d'être solides, doivent en revanche passer pour évidents. Rien de plus évident, en ce sens, que le « caractère abstrait » du contrôle de constitutionnalité, qui malgré les critiques récurrentes adressées au modèle français de justice constitutionnelle, continue à formater la posture du juge constitutionnel.

Or, en matière de discriminations, l'application de la loi, la façon dont la loi produit des effets discriminatoires même lorsqu'en apparence elle n'encourageait pas une discrimination sont des éléments déterminants pour aborder une allégation de discrimination dans le cadre d'une procédure. Sans évoquer la contradiction qui existe dans la procédure de la QPC, par exemple, entre le caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité et la prise en compte des changements de « faits ou de circonstances » pour contester la constitutionnalité d'une disposition législative déclarée conforme à la Constitution, on peut se limiter au constat d'une utilisation aléatoire de cette posture du contrôle abstrait, qui voudrait que le juge constitutionnel ne s'intéresse pas à l'application de la loi, à la façon dont la loi produit des effets. Le choix de mobiliser la posture du contrôle abstrait ou de s'intéresser à l'application de la loi, varie d'une décision à l'autre.

Dans une décision de décembre 2010 *Loi de réforme des collectivités territoriales*, les requérants soutenaient que la généralisation du scrutin uninominal majoritaire à deux tours pour

¹ A titre d'exemples : Cons. constit., décision n°99-416 DC, 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, Cons. 9 ; Cons. constit., décision n°89-266 DC, 9 janvier 1990, Loi modifiant l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ; Cons. constit., décision n°2010-11 QPC, 9 juillet 2010, Mme Virginie M. ; Cons. constit., décision n°2011-173 QPC, 20 septembre 2011, M. Louis C et autres ; Cons. constit., décision n°2011-122 QPC, 29 avril 2011, Syndicat CGT et autres ; Cons. constit., décisions n°2013-667 DC, 16 mai 2013, Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, Cons. 10 à 16 ; Cons. constit., décision n°2015-504/505 QPC, 4 décembre 2015, Mme Nicole B. veuve B.

² Voir F. Melin-Soucramanien, *Le Principe d'égalité...*, *op.cit.* p. 230 et s.

l'élection des conseillers territoriaux et l'abandon qui en résulte du scrutin de liste pour l'élection des élus siégeant au conseil régional entraîneraient un recul très important de la représentation des femmes dans ces conseils. Ils dénonçaient ainsi une discrimination indirecte qui découlerait de ce type de scrutin. Le Conseil constitutionnel se fondant sur le caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité précise :

« Considérant que le deuxième alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution n'a ni pour objet ni pour effet de priver le législateur de la faculté qu'il tient de l'article 34 de la Constitution de fixer le régime électoral des assemblées locales ; que les dispositions critiquées ne portent, par elles-mêmes, aucune atteinte à l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives énoncé à l'article 1^{er} de la Constitution ; qu'elles ne portent pas davantage atteinte au principe d'égalité devant la loi ; que, par suite, les griefs formés contre l'article 1^{er} de la loi doivent être écartés »¹.

Dans une autre décision cependant, le juge, se saisissant de l'application de la loi émet une réserve d'interprétation afin de prévenir ses effets discriminatoires. En l'espèce, les requérants soutenaient que l'article 4 de la loi soumise au contrôle était contraire aux dispositions de l'article 2 de la Constitution, aux termes desquelles *« la France [...] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion »*, dans la mesure où elle introduisait une discrimination entre Français en fonction de la durée de leur résidence en France, au détriment des Français ayant résidé à l'étranger, qui, lors de leur retour sur le territoire national, ne pouvaient immédiatement bénéficier des prestations sociales visées par cet article. Le juge constitutionnel émet une réserve d'interprétation en précisant que :

« Il incombe, tant au législateur qu'au Gouvernement, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes proclamés par le onzième alinéa du Préambule, les modalités de leur mise en œuvre ; qu'il suit de là qu'il appartient au pouvoir réglementaire, dans chacun des cas prévus à l'article 4 de la loi, de fixer la durée de la condition de résidence de façon à ne pas aboutir à mettre en cause les dispositions précitées du Préambule et en tenant compte à cet effet des diverses prestations d'assistance dont sont susceptibles de bénéficier les intéressés ; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution »².

Ce constat est valable non seulement dans des cas où un effet discriminatoire de la loi aurait pu être discuté mais aussi dans l'application, de manière générale, du principe d'égalité. C'est ainsi que le juge constitutionnel a pu préciser que le fait d'exclure les travailleurs en prison du contrat

¹ Cons. constit., décision n°2010-618, 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, Cons. 32 à 34.

² Cons. constit., décision n°86-225, 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, Cons 12 à 18.

de travail, tel que prévu par le code du travail, n'est pas « en-elle même » la cause de la situation précaire du travail en prison¹.

Il s'agit là, en réalité, d'un argument qui permet au juge de mettre à distance les effets de la loi et plus particulièrement les cas de discriminations.

Il est possible de déduire de ce qui précède que l'absence d'une jurisprudence explicite de lutte contre les discriminations devant le juge constitutionnel résulte davantage du refus de reconnaître officiellement les situations discriminatoires, attitude qui est liée à l'universalisme que véhicule le principe constitutionnel d'égalité, que d'une mauvaise foi du juge. En revanche, les moyens (langage, contournement des griefs, argument de contrôle « abstrait ») qui sont employés afin de renoncer à une telle reconnaissance officielle, paraissent peu transparents et encore moins convaincants.

¹ Cons. constit., décision n°2013-320/321 QPC, 14 juin 2013, M. Yacine T. et autres. Le juge décide :
« Considérant qu'il est loisible au législateur de modifier les dispositions relatives au travail des personnes incarcérées afin de renforcer la protection de leurs droits ; que, toutefois, les dispositions contestées de la première phrase du troisième alinéa de l'article 717-3 du Code de procédure pénale, qui se bornent à prévoir que les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail, ne portent, en elles-mêmes, aucune atteinte aux principes énoncés par le Préambule de 1946 ; qu'elles ne méconnaissent pas davantage le principe d'égalité ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit » (nous soulignons).

Le Conseil d'État et le contrôle des discriminations.

Entre les doutes et la réalité de la prise en compte des discriminations

Jacqueline Domenach

Professeur, Université Paris Ouest Nanterre La Défense

L'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de contrôle des discriminations¹ a pour objet de mettre en évidence les méthodes de qualification retenues par le juge, les évolutions de la jurisprudence administrative, ainsi que l'influence du législateur, du droit constitutionnel et des droits européens².

Il est proposé de réfléchir au changement éventuel de paradigme entre la référence au principe d'égalité et la référence au principe de non-discrimination, tout en précisant que ces deux approches ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Elles peuvent donc éventuellement être complémentaires. Il s'agira de décrypter les raisonnements et les méthodes du juge administratif en matière d'application de la qualification du principe de non discrimination, en lien avec le principe d'égalité. Quelles sont les évolutions quant aux standards juridiques de référence du juge à la fois au regard du droit interne et notamment du droit constitutionnel et du droit conventionnel de l'Union européenne et du droit du Conseil de l'Europe ?

Il conviendra également d'étudier les justifications retenues par le juge pour admettre la légalité des différences de traitement au regard des motifs légitimes du législateur, qu'il s'agisse de la référence au principe d'égalité ou de celle de l'application du principe de non-discrimination. N'est-il pas possible dans le cadre de cette réflexion d'établir déjà une première typologie des réponses jurisprudentielles au regard des critères prohibés de discrimination et ainsi de vérifier les évolutions retenues en terme de qualification de discriminations interdites ?³ (Section 1).

Il sera nécessaire aussi de vérifier, sous l'influence de la loi et des normes européennes, les évolutions du contrôle et notamment la prise en compte des « discriminations indirectes », ainsi que les changements en matière de preuve. Si le renversement de la charge de la preuve ne peut avoir que des conséquences positives pour retenir la qualification de discriminations, il sera nécessaire d'introduire l'évolution de la jurisprudence relative aux conditions de recevabilité et

¹ Étude d'une soixantaine d'arrêts du Conseil d'Etat.

² Voir en particulier la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

³ D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, 11, 1987, p. 778.

aux méthodes inquisitoriales du juge administratif et, en particulier, les exigences imposées aux autorités administratives pour apporter les éléments de justification de non discrimination (Section 2).

Section 1. Réflexions sur la méthodologie du Conseil d'Etat : entre principe d'égalité et principe de non-discrimination

L'analyse portera sur les méthodes de raisonnement du juge administratif et sur les catégories juridiques de référence dans la qualification des illégalités. Nous pouvons poser deux hypothèses : la référence au principe de non-discrimination ne se substitue pas totalement à celle du principe d'égalité d'une part (§1), mais les méthodes de raisonnement et de qualification relevant de la notion de non discrimination apportent des solutions jurisprudentielles différentes d'autre part (§2).

§1. La référence au principe d'égalité et les méthodes de raisonnement du juge administratif

Alors que la référence au droit des discriminations vise à contrôler des distinctions fondées sur des critères prohibés par les normes nationales et européennes, l'approche en termes de respect du principe d'égalité permet au Conseil d'État de censurer les décisions administratives ou des comportements à l'origine de traitements illégaux. Une large majorité de la doctrine estime qu'une telle approche est essentiellement abstraite, contrairement à celle de l'application du principe de non-discrimination qui relèverait d'une approche plus concrète¹.

A. L'application du principe d'égalité et les critères abstraits de référence

Le principe de « non-discrimination » n'est pas inscrit dans la Constitution de 1958 qui se réfère seulement au principe d'égalité². Avant tout, pour le juge administratif, l'application du principe d'égalité s'impose comme principe constitutionnel et comme principe général du droit (PGD). Ainsi, le prisme de l'égalité conduit-il le juge administratif français à n'avoir, comme source d'inspiration, que le droit français et la référence au principe d'égalité³. L'analyse des visas des décisions juridictionnelles rendues en constitue la preuve, avant la prise en compte de l'évolution de la jurisprudence et l'inclusion de la référence au principe de non discrimination.

¹ « Discrimination dans l'emploi, Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation », Paris, La documentation française, 2011.

² F. Lemaire, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *RFDA*, 2010, p. 301.

³ CE, Rapport public, *Le principe d'égalité*, 1996.

Le juge administratif raisonne de manière déductive, afin de vérifier l'existence d'éventuelles ruptures d'égalité au regard de la loi¹. Cette méthode du juge administratif a permis d'apporter des garanties aux administrés qui peuvent être considérées comme une protection essentielle, mais désormais jugées largement insuffisantes, en application des normes européennes. Cette méthodologie reste toujours utile pour les requérants.

C'est en matière d'application du principe de l'égal accès aux emplois publics que le Conseil d'État va affirmer son contrôle pour imposer aux autorités administratives le respect du principe d'égalité et, par voie de conséquence, l'interdiction de procéder à des « discriminations » fondées sur des critères prohibés tels que les croyances religieuses ou les opinions politiques. L'application du principe d'égalité permet bien au juge administratif d'écarter toute discrimination fondée sur des critères prohibés. C'est sans doute l'arrêt *Barel* de 1954 qui a posé de façon explicite les obligations de l'administration quant au respect du principe d'égalité par les autorités administratives et l'interdiction d'écarter un candidat pour des motifs prohibés tels que « les opinions politiques »². En l'espèce, le Conseil annule la décision du secrétaire d'État de refuser la candidature de plusieurs candidats au concours de l'Ecole nationale d'administration (ENA), au motif que celle-ci était fondée sur l'appartenance des requérants au parti communiste. Cette décision est également importante quant à la question de la preuve (voir Section 2). La référence au principe d'égalité suffit *a priori* à annuler des décisions des autorités administratives fondées sur des discriminations. Pourtant, cette approche est peu à peu considérée comme insuffisante.

B. Les aménagements au respect du principe d'égalité : situations comparables et non comparables / Intérêt général supérieur et objectifs législatifs légitimes

Bien que l'approche du principe d'égalité et son application par le juge administratif relèvent d'une conception abstraite de l'égalité en droit et non en fait, la mise en œuvre du principe permet de prendre en compte les situations qualifiées de comparables ou non comparables. Le principe d'égalité ne s'applique, selon les termes de la jurisprudence qu'aux situations dites « comparables ». En outre, la différence de traitements peut être justifiée par l'intérêt général et des objectifs généraux fixés par le législateur. De tels aménagements de l'application du principe d'égalité, en référence à l'intention du législateur, relèvent de l'appréciation du juge, sous l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Une telle approche apparaît de plus en plus en marge du droit européen et de la loi. Si la juridiction administrative a, peu à peu,

¹ Art. 1^{er} de la Constitution de 1958, art. 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, et al. 3 et 5 du Préambule de la Constitution de 1946.

² CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, *Rec.* p. 309, *GAJA*.

posé des limites au pouvoir de l'administration, celles-ci demeurent incertaines et posent une question d'effectivité au regard de l'application du respect du principe d'égalité et du principe de non discrimination.

1. La notion de situations non comparables et l'appréciation de la juridiction administrative

Cette limite à l'application du principe d'égalité a pour première conséquence, le fait qu'au regard de situations non comparables, s'appliquent des régimes juridiques différents. La différence de traitement des individus doit, précise le juge administratif, être en rapport avec l'objet de la loi et ne pas être manifestement disproportionnée au regard des différences de situation ou des motifs invoqués. La détermination de telles catégories juridiques qui sont susceptibles de justifier des traitements différenciés, est très imprécise. Elle laisse, par conséquent, une très large marge d'appréciation au législateur et aux autorités administratives pour mettre en place des régimes différenciés. Le Conseil ne procède qu'à un contrôle très peu restrictif des motifs invoqués par l'administration, sur le fondement de la loi¹. La référence est alors bien différente du système de qualification actuelle relatif à l'application du principe de non discrimination, dès lors qu'il s'agissait avant tout de savoir si « *Traiter de façon analogue des situations différentes, est-ce respecter de l'égalité, une autre chose qu'une forme extérieure ?* »².

Beaucoup d'arrêts du Conseil analysent la mise en œuvre du principe d'égalité, en référence à la prise en compte par le législateur de l'intérêt général et des objectifs légitimes³. Outre, la référence de principe souvent citée, le Conseil en fait une application précise dans de nombreuses hypothèses. Il faut cependant souligner l'évolution du contrôle du juge au regard de la conventionnalité de la loi et l'importance d'un tel contrôle pour écarter une disposition législative et ainsi soumettre l'appréciation de la notion de situations non comparables au droit européen.

2. La différence de traitement en fonction du critère de l'âge

¹ Voir notamment suite à l'arrêt du CE, Ass., 13 juillet 1962, Conseil national de l'ordre des médecins, *Rec.* p. 479 ; CE, 10 janvier 2005, Hardy et Le Cornec, *Rec.* p. 9, commentaires in *Discrimination dans l'emploi*, précité, p. 15.

² Voir les conclusions de M. C. Roger-Lacan, sur l'arrêt CE, Ass., 22 octobre 2010, n°301572.

³ On retiendra en particulier la jurisprudence suivante : CE, Ass. 13 juillet 1962, Conseil National de l'Ordre des médecins ; B. Sellier, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 979 et s.

A titre d'exemples, on retiendra notamment la question de l'âge de la retraite, du droit à pension des fonctionnaires, ainsi que la différence de traitement entre hommes et femmes en matière de départs anticipés.

En ce qui concerne la dernière question, le Conseil, tout en se référant au droit de l'Union européenne, souligne que les possibilités de départ anticipé et d'accès au droit à la retraite, telles que prévues par la loi du 9 novembre 2010 (appelées à disparaître), privilégient les femmes. Le juge constate que la loi offre « *une compensation des conséquences de la naissance et de l'éducation d'enfants sur le déroulement de la carrière d'une femme* ». Il est intéressant de noter que le juge se réfère dans son arrêt à « *l'état de la société française* ». Il souligne notamment que le législateur prend en compte la réalité sociologique, pour justifier une telle différenciation. Le Conseil en conclut qu'une telle différence de traitement est justifiée par un « *objectif légitime de politique sociale et est propre à garantir cet objectif et nécessaire à cet effet* »¹. Ainsi, la qualification « d'objectif légitime », retenu par la loi et justifiant une différence de traitement, relève-t-elle du pouvoir d'appréciation du législateur et des autorités administratives, sous le contrôle du juge. Une telle appréciation ne peut être que de portée limitée et il appartient aux juridictions de procéder, en fonction de l'évolution de la société, à une nouvelle appréciation de la légalité de telles justifications.

C'est le même raisonnement que retient le Conseil à propos de la limite d'âge dérogatoire pour les ingénieurs de contrôle de la navigation². Il souligne la nécessité d'une telle dérogation, en raison des objectifs de sécurité et de proportionnalité. Il relève les exigences professionnelles particulières de vigilance et de mobilisation constante et d'attention d'une telle activité. Le Conseil valide pour des raisons de sécurité la limite d'âge dérogatoire imposée par la loi. Il indique en particulier que « *la limite d'âge retenue est compatible avec les exigences posées par la directive de l'Union européenne du 27 novembre 2000 et proportionnée aux motifs invoqués* », c'est-à-dire à la sécurité.

A propos de la décrystallisation des pensions militaires d'invalidité, sujet très controversé, le Conseil s'est prononcé sur la légalité des justifications susceptibles de fonder une distinction entre les demandeurs des pensions de retraite ou d'invalidité, en référence à « *des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi* ». L'affaire est particulièrement importante puisque la loi traite de manière différente les demandeurs de nationalité française et ceux ayant perdu la nationalité, du fait de la décolonisation³. Était-il possible de justifier une

¹ CE, 30 décembre 2015, M. A. B., n°369368.

² CE, Ass., 4 avril 2014, Mme K., n°362785, concl. G. Pellissier.

³ CE, Ass. 30 novembre 2001, Ministère de la Défense c. Diop, *GAJA*.

telle différence de traitement, sur le fondement d'éléments objectifs ou de situations non comparables en lien avec le lieu de résidence ? Cet arrêt traduit une évolution du raisonnement du Conseil. Il ne se limite plus seulement à apprécier l'éventualité de la non comparabilité de situations (lieux de résidence par exemple), mais vérifie si une telle disposition n'est pas contraire au principe de non discrimination posée par l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH). Il estime que la différence de traitement prévue par la loi, qui est fondée sur la seule nationalité, est par conséquent inconstitutionnelle et doit être écartée. On ne peut que continuer de s'interroger, à la suite de l'affaire *Diop*, sur la persistance de l'administration française à maintenir de telles différences de traitement, en utilisant des critères de non comparabilité¹.

Dans un arrêt du 22 juin 2011, le Conseil précise clairement, en référence à l'article 14 de la CESDH que « *faute de justifications objectives et raisonnables [...]* », le législateur ne doit pas opérer de distinction entre les personnes placées dans des situations analogues, sauf à commettre une discrimination, en fonction de la nationalité². Dans son arrêt de 2013, le Conseil relève que les dispositions législatives du Code des pensions militaires d'invalidité et victimes de guerre ont pour objet de compenser les pertes de revenus et charges financières résultant des infirmités imputables à la situation des agents. La loi retient une différence des montants alloués, en fonction du critère de résidence au moment de la demande de liquidation de la pension. Un tel critère est discriminatoire parce que fondé exclusivement sur la nationalité, sans que l'administration ou le législateur ne puisse invoquer des critères objectifs et rationnels en lien avec les buts de la loi. Le juge retient que les dispositions législatives, qui opèrent une différence de traitement entre les titulaires des pensions, quant au montant, ne reposent que sur la nationalité et non sur une différence de situation objective, ne peuvent qu'être déclarées incompatibles avec l'article 14 de la CESDH³.

3. L'extension de ce référentiel à d'autres situations

La référence à la notion de « *justifications objectives et raisonnable du législateur* » est particulièrement importante en ce qui concerne l'accessibilité des handicapés. Le législateur

¹ CE, 16 janvier 2013, n°337662. Le Conseil souligne « *qu'une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire, au sens des stipulations de l'article 14 de la Convention, si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique, ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi* ».

² CE, 22 juin 2011, Mme A, n°321582 ; CE, 3 octobre 2011, n°328328.

³ Dans l'affaire précitée du 16 janvier 2013, le Conseil estime en outre que « *les dispositions de l'article 71 de la loi du 29 décembre 1959 qui créent une différence de traitement, en raison de leur seule nationalité, entre les titulaires de pensions, en interdisant toute revalorisation, à compter de la date qu'elles fixent, pour les seules pensions de militaires qui n'ont pas la nationalité française, sans que ce critère de nationalité puisse être regardé comme un critère objectif et rationnel en rapport avec les buts de la loi, sont incompatibles avec les stipulations de l'article 14 de la CESDH* ».

soumet les modalités d'application relatives aux conditions d'accessibilité à la dimension financière et aux possibilités de mise aux normes des autorités compétentes. Le juge ne peut que prendre en compte de tels impératifs de capacité financière qui sont intégrés à l'exigence de l'intérêt général et aux délais accordés aux autorités compétentes. C'est la solution que retient le Conseil dans l'affaire du 1^{er} octobre 2010 pour reconnaître les impératifs financiers comme imposant des délais pour l'accessibilité et la relativité de l'application du principe de non discrimination, en fonction de l'intérêt général¹. Cette solution est également intéressante en matière de responsabilité, en ce qu'elle distingue l'absence d'une responsabilité pour faute du fait de la non mise aux normes des tribunaux pour l'accueil des avocats handicapés et la responsabilité sans faute.

La non-discrimination en matière d'emploi et d'intégration des salariés en cas de changement d'employeurs constitue un second exemple d'analyse de l'extension de la prise en compte des objectifs légitimes du législateur². Dans l'affaire du 28 novembre 2014, le juge administratif fait référence, pour légitimer l'exclusion de certains salariés, aux salariés en congé de maladie, aux bénéficiaires d'un congé parental d'éducation et « *aux salariés qualifiés de durablement absents* » par la loi. Il estime qu'une telle exclusion « *répond de façon appropriée au but légitime du transfert du contrat au nouveau prestataire* ». Le juge, sur les conclusions du rapporteur public, ne retiendra pas la discrimination en matière de santé, à propos de la mesure relative à la différence de traitement entre les salariés en contrat à durée indéterminée (CDI), en fonction de la durée de leur absence.

§2. L'apport de l'analyse en termes de « discrimination » ou l'introduction du droit des discriminations dans la jurisprudence administrative du Conseil d'Etat

La référence directe au principe de non discrimination conduit le juge à inverser son mode de raisonnement pour passer d'une méthode déductive à une méthode plus inductive. La prise en compte du principe de non-discrimination, consacré par le droit européen et retenu par le Conseil d'État est récente. Il convient à cet égard d'introduire l'importance de la consécration de la nouvelle Autorité administrative, dénommée Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations (HALDE)³. On peut considérer que c'est dans l'affaire *Diop* que la référence a été pour la première fois introduite⁴. Le Conseil ne s'est pas départi, pour autant, de la référence

¹ CE, Ass., 22 octobre 2010, Mme B., Concl. M. Cyril Roger-Lacan ; Directive 2000/78/CE, Conseil, 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail relative à la prévention des discriminations dans le travail et transposée par la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances (L.111-7-3 du Code de la construction et de l'habitation)

² Application de l'article L.1224-1 du Code du travail, CE, 28 novembre 2014, Union syndicale solidaires, n°362823, concl. M. A. Lallet.

³ Loi du 30 décembre 2004 de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

⁴ CE, Ass., 30 novembre 2001, Ministre de la Défense c/ Diop, *Rec.* p. 605, *GAJA*.

au principe d'égalité. Deux hypothèses peuvent être retenues : celle où l'interprétation du principe de non-discrimination est largement analysée dans le cadre de l'application du principe d'égalité, dans le prolongement de l'arrêt *Barel* et celle où la dissociation entre les deux principes est nettement affirmée.

A. La double référence au principe d'égalité et au principe de non-discrimination

Sur le fondement des dispositions du Préambule de la Constitution de 1958 et notamment de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, il est impossible pour le juge administratif et pour le juge constitutionnel de procéder à l'entière substitution du principe de non-discrimination à celui du principe d'égalité. Les juges procèdent donc à une liaison étroite entre les deux principes. Cette perspective d'analyse est particulièrement nette dans la jurisprudence relative à la parité en matière électorale¹. Elle est aussi appliquée dans le cadre du calcul des pensions des militaires ayant servis au cours de la Seconde Guerre mondiale. Les deux références ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Il est important que le juge continue de se référer aux deux principes, en fonction des situations, tant au regard des sources que des modalités de qualification².

1. L'affaire *Diop* et l'évolution des méthodes de qualification du juge administratif

Comme on l'a vu précédemment, cet arrêt concerne la question des pensions de retraite versées aux anciens militaires. L'affaire était particulièrement importante au regard de l'application du principe de non-discrimination, en fonction de la nationalité. Le Conseil se réfère à l'article 14 de la CESDH et écarte pour la première fois une loi contraire à la disposition de la Convention sur le fondement du contrôle de conventionnalité. Doit-on considérer que la seule référence au principe d'égalité n'aurait pas permis de déclarer la différence de traitement, entre personnes de nationalité française et personnes des États devenus indépendants, illégale. Sans aucun doute la référence à l'article 14 de la CESDH est-elle justifiée par la nécessité d'écarter la loi. Mais au-delà de cette exigence, le principe d'égalité était-il suffisant pour écarter toute différence de traitement fondée sur la nationalité ? On ne peut répondre que positivement au regard notamment de la législation relative à fonction publique.

2. Le maintien de la « double référence » dans plusieurs contentieux

¹ Cons. constit., décision n°98-407 DC, 14 janvier 1999.

² L. Cluzel-Métayer, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309.

La référence aux deux principes : celui d'égalité et celui de non-discrimination, quelles que soient les différences de fondements juridiques, continuent de servir de références plurielles pour le juge interne. Dans de nombreux arrêts, le Conseil considère que les différences de traitement injustifiées sont des discriminations portant atteinte au principe d'égalité. Le juge interne s'écarte donc de l'interprétation du juge de l'Union européenne qui, en fait un principe unique¹. Il s'agit de s'interroger sur le fait de savoir si l'analyse de la qualification de discriminations, en référence au principe d'égalité constitue une limite à la reconnaissance des discriminations ou, si au contraire, cette double référence est plus favorable aux requérants discriminés. En l'état de la jurisprudence administrative, il est difficile de tirer des conclusions définitives dans un sens ou dans un autre, quant à la prise en compte des qualifications favorables ou défavorables de situations concrètes. On ne peut, tout au plus, estimer que la référence à l'égalité formelle est susceptible d'entraîner une conception restrictive de la prise en compte des discriminations indirectes, mais permet d'écarter une disposition législative inconstitutionnelle ou d'utiliser la procédure de la QPC.

B. L'autonomie du principe de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et la qualification de situations non comparables

Une telle affirmation de l'autonomie du principe de non-discrimination a été consacrée par l'arrêt *Mme Perreux* de 2009². Il s'agit de démontrer l'incidence sur les qualifications par le juge administratif français des catégories déterminées par le droit européen³. Quelles conséquences, une telle évolution peut-elle avoir sur la prise en considération, non seulement de la définition de situations non comparables, mais aussi de l'interdiction de traitements différents sur le fondement de critères prohibés, ainsi que sur la reconnaissance plus positive de traitements différents dans des situations différentes ? L'évolution de la jurisprudence et la prise en compte du droit européen conduit le juge à déclarer de nombreuses dispositions législatives et réglementaires inconstitutionnelles. Il ne retient plus les distinctions législatives opérées sur les fondements de justifications objectives et raisonnables, dès lors que les critères retenus sont directement ou indirectement en lien avec des critères prohibés. On assiste ainsi à une évolution importante de la notion de situations comparables ou non comparables, en référence à l'interdiction de critères prohibés.

1. L'évolution des critères de situations non comparables et la question de l'âge dans l'accès aux emplois publics

¹ CJCE, 27 janvier 2005, *EuropeChemi-Com c/ Conseil et Commission*, Aff. C- 422/02.

² CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n°298348, concl. M. Guyomar, *RFDA*, 2009, p. 1125.

³ Le juge se réfère désormais directement à l'art. 14 de la CESDH.

Comme nous l'avons précisé précédemment, le critère de l'âge a justifié et justifie encore, de la part du législateur, des différences de traitement, tant en matière d'accès aux concours, de promotion ou de mise à la retraite des agents publics¹. Au regard de la catégorisation de « situations non comparables », il suffit de qualifier le critère de l'âge comme élément légitime de non comparabilité, pour estimer légal toute différence de traitement en fonction de ce critère, y compris en référence à un objectif légitime, tel que celui de favoriser l'accès des plus jeunes aux emplois. Une telle qualification *a priori* ne peut que constituer un frein à toute validation d'une contestation relative à l'illégalité d'un tel critère. Par conséquent, une telle différence de traitement ne pourrait être que justifiée. L'approche abstraite du Conseil d'Etat relative à la notion de situations non comparables conduisait à limiter très fortement la qualification de discrimination dans une telle hypothèse. Il suffisait, estimait le Conseil que le critère de l'âge retenu réponde à un objectif fixé par la loi, et sur ce point le juge refusait de développer sa propre appréciation au regard de l'intention du législateur, se limitant au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Autrement dit, un tel critère ne pouvait être que rarement déclaré discriminatoire dans le cadre du raisonnement abstrait du juge administratif².

C'est en se fondant, non plus sur le principe d'égalité, mais sur le principe de non-discrimination que l'évolution du contrôle du juge administratif est en mesure de modifier l'interprétation juridictionnelle, tant au regard de l'accès aux concours, que du régime des promotions internes, des droits à la retraite, ainsi que des droits à pension.

À titre d'exemple, on retiendra l'application de la loi de 2008³ qui autorise des différences de traitement fondées sur le critère de l'âge. Le Conseil procède à partir de 2010 à une évolution de sa jurisprudence. Désormais, à l'opposé des solutions antérieures, traiter moins favorablement une personne, en raison de son âge, constitue, en principe, une discrimination directe au sens de l'article 1^{er} de la loi de 2008. Alors que de nombreux textes prévoyaient des limites d'âge pour l'accès aux concours ou pour la retraite, le juge a modifié sa jurisprudence. Il a procédé à une évolution de ses solutions pour reconnaître la qualification discriminatoire de la limite d'âge. Or, on sait que l'âge peut *a priori* entrer dans les catégories d'intérêt général ou de motifs légitimes et toute évolution de jurisprudence ne peut qu'inverser les analyses antérieures abstraites pour faire prévaloir la prise en compte d'égalité concrète.

¹ M. Houser, « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », *RFDA*, 2010, p. 323.

² CE, 1^{er} mars 2008, Syndicat parisien des administrations centrales économiques et financières, n°268130, arrêt rendu à propos de la limite d'âge de 35 ans au concours interne de l'ENA. Le législateur a abrogé ces dispositions dans certains cas (loi n°2009-972 du 3 août 2009).

³ Art. 6 de la loi de 2008 précitée.

Cette évolution vise notamment le recrutement et les avancements dans l'enseignement supérieur et au CNRS. Ainsi, le Conseil a-t-il considéré, comme illégal, le refus d'accès au grade de directeur de recherche du CNRS. Il a estimé qu'un tel refus était fondé sur une discrimination par rapport à l'âge¹. En l'espèce, le Conseil, tout en restant mesuré, se réfère au fait « *qu'aucune disposition statutaire ne fixe de conditions d'âge ou d'ancienneté maximales pour les candidatures des chargés de recherche du CNRS au concours d'accès au grade de directeur de recherche de deuxième classe* ». Une telle approche, encore limitée pour la qualification de discrimination en fonction de l'âge, est un exemple significatif de modification des méthodes d'analyse du juge administratif. Le juge s'appuie désormais directement sur la notion de discrimination en fonction de l'âge, sans référence explicite et implicite à la légitimité des justifications d'intérêt général d'origine législative. Une telle évolution est révélatrice des conséquences de l'application du nouveau raisonnement et de l'évolution des modalités de contrôle du Conseil d'Etat.

On peut également faire référence à l'exemple du concours d'agrégation interne des disciplines juridiques, politiques, économiques et de gestion. L'affaire concerne l'accès au second concours d'agrégation et la condition d'âge fixée à quarante ans au moins aux termes du décret de 1984. Si le Conseil avait fait application de son raisonnement fondé sur le principe d'égalité, il aurait sans doute retenu l'objectif d'intérêt général de la préservation des perspectives de promotion des maîtres de conférences les plus âgés. La réponse ne pouvait être que favorable à l'administration. Dans son arrêt, le Conseil va au contraire estimer qu'une telle limite d'âge est discriminatoire, même si en l'espèce le concours étant achevé, le requérant ne pourra pas invoquer sa candidature².

2. L'âge de la retraite et l'application de la législation sur les pensions

Beaucoup de questions ont été posées au juge à ce sujet³. Il convient de revenir sur l'analyse du juge administratif déjà présentée dans la section 1 pour rappeler l'importance de l'évolution de la jurisprudence.

Comme on l'a vu, le juge s'est notamment prononcé sur la limite d'âge dans la fonction publique et la possibilité de demander le maintien en activité jusqu'à soixante-cinq ans. L'affaire concerne une disposition dérogatoire qui prévoit pour le corps des ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne la limite d'âge à cinquante-sept ans, sans possibilité de report.

¹ CE, 7 juillet 2010, Mme Claude A, n°322636, *Rec.*, 2010, Tables p. 618.

² CE, 26 janvier 2015, Slama, n°373746, *AJDA*, 2015, p. 190.

³ D. Katz, « Principe de non-discrimination et cristallisation des pensions », *RFDA*, 2010, p. 333.

Le Conseil estime tout d'abord qu'une telle limite d'âge dérogatoire au droit commun constitue une différence de traitement selon l'âge et qu'elle a des conséquences sur les conditions d'emploi et de travail¹. Il s'agit de faire application de la directive du 27 novembre 2000 et donc de proscrire les discriminations directes et indirectes, notamment fondées sur l'âge. Le juge continue de se référer aux justifications légitimes de sécurité publique... pour admettre la légalité de la loi de 1989 relative à la limite d'âge des contrôleurs de la navigation aérienne.

Il s'est également prononcé sur l'âge de mise à la retraite des pilotes d'Air France. De nouveau, le juge administratif écarte les textes en vigueur pour procéder à une analyse de la situation de la discrimination en fonction de l'âge. Dans son arrêt du 22 mai 2015, le Conseil estime qu'« *une limite d'âge inférieure au droit commun constitue une différence de traitement selon l'âge au sens de la directive du 27 novembre 2000* »². Si une telle différenciation en fonction de l'âge est *a priori* discriminatoire, la qualification de discrimination ne sera pas retenue, dès lors que les justifications de la différence sont nécessaires et justifiées au regard de la sécurité publique ou si elle est objectivement et raisonnablement justifiée par des objectifs légitimes de politique sociale ou d'emploi et constitue un moyen approprié et nécessaire pour atteindre ces objectifs. Le juge administratif n'autorise donc plus de discriminations en fonction de l'âge, mais procède à une analyse au cas par cas. Il n'en reste pas moins que ce contrôle des justifications de l'administration est susceptible de difficultés d'appréciation, notamment en cas de responsabilités. On ne peut qu'estimer cette jurisprudence audacieuse.

3. L'application à des situations de plus en plus nombreuses

L'exemple du refus de titularisation est à cet égard intéressant. Outre les difficultés de preuve en matière de discrimination ethnique (voir Section 2), il est important de procéder à l'analyse de l'évolution de la jurisprudence dans ce domaine. En effet, le refus de titularisation d'un stagiaire relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative, employeur, et le juge se limite à un simple contrôle minimum de la décision de refus de titularisation. L'autorité doit évidemment motiver sa décision sur le fondement des insuffisances de compétence de l'agent, ou de son insuffisance professionnelle. Au-delà de cette référence purement abstraite, il s'agit bien de vérifier si le refus de titularisation n'est pas fondé que sur des motifs discriminatoires. Dans son arrêt, le Conseil rejette une analyse essentiellement abstraite pour procéder à une étude concrète de la situation discriminatoire d'origine ethnique³.

¹ CE, Ass., 4 avril 2014, Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'énergie, n°362785, concl. G. Pélissier.

² CE, 22 mai 2015, n°371623.

³ CE, 13 janvier 2010, Commune de Lattes, n°314923, concl. R. Keller.

Voici un autre exemple de référence au seul principe de non-discrimination en matière de liberté syndicale dans la fonction publique entre les organisations syndicales légalement constituées. La différence de traitement entre les organisations syndicales représentatives et les autres organisations est considérée pour les conditions d'utilisation des nouvelles technologies de l'information comme illégale. En effet, le juge administratif refuse une illégalité de traitement dans l'utilisation des nouvelles technologies, en lien avec la notion d'organisation représentative¹. Le Conseil continue de se référer à l'éventualité de contraintes particulières ou de nécessités du service, sans en l'espèce retenir une telle situation. Cette solution rejoint le contenu d'une solution antérieure relative à l'accès au panneau d'affichage sur le réseau intranet de la Poste².

Section 2. L'adaptation des recours contentieux : de la notion de discrimination indirecte à l'évolution du régime probatoire

L'adaptation de la juridiction administrative dans le contrôle des discriminations se traduit par l'évolution des recours contentieux d'une part (§1) et par celle du régime probatoire d'autre part (§2).

§1. L'adaptation des recours contentieux aux situations discriminatoires

A. Mesures discriminatoires et mesure d'ordre intérieur

Le Conseil d'État a précisé récemment les modalités des procédures contentieuses relevant des situations de discrimination. Il a dans un arrêt de 2015, souligné en particulier qu'une mesure discriminatoire ne peut en aucun cas être qualifiée de mesure d'ordre intérieur. Ainsi, toute mesure contenant une discrimination est susceptible d'être déférée au juge par la voie du recours en excès de pouvoir ou éventuellement d'une mesure d'urgence³. Une telle requalification est essentielle au regard des garanties des personnes faisant l'objet de discriminations. Elle permet en effet d'étendre le contrôle du juge aux pratiques et comportements des autorités administratives et pas seulement au contrôle de la légalité des actes et des dispositions législatives. C'est une garantie supplémentaire pour les requérants.

¹ CE, 26 septembre 2014, Syndicat national des collèges et des lycées, n°361203, concl. X. Domino ; voir également concl. A. Lallet, sur CE, 23 juillet 2014, Syndicat national des lycées et autres.

² CE, 15 mai 2009, Fédération CNT PTT, n°29920.

³ CE, 15 avril 2015, Pôle emploi.

B. L'introduction hésitante des qualifications européennes en matière de discrimination

La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE)¹ et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)² est venue enrichir le respect du principe de non discrimination, avec notamment la prise en compte des « discriminations indirectes ». Une règle peut apparaître respecter l'application égalitaire de situations comparables et donc être neutre, tout en ayant des conséquences négatives sur certains groupes ou individus.

Le Conseil d'État est longtemps demeuré réticent à l'introduction de cette notion. Dans un arrêt de 2008, relatif aux épreuves du concours de professeur d'éducation physique, le juge estime que dès lors que la même règle s'applique à tous les candidats, il n'y a aucune rupture d'égalité. Le décret est légal, même s'il ne prévoit aucune modalité pour les candidats handicapés³. La prise en compte des discriminations indirectes constitue pourtant une garantie et ne peut qu'avoir des conséquences sur la jurisprudence administrative. La loi du 27 mai 2008 a favorisé les évolutions jurisprudentielles⁴.

La notion communautaire de « discriminations indirectes » fait pourtant l'objet de références de plus en plus nombreuses dans la jurisprudence du Conseil d'État, du fait de l'évolution de la législation nationale et en particulier de l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008⁵. Dans un arrêt de 2002, le juge, en application du droit communautaire, fait ainsi référence explicitement à la notion de « discrimination indirecte ». Cette jurisprudence concerne le refus d'une candidature d'un professeur italien par une commission de spécialistes⁶.

C'est aussi à propos de la prise en compte de la situation des personnes handicapées et les candidatures au concours des professeurs d'éducation physique et sportive que s'est posée de manière très significative la qualification juridique des situations et la prise en compte des discriminations indirectes. Le rapporteur public avait souligné, dans l'arrêt de 2008, que le

¹ Parmi une importante jurisprudence, voir en particulier : CJCE, 12 février 1974, Sotgiu, Aff. 152/73 et 31 mars 1981, Paula Jenkins, Aff. C -96/80.

² CEDH, 4 mars 2001, Hügh Jordan c/ Royaume Uni et D. H. et autres c/ République Tchèque, 13 novembre 2007.

³ CE, 14 novembre 2008, Fédération des syndicats généraux de l'Éducation nationale, n°311312.

⁴ Loi n°27 mai 2008 précitée et art. 1^{er} : « *Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère, ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disproportion, critère ou pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but soient nécessaires et appropriés* ».

⁵ Cet article définit la discrimination indirecte de la manière suivante : il s'agit « *d'un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner [...] un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes [...]* ».

⁶ CE, 18 octobre 2002, Spaggiari, n°224804 et 236744, AJDA, 2003, p. 36.

décret créait une discrimination indirecte¹. Le Conseil prend un arrêt contraire aux conclusions pour estimer que les administrations n'avaient pas à prendre de mesures compensatoires pour les candidats handicapés.

Dans un arrêt du 22 mai 2015, le juge fait référence à l'application du principe d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, et à la directive de l'Union européenne du 27 novembre 2000 et souligne que ce texte a pour objectifs de proscrire les discriminations professionnelles directes et indirectes, y compris les références fondées sur l'âge².

En ce qui concerne l'application du principe d'égalité des rémunérations, sans discrimination fondée sur le sexe, le Conseil n'hésite pas à se référer à la jurisprudence de la CJUE et souligne que *« le principe d'égalité s'oppose non seulement à l'application de dispositions qui établissent des discriminations fondées directement sur le sexe mais également à l'application de dispositions qui maintiennent des différences de traitement entre travailleurs masculins et travailleurs féminins sur la base de critères non fondés sur le sexe, dès lors que ces différences de traitement ne peuvent s'expliquer par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination »*. Le juge ajoute *« qu'il y a discrimination indirecte en raison du sexe lorsque l'application d'une mesure nationale, bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs d'un sexe par rapport à l'autre »*³. Il faut cependant préciser que la reconnaissance de l'existence des discriminations indirectes ne sera retenue que si le gouvernement ne parvient pas justifier des objectifs légitimes de différenciation et en l'espèce une politique sociale.

Une telle référence est également retenue, sur le fondement de la loi du 27 mai 2008, en matière de procédure d'information du public relative à la déclaration d'utilité publique⁴. C'est aussi la référence de discrimination indirecte à laquelle se réfère le Conseil en matière d'admission à la retraite des pères de trois enfants et l'application du respect de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur⁵. En l'espèce, le Conseil n'hésite pas à la fois à faire référence à l'éventualité d'avantages spécifiques visant à compenser de possibles désavantages des carrières professionnelles, mais

¹ CE, 14 novembre 2008, Fédération des syndicats généraux de l'Éducation nationale, n°311312, concl. R. Keller, *AJDA*, 2009, p. 380.

² V. M. Houser, « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », *RFDA*, 2010, p. 323.

³ CE, 30 décembre 2015, M A. B., n°369368 ; CJUE, 17 juillet 2014.

⁴ CE, 9 novembre 2015, Association France Nature Environnement, n°375322.

⁵ Art. 157 du TFUE.

aussi à la jurisprudence de la CJUE et à la qualification de discriminations indirectes en raison du sexe¹.

Les rapporteurs publics s'appuient désormais largement sur la notion de « discrimination indirecte ». À titre d'exemple, on retiendra les conclusions du rapporteur A. Lallet sur l'arrêt du 28 novembre 2014, Union Syndicale Solidaire (précitée)².

§2. Le régime probatoire des discriminations et les difficultés des requérants

La question de la preuve des discriminations commises par les autorités administratives est au cœur des enjeux du procès et du respect des droits des victimes. Plusieurs questions cruciales se posent. La première concerne la nature des recours juridictionnels administratifs et en particulier le recours pour excès de pouvoir, ainsi que celle des pouvoirs d'instruction du juge face à l'administration. La seconde est liée à l'influence du droit de l'Union européenne et notamment la directive transposée en droit français en matière de charge de la preuve.

A. Le recours en excès de pouvoir et les pouvoirs d'instruction du juge en matière de preuves de discrimination

Le régime de la preuve en matière de discrimination est particulièrement important pour les victimes, notamment en matière de recours pour excès de pouvoir. Le juge administratif, dans le cadre de la procédure inquisitoriale, dispose *a priori* de pouvoirs importants pour imposer à l'administration d'apporter tous les éléments de preuve. Pourtant, on ne peut que constater les limitations de l'exercice d'un tel pouvoir.

1. L'étendue du pouvoir d'instruction du juge administratif et le régime des preuves

Il convient de rappeler que le juge administratif dirige l'instruction et ne met pas la preuve à la charge du demandeur. Il demande seulement à ce dernier d'être précis et de fournir tous les moyens de preuve à sa disposition. Par conséquent, il appartient au demandeur de produire dans sa requête suffisamment d'éléments, pour ne pas faire l'objet d'un rejet de la requête. En

¹ CE, 30 décembre 2015, précité.

² Le rapporteur précise notamment : « la requérante soutient une discrimination indirecte » et au rapporteur de rappeler la portée d'une telle notion.

application de la procédure devant la juridiction administrative, la jurisprudence *Barel* de 1954 constitue une avancée importante du régime de la preuve dans le contrôle de la rupture du principe d'égalité. Avant cet arrêt, le juge utilisait peu, à l'encontre de l'administration, ses pouvoirs d'instruction. Or une telle solution est particulièrement importante dans le cadre du contrôle « minimum » du juge. La situation des requérants est en effet d'autant plus fragile qu'ils sont face au pouvoir discrétionnaire étendu des autorités administratives. Le Conseil indique désormais l'obligation pour l'administration de fournir « *la production de tous documents susceptibles d'établir la conviction du juge* ». Le Conseil précise qu'une telle exigence doit lui permettre de vérifier les allégations des requérants. Cette obligation de communication des documents par l'administration est donc, bien avant l'application de la directive relative au renversement de la charge de la preuve une modalité essentielle de l'effectivité du contrôle. Ainsi, l'absence de réponse de la part des autorités administratives ou de l'insuffisance d'éléments ne peut que conduire le juge à retenir les motifs invoqués par les requérants, en constatant que la demande du juge n'a pas été satisfaite¹. Puis, le Conseil procède à une extension de ses pouvoirs d'instruction, en estimant qu'il lui appartient de demander à l'autorité administrative « *les raisons de fait et de droit de la décision* »².

Cette exigence imposée à l'administration ne vaut pas seulement pour la preuve de l'absence de discrimination, mais aussi pour les justifications de l'administration concernant les différences de traitement. Faute de pouvoir démontrer des motifs légitimes, la décision administrative sera qualifiée de discriminatoire. À titre d'exemple dans l'affaire relative à l'accès aux moyens de l'information par les organisations syndicales, le Conseil estime « *qu'il ne ressort pas des pièces du dossier, et n'est au demeurant pas allégué, que l'utilisation d'espaces sur le réseau intranet du ministère serait limité par des contraintes particulières ou par les nécessités du service ; que, par suite, ce moyen de communication ne peut être réservé aux seules organisations syndicales représentatives et doit être mis à la disposition de toutes les organisations syndicales légalement constituées, comme le sont, au demeurant, les panneaux d'affichage en vertu de l'article 8 du décret du 28 mai 1982* »³.

2. L'autolimitation de la juridiction administrative en matière de preuve

¹ CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, *GAJA*, n°72. En l'espèce le juge souligne que pour deux des requérants, « aucune suite n'a été donnée à la demande » et que pour les autres demandeurs, « il n'a pas été donnée suite à la demande de communication de l'ensemble des pièces, rapports et documents ».

² CE, 26 janvier 1968, Société « Maison Genestal », *Rec.* 62, concl. Bertrand.

³ CE, 26 septembre 2014, Syndicat national des collèges et des lycées, n°361203, concl. X. Domino ; voir également concl. A. Lallet, sur CE, 23 juillet 2014, Syndicat national des lycées et autres.

La nature du recours pour excès de pouvoir conduit le Conseil à ne rechercher que les preuves relatives au contenu de l'acte et notamment à la motivation. La nature même du recours pour excès de pouvoir, telle qu'encadrée par la juridiction administrative, ne peut que le conduire à limiter ses investigations. De plus, les modalités de son contrôle des actes unilatéraux, à partir de la décomposition de l'acte administratif sont peu favorables à l'ingérence du juge dans la prise en compte des comportements de l'administration. En effet, le juge procède à la définition d'un contrôle plus ou moins étendu en fonction de la nature du pouvoir discrétionnaire de l'administration. L'essentiel de ces modalités de contrôle de la légalité des actes administratifs porte sur la motivation en droit et en fait et sur l'adéquation du contenu de l'acte aux motifs. Un tel procédé de décomposition de l'acte a une conséquence sur la prise en compte des éléments factuels.

En effet, la preuve des discriminations suppose, au contraire, l'appréhension d'attitudes préalables au prononcé de la décision. Une telle conception limitative est clairement énoncée dans les conclusions du rapporteur public sur l'affaire *Perreux*¹.

B. L'évolution du régime probatoire devant le Conseil d'État sous l'influence du droit de l'Union européenne

L'application de la directive européenne sur le changement de la charge de la preuve ne peut que renforcer les garanties des victimes de discrimination et faire évoluer les conditions d'appréciation des faits par la juridiction administrative.

Dans plusieurs arrêts, le juge estime que la preuve est objective et relève du rôle prétorien du juge. Par conséquent, si le plaignant doit présenter les éléments de preuve, il appartient à l'administration de faire de même pour établir que seuls sont pris en compte des critères objectifs étrangers à toute discrimination et il peut demander des compléments d'information, au vu des échanges contradictoires². Au regard du régime des preuves en matière de discrimination, l'analyse porte à la fois sur les éléments de preuve pris en compte par la juridiction administrative et sur les éléments produits par les autorités administratives indépendantes et aujourd'hui par le Défenseur des droits.

¹ Concl. M. Guyomar, précitée.

² CE, 10 janvier 2011, Lévêque, n°325268, *Rec.*, p. 1.

1. Les conditions de prise en compte des éléments de preuve produits par le requérant

L'affaire *Commune de Lattes* est sur cette question importante. Le Conseil est en l'espèce conduit à se prononcer par voie de la cassation de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris. Celle-ci avait annulé la décision du maire de refus de titularisation de M. Ammari et lui avait enjoint de prononcer sa titularisation¹. Il est à noter que le juge retient dans l'affaire la situation concrète de « harcèlement raciste » et donc la prise en compte de faits². Le juge relève en particulier que de tels comportements « ont pu avoir une influence sur l'attitude de l'intéressé »³. Cependant, le Conseil ne se prononce pas, contrairement à la Cour administrative d'appel, sur le droit à titularisation de l'intéressé, mais seulement sur le réexamen par la commune des droits à titularisation. De nouveau, il convient de constater l'influence limitée du juge administratif au regard de l'exercice des pouvoirs d'injonction à l'encontre des autorités administratives, même dans l'hypothèse de discriminations avérées.

2. La prise en compte des éléments de preuve et le rôle de la HALDE et du DDD

Cette question est particulièrement importante dans la réponse de la jurisprudence *Perreux*. Le juge accepte de faire référence aux preuves de la requérante concernant la discrimination syndicale et souligne que les « éléments de fait sont corroborés par une délibération de la HALDE en date du 15 septembre 2008 ». Pourtant, le juge administratif, tout en estimant que ces éléments de fait peuvent faire présumer une discrimination syndicale, ne fera pas prévaloir de tels éléments. Il privilégie le pouvoir discrétionnaire de l'administration quant aux compétences et capacités des candidats. Cette solution risque de conduire le juge à écarter tout contrôle des discriminations en matière de gestion des emplois dans la fonction publique.

L'évolution de la jurisprudence permet de restreindre cette première approche du juge dans l'affaire *Perreux*. Dans un cas identique de détachement d'un magistrat à l'ENM, le Conseil retient au contraire la discrimination syndicale, tout en maintenant le même régime de preuve, alors que la loi de transposition avait été adoptée⁴. Le Conseil se réfère à la loi du 27 mai 2008 et fait référence à l'article 4 du texte pour préciser « qu'il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

¹ CAA Marseille, n°05M00512, Djemal Ammari.

² CE, 12 janvier 1968, Ministre de l'économie c/ Dame Perrot, n°70951.

³ CE, 13 janvier 2010, Commune de Lattes, n°314923.

⁴ CE, 10 janvier 2011, Mme Karen Lévêque, n°325268 ; S. Slama, « Maintien du régime probatoire de l'arrêt Perreux malgré l'entrée en vigueur de la loi du 27 mai 2008 », in Lettre « Actualités Droits-Libertés », CREDOF, 13 janvier 2011.

L'évolution du régime probatoire conduit le juge à vérifier les preuves par l'administration de la non-discrimination et non plus seulement de rupture d'égalité. Par contre, le Conseil continue, à juste titre à notre avis, de se référer à ses pouvoirs d'instruction et à la conduite de la procédure inquisitoire, dans la lignée des jurisprudences antérieures, pour demander « *l'administration et aux requérants de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction* ». Il est notamment important de relever que le Conseil fait état des difficultés propres à l'administration de la preuve et des exigences constitutionnelles en matière d'égalité et de droit de la défense. C'est donc bien à l'administration d'établir que la décision n'est pas fondée sur des motifs discriminatoires.

La question de la reconnaissance des discriminations est également particulièrement importante en matière de sanction et notamment d'exclusion temporaire et de mutation disciplinaire. Dans un arrêt de 2014, le juge retient le même raisonnement que celui de l'affaire *Commune de Lattes* et des propos injurieux à l'égard du requérant. Il vérifie le cas de mesures discriminatoires en raison de « *l'orientation sexuelle de l'intéressé* ». Le Conseil n'hésite pas à se référer aux témoignages de la HALDE qui était intervenue à l'appui du recours du requérant et avait estimé « *que les décisions successives [...] présentaient un caractère discriminatoire en lien avec l'orientation sexuelle de l'intéressé* »¹. Le rôle du Défenseur des Droits dans la lutte contre les discriminations suppose de définir de manière plus précise son rôle dans le régime probatoire et c'est aujourd'hui l'un des enjeux.

Conclusion

Suite à l'analyse des jurisprudences du Conseil d'État, on ne peut que conclure à l'évolution des méthodes d'analyse du juge en matière de reconnaissance des situations discriminatoires. S'il ne s'agit pas de faire table rase du passé et de continuer à identifier les situations au regard du principe d'égalité. La prise en compte du droit de l'Union européenne et du droit national conduit le juge à se positionner différemment. Le juge administratif est de plus en plus enclin à faire référence au principe de non discrimination, conçu comme un principe autonome, en application de la loi de 2008. La réserve que le juge conserve quant à la référence au principe d'égalité et aux motifs légitimes de différences de traitement non qualifiables de discrimination nous paraît reposer essentiellement sur le contenu des textes, qu'ils soient européens ou nationaux et donc sur leur portée. Par contre, le juge hésite de moins en moins à imposer le respect des non-discriminations par les autorités administratives, tout en estimant que le régime des preuves reste à perfectionner.

¹ CE, 11 juin 2014, M. B. A., n°369994.

L'appréhension juridictionnelle des discriminations dans la fonction publique

Thomas Dumortier

Docteur en droit public, post-doctorant, Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Dans son allocution prononcée en novembre dernier, lors d'un colloque organisé par le Défenseur des droits sur les discriminations, le vice-président du Conseil d'État se félicitait de la part prise par les juridictions administratives dans la lutte contre les discriminations¹. À l'appui de sa démonstration, il mentionnait plusieurs arrêts rendus ces dernières années par la Haute juridiction administrative dans ce domaine². Le Conseil d'État aurait ainsi mis en place un cadre jurisprudentiel relativement cohérent et efficace contre les discriminations.

Cette analyse a pour point de départ deux constats : d'une part, la plupart des arrêts rendus par le Conseil d'État en matière de discrimination concernent la fonction publique. Les discriminations vécues par les usagers dans l'accès aux services publics sont rarement évoquées devant les juridictions administratives³. D'autre part, dans la fonction publique, elles donnent lieu à des contentieux de nature différente : le contentieux relatif à la réglementation (cela concerne surtout des règlements fixant une limite d'âge) et le contentieux relatif aux décisions individuelles prises sur le fondement du pouvoir discrétionnaire de l'administration (concours d'accès à la fonction publique, renouvellements de contrats, déroulement de carrière, etc.). Les règles qui président à l'examen des mesures discriminatoires qui interviennent dans ce deuxième cas de figure ont été formulées dans le désormais fameux arrêt *Perreux* de 2009 : « [...] s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction

¹ J.-M. Sauvé, « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », in Dix ans de droit de la non-discrimination, Colloque organisé par le Défenseur des droits, 5 octobre 2015 (disponible sur le site du Conseil d'État).

² Parmi lesquels : les arrêts *Perreux*, *Aiguilleurs du ciel et autres*, *Slama*. On pourrait ajouter l'arrêt du 15 avril 2015 (n°373893), qui admet pour la première fois la recevabilité des recours portés contre des mesures internes aux services, lorsqu'elles sont discriminatoires.

³ On pourrait toutefois évoquer les discriminations fondées sur la religion qui ont donné lieu à un contentieux dans le milieu scolaire et dans les prisons. Sur le contentieux dans les prisons, voir notamment l'arrêt récent : CE, 10 février 2016, n°385929 ; TA Nice, 9 juin 2015, n°1305386 ; TA Montreuil, 11 novembre 2011, n°1012015.

utile »¹. Le juge justifie ce considérant en mettant en avant deux éléments, l'un conjoncturel, et l'autre normatif : le juge insiste sur la difficulté de la preuve en matière de discrimination, d'une part, et sur les principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes d'autre part.

L'intérêt de cet arrêt consiste donc à « alléger » la charge de la preuve du requérant, puisqu'il ne doit plus nécessairement établir la réalité d'une discrimination, mais simplement alléguer des faits qui laisseraient en « présumer » l'existence. Il ne s'agit nullement d'un renversement de la charge de la preuve qui ferait peser de manière générale sur l'administration une obligation de justification : si le requérant n'apporte aucun élément susceptible de fournir un indice en faveur de la reconnaissance d'une discrimination, le juge rejette sa requête².

En 2015, cinquante-et-une affaires de discriminations concernaient des agents publics³. Seuls quatre arrêts ont donné lieu à une reconnaissance de discrimination (une discrimination partielle pour l'un d'entre eux et une violation du principe d'égalité dans un autre⁴). On ne peut raisonnablement tirer aucune conclusion de tels chiffres, sûrement pas que les juridictions administratives n'apporteraient pas une réponse satisfaisante à la lutte contre les discriminations. D'abord parce que les tribunaux administratifs ont peut-être déjà sanctionné les discriminations en première instance⁵, et ensuite parce que rien ne permet évidemment d'affirmer, en contrepoint, que les requérants étaient « réellement » victimes d'une discrimination. D'ailleurs, il est remarquable que dans bon nombre de recours, les demandeurs n'ont pas d'éléments de fait à faire valoir pour étayer leur allégation⁶. L'arrêt *Perreux* et son considérant de principe, s'ils pourraient permettre en théorie de favoriser la lutte contre les discriminations, offrent en réalité une évolution à apprécier avec nuance (Section 1). L'analyse du contentieux des discriminations dans la fonction publique permet de mettre en évidence que

¹ CE, 30 octobre 2009, Mme Perreux, n°298348. Il s'agit de la partie du considérant qui définit les modalités d'appréhension d'un recours en discrimination. Le considérant de principe est en réalité constitué d'une première partie plus générale qui rappelle les contours de l'office du juge dans le cadre d'une procédure contentieuse et qui précise les principes destinés à guider son intervention dans l'examen d'un tel recours : « [...] de manière générale, il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes ; s'il appartient au requérant qui s'estime lésé [...] ».

² Voir not. : CAA Paris, 16 juillet 2015, n°15PA00359

³ Ce chiffre a été obtenu à partir d'une interrogation de la base de données interne aux juridictions administratives, ARIANE, avec les mots clefs « 83-634 » (numéro de la loi relative au statut de la fonction publique) et « discrimination », et après vérification de la pertinence des arrêts mentionnés. L'une de ces « affaires » concerne en réalité dix-sept arrêts rendus le même jour sur des faits comparables.

⁴ CAA Paris, 30 avril 2015, n°13PA00128. La Cour d'appel reprend à son compte le considérant *Perreux* dans une affaire concernant la rémunération d'une dentiste qui est parvenue à montrer qu'elle gagnait moins que ses confrères et consœurs. Autrement dit, aucun motif de discrimination prohibé par la loi de 2008 n'est visé.

⁵ La base de données actuelle ne permet pas de se prononcer sur ce point.

⁶ Voir par exemple : CAA Marseille, 27 novembre 2015, n°14MA00910 à 14MA00926 ; CAA Paris, 16 juillet 2015, n°15PA00359 ; CAA Paris, 17 mars 2015 n°13PA01893.

l'attitude et les modes de raisonnement utilisés par le juge ne favorisent pas, dans la plupart des cas, la reconnaissance d'une discrimination (Section 2).

Section 1. Le considérant *Perreux* : une évolution en demi-teinte

Si les membres de la doctrine se sont félicité¹ du considérant de principe qui prévoit un aménagement de la preuve en faveur du requérant qui s'estime victime de discrimination, ils n'ont pas manqué également de souligner que la portée de cet arrêt dépendrait de sa mise en œuvre juridictionnelle. Mais la mise en perspective de ce considérant avec la jurisprudence antérieure et la nature de la procédure administrative appellent à en relativiser la portée (§1). Il n'en reste pas moins que sa lecture laisse entrapercevoir une contradiction qui pourrait trouver une résolution en faveur du requérant (§2).

§1. Un aménagement relatif de la charge de la preuve

Le considérant de principe consacré par l'arrêt *Perreux*, censé aménager la charge de la preuve en matière de discrimination, recouvre en réalité une portée plus modeste que ce qui transparaît parfois dans des commentaires enthousiastes de la jurisprudence administrative. L'analyse en termes positifs de *Perreux* pourrait se prévaloir d'une comparaison trompeuse avec le droit privé. En droit du travail plus précisément, le traitement juridique des discriminations a donné lieu à une évolution remarquable allant du droit de l'Union européenne au législateur, en passant par la Cour de cassation, finalisée par l'introduction dans le Code du travail de l'article L.1134-1 : « *le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination [...] ; Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». Ainsi, devant le juge civil, le salarié doit par exemple établir l'existence d'une différence de traitement², ce qui laissera supposer l'existence d'une discrimination, auquel cas, le défendeur devra montrer que cette différence trouve son origine dans des raisons objectives étrangères à toute discrimination. L'étendue de la preuve à fournir est donc « réduite » puisqu'il incombe au salarié de mettre simplement en évidence l'existence d'une différence de traitement « *sans*

¹ Voir not. : L. Cluzel-Métayer, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309, A. Zarca, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 782. Ils soulignent toutefois que la portée de cet arrêt dépendra de son application par les juges du fond.

² En matière de discrimination, contrairement au régime contentieux du principe d'égalité, l'établissement d'une différence de traitement par rapport à d'autres individus n'est qu'une possibilité probatoire parmi d'autres. V. *infra*.

établir l'illicéité de la cause »¹. Certains évoquent un « renversement partiel du fardeau probatoire »², ou d'autres encore un « quasi renversement de la charge de la preuve »³. En effet, le régime probatoire ainsi consacré représente une dérogation au principe exposé par l'article 9 du Code de procédure civile qui prévoit, conformément à l'adage romain *actori incumbit probatio*, qu'il appartient au demandeur de prouver ce qu'il prétend. Il serait par conséquent tentant de considérer que l'arrêt *Perreux* dont le considérant est formulé dans des termes très proches de l'article L.1134-1 du Code du travail représente également une évolution, une dérogation, par rapport à un régime probatoire de droit commun. Mais cette analyse souffre d'un défaut majeur : elle ne tient pas compte du caractère inquisitoire de la procédure administrative. En droit administratif, la procédure n'est pas le fait des parties. C'est l'une des raisons d'ailleurs pour lesquels le rapporteur public Matthias Guyomar dans ses conclusions sous *Perreux* estimait que la directive 2000/78 ne s'appliquait pas aux juridictions administratives⁴. Il n'existe pas à proprement parler en droit administratif de « charge de la preuve »⁵. Toutefois, si l'inquisitoire est censé présider à l'organisation de la procédure devant les juridictions administratives, il ne s'applique en réalité que de manière subsidiaire⁶. Il n'en reste pas moins que les textes n'encadrent toujours pas les règles de preuve et n'évoquent que les pouvoirs d'instruction des juges, que ces derniers peuvent d'ailleurs utiliser lorsqu'ils l'estiment nécessaires⁷.

Ainsi, afin de compenser le caractère fondamentalement inégalitaire entre le requérant et l'administration, les juridictions administratives n'hésitent pas dans certains cas à être plus exigeantes à l'égard de cette dernière. Dans l'arrêt *Barel* de 1954⁸, qui concernait un refus discriminatoire d'inscription au concours d'entrée de l'Ecole nationale d'administration, en raison des opinions politiques des requérants, le Conseil d'État exigeait de l'administration des explications face aux allégations des requérants constituaient des « présomptions sérieuses ». Le juge voulait donc vérifier que la motivation des refus opposés aux candidats au concours était étrangère à toute discrimination. Selon certains membres de la doctrine, l'arrêt *Perreux* n'apporte donc pas grand-chose de plus par rapport à l'arrêt *Barel* en matière d'accès non

¹ N. Hoffschir, *La charge de la preuve en droit civil*, Paris, Dalloz, 2016, p. 411.

² *Ibid.*

³ B. Tessié, « La preuve en droit du travail », in C. Puigelier (dir.), *La preuve*, Paris, Economica, 2004, p. 80.

⁴ M. Guyomar, Concl. sur CE, Ass, 30 octobre 2009, Mme Perreux, n°298348, *RFDA*, 2009, p. 1125.

⁵ Y. Galmot, Concl. sur CE, 22 avril 1966, Tocho : en droit administratif, « la charge de la preuve n'existe pas ». Voir également : D. Chabanol, *La pratique du contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, 11^{ème} éd., 2015, p. 299 ; H. de Gaudemar, « La preuve devant le juge administratif », *Droit Administratif*, juin 2009, p. 13.

⁶ C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 342 ; B. Pacteau, « Contentieux administratif (traité de contentieux administratif) », *Répertoire Dalloz*, n°96.

⁷ En droit administratif, le juge est libre d'exiger une mesure d'instruction, contrairement à ce que prévoit l'article 146 du code de procédure civile : « en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ».

⁸ CE, 28 mai 1954, *Barel et autres*, n°28238, n°28493, n°28524, n°30237, n°30256

discriminatoire à la fonction publique¹. L'intérêt de *Perreux* réside par conséquent surtout dans la systématisation, au-delà du seul contentieux de l'accès aux emplois publics, de la conduite à tenir par les juges du fond lorsqu'ils sont confrontés à des allégations de faits discriminatoires dans le contentieux de la fonction publique.

Ce qui est au cœur de cette jurisprudence, c'est la référence à la présomption : le requérant n'a pas à établir la discrimination², mais il doit simplement rapporter des faits qui permettent de laisser présumer l'existence d'une discrimination. Cette évolution appelle deux observations : si la différence entre l'établissement d'un fait et la présomption de l'existence de ce fait se comprend parfaitement d'un point de vue sémantique, il en va tout autrement d'un point de vue juridique. D'un point de vue sémantique, cette formule laisse entendre que le juge est moins exigeant à l'égard des éléments factuels produits par le requérant, se contentant d'« indices », de « commencement de preuve ». Mais cela renvoie à l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond : établir une discrimination ou établir une présomption de discrimination, c'est dans tous les cas évoquer des éléments susceptibles, de manière plus ou moins certaine selon les juges qui statuent, d'être qualifiés de discrimination³. En l'absence totale d'allégations permettant d'étayer les conclusions du requérant, le juge écarte le moyen tiré d'une discrimination⁴. Mais si le requérant expose des faits « suffisants » pour le juge, ce dernier sanctionne l'administration lorsqu'elle ne présente pas de raisons objectives, ou lorsque les raisons invoquées ne sont pas convaincantes. En définitive, la discrimination est finalement reconnue lorsque les justifications de l'administration ne parviennent pas à convaincre le juge. Dans son arrêt *Perreux*, la Haute juridiction administrative explicite donc la conduite à tenir par les juridictions inférieures lorsque les requérants invoquent une discrimination, tout en donnant d'elle-même l'image d'une instance engagée dans une lutte effective contre les discriminations. Elle systématise la « grille d'analyse de la preuve »⁵ à laquelle les juridictions du fond doivent faire appel pour établir leur conviction. Elle enjoint les juges à vérifier les motifs d'une décision pour laquelle des faits laissent présumer une discrimination, et surtout à mettre en œuvre des mesures d'instruction si le juge a un doute. Toutefois, si le juge vérifie bien en cassation que les juridictions du fond ont respecté les deux temps de l'examen (les allégations laissant présumer une discrimination puis les justifications de l'administration)⁶ au titre de l'erreur de droit, sans toutefois contrôler si des faits constituent une « présomption », il

¹ A. Zarca, *L'Égalité dans la fonction publique*, op. cit.

² Voir par exemple : TA Lyon, 29 avril 2008, n° 06022343.

³ Par exemple : CAA Nantes, 29 octobre 2015, n°14NT01549. Le requérant se plaint d'une discrimination syndicale. Il expose à l'appui de son recours un certain nombre d'éléments qui lui paraissent révéler la discrimination.

⁴ Voir arrêts mentionnés plus haut.

⁵ C. Teitgen-Colly, « La pédagogie dans la rédaction des décisions du juge administratif », in C. Teitgen-Colly (dir.), *Les figures du juge administratif*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2015, p. 87.

⁶ Voir not. : CE, 20 octobre 2014, Mme A., n°363237.

n'exerce jamais aucun contrôle sur l'opportunité de recourir à des mesures d'instruction. Par conséquent, l'instruction adressée par le Conseil d'État aux juridictions du fond n'a qu'une portée relative dans la mesure où celui-ci n'a pas les moyens d'en apprécier l'application dans les cas d'espèce.

§2. L'objet de la preuve de la non-discrimination : un motif objectif

L'une des difficultés auxquelles est confronté le requérant, lorsqu'il saisit le juge pour discrimination, réside dans la pluralité des raisons sur lesquelles peut se fonder une décision administrative. La motivation de la décision administrative formellement notifiée à l'intéressé, ou présentée devant le juge, n'épuise pas en effet nécessairement l'étendue des raisons qui ont animé l'auteur de la décision. Ainsi, en théorie, une décision peut être fondée tout à la fois sur un motif objectif, tel que l'intérêt du service, et un motif discriminatoire. Ces précisions appellent à reconsidérer la lecture du considérant *Perreux*. Ainsi, l'exigence à l'égard du défendeur, inspirée de la directive 2000/78¹, de prouver qu'il n'y a pas eu discrimination lorsque le demandeur a apporté suffisamment d'éléments laissant présumer une discrimination peut s'entendre de deux manières : le motif discriminatoire est absent des raisons d'être de la décision ; la décision repose sur un élément objectif étranger à toute discrimination.

Manifestement le juge administratif a opté pour cette seconde voie.

Chacune de ces options recouvre des modalités probatoires très différentes. Tandis que dans la seconde hypothèse il suffit de mettre en avant un motif objectif, tel que l'intérêt du service ; à l'inverse, la première hypothèse rend évidemment la tâche de l'administration plus complexe... Mais pas impossible. Il ne s'agirait certes pas d'exiger de la part de l'administration de prouver de manière certaine l'absence de prise en compte du motif discriminatoire dans sa prise de décision, preuve qui serait sans doute impossible à rapporter et qui ferait donc peser sur l'administration un « risque de la preuve » excessif. Toutefois, l'administration pourrait s'attacher à fournir des éléments rendant vraisemblables l'absence de motif discriminatoire dans les décisions prises par ses agents : montrer notamment qu'elle s'efforce de mettre en place des dispositifs de lutte contre les discriminations (à travers des processus de recrutement qui intègrent l'objectif de non-discrimination), qu'elle prend des mesures de sensibilisation, etc.

Il est cependant remarquable que les juges ont manifestement choisi la seconde option alors que le considérant *Perreux* pouvait ouvrir la voie à une exigence accrue à l'égard de

¹ Article 10 de la Directive 2000/78 : « Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ».

l'administration. En effet, il est formulé de manière ambiguë, pouvant être interprété dans le sens de la première ou de la seconde option : s'il fait référence à la nécessité du défendeur d'établir que la décision litigieuse repose sur des « *motifs étrangers à toute discrimination* » (option 2), la suite du considérant précise qu'il revient au juge « *d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination* » (option 1). Cette dernière formule invite le juge à examiner avec plus de précision la raison d'être de la décision contestée devant lui, à élargir le champ de son investigation au-delà des seules causes objectives derrière lesquelles l'administration est tentée de s'abriter.

En tout cas, en optant pour la seconde option, le juge présume une absence de discrimination à partir d'une motivation objective. Dans la mesure où cette dernière se présente souvent sous une forme standardisée, à savoir « l'intérêt du service », à l'égard duquel le juge n'exerce qu'un contrôle minimum, puisqu'il ne sanctionne que l'erreur manifeste d'appréciation commise par l'administration en la matière, on peut dire que le juge reconnaît de manière générale à l'administration une présomption de non-discrimination.

L'intérêt du service constitue en effet bien souvent le « sésame », le motif légitime par excellence, derrière lequel s'abrite l'administration pour justifier certaines décisions. C'est un motif fréquent pour justifier des changements de postes, ou des non renouvellements de contrat¹. Dans ce cas, la situation du requérant est d'autant plus fragile qu'il ne dispose pas de droit à faire valoir. Qu'il s'agisse de titularisation, de renouvellement de contrat, l'administration dispose en effet d'un pouvoir discrétionnaire sur lequel le juge n'exerce qu'un contrôle minimum. À vrai dire, il n'est pas inconcevable que bon nombre de recours en discrimination, constituent en réalité l'expression d'un sentiment d'injustice éprouvé par des agents largement démunis pour contester les choix discrétionnaires de leur hiérarchie. Outre la référence à l'intérêt du service, l'administration peut toujours également se replier derrière un autre type de justification légitime : la vertu, les talents, les compétences².

L'analyse plus précise de l'attitude du juge face aux recours invoquant une discrimination témoigne encore davantage de la portée réduite du considérant *Perreux*.

Section 2. Une approche juridictionnelle peu propice à la reconnaissance des discriminations

Le plus souvent, le contentieux des discriminations confronte les juges à des requêtes, sinon dénuées de faits probants, du moins très peu étayées. La rareté des cas de reconnaissance

¹ Voir not. : CAA Paris, 19 février 2015, n°14PA03371 ; CAA Bordeaux, 13 avril 2015, n°13BX02036 ; CAA Marseille, 5 juin 2015, n°14MA02054.

² A. Zarca, *L'Egalité dans la fonction publique*, op. cit., p. 702. Voir not. : CAA Paris, 2 juillet 2015, n°14PA02890 ; CAA Nantes, 28 juillet 2015, n°13NT02363.

juridictionnelle de la discrimination s'explique donc en grande partie par le peu d'éléments de preuve apportés par les requérants. Il n'en reste pas moins que, de son côté, le juge n'utilise quasiment jamais de ses pouvoirs d'instruction pour compenser les difficultés probatoires auxquelles ces derniers se heurtent (§1). De manière plus générale, l'approche du juge tend à conforter la présomption d'une administration non discriminante (§2).

§1. Des mesures d'instruction très rarement mises en œuvre

Le considérant *Perreux* rappelle que le juge peut user de ses pouvoirs d'instruction, « en cas de doute », afin de compléter les échanges des parties. L'éventuel interventionnisme juridictionnel ainsi évoqué n'est qu'une explicitation de la procédure inquisitoire prévue devant les juridictions administratives. Les pouvoirs dont dispose le juge sont étendus, puisqu'il peut : demander des informations à l'administration, auditionner des témoins, se rendre sur place, éventuellement faire appel au Défenseur des droits. Mais il n'exerce quasiment jamais ces pouvoirs¹. Il convient de rappeler une fois encore que les juges apprécient souverainement l'opportunité de recourir à ces mesures d'instruction : le Conseil d'État n'exerce pas de contrôle à cet égard².

Les mesures d'instruction sont utilisées par le juge avec une extrême parcimonie. Il le fait dans des cas où le requérant a déjà soumis suffisamment d'éléments laissant « présumer » une discrimination. Les mesures d'instruction n'ont pas vocation à suppléer les carences du requérant, mais à conforter la conviction du juge dans le sens d'une discrimination. Autrement dit, ces mesures d'instruction sont généralement utilisées par le juge s'il dispose d'un « commencement de preuve ». Sans doute, convient-il également d'insister sur les économies de moyen auxquels le juge est confronté. Il sera ainsi d'autant plus enclin à recourir aux mesures d'instruction que l'impact de sa décision sera étendu. Ainsi, dans son arrêt sur la limite d'âge des contrôleurs aériens³, le Conseil d'État a eu recours à sa large panoplie de mesures d'instruction – enquête avec audition de témoins et visite dans les locaux – pour aborder avec des connaissances précises et circonstanciées la question de savoir si les exigences professionnelles invoquées par l'administration constituaient en l'occurrence une justification légitime à cette discrimination fondée sur l'âge. La Haute juridiction administrative évalue donc ici la réalité de l'objectif avancé par l'administration pour justifier une différence de traitement.

¹ La consultation de la base de données interne aux juridictions administratives, ARIANE, en atteste : en joignant les références des textes relatifs aux mesures d'instruction associées à la « discrimination », dans le domaine de la fonction publique (par exemple : « 83-634 + discrimination + 623-1 »), on relève un nombre extrêmement réduit, à savoir quatre jugements de tribunaux administratifs faisant appel à des mesures d'instruction. Il convient de relever que, de manière générale, les mesures d'instruction sont rarement mises en œuvre.

² Comme il le rappelle dans un arrêt : CE, 30 septembre, Mme A., n°373737.

³ CE, Ass., 4 avril 2014, n°362785.

Dans les litiges qui ne mettent pas en cause le caractère discriminatoire d'une mesure réglementaire, la question soulevée devant le juge se pose en des termes distincts. En effet, dans ces cas-là, la différence de traitement, qui est plus ou moins évidente lorsqu'elle est prévue ou impliquée par une disposition réglementaire, constitue justement le cœur du problème.

Certaines règles propres au droit de la fonction publique peuvent, sinon favoriser des comportements discriminants illégitimes, du moins les masquer. En matière de recrutement notamment, les jurys de concours de la fonction publique territoriale n'ont pas l'obligation de motiver leurs décisions. Le choix porté sur tel ou tel candidat n'a pas à être justifié. Toutefois, l'absence de motivation n'équivaut pas à l'absence de motifs comme le rappelle Mattias Guyomar dans ses conclusions sous l'arrêt de 2008. C'est également ce que le Conseil d'État rappelait dans son arrêt *Barel* lorsqu'il évoquait le pouvoir des juridictions « *d'exiger de l'Administration compétente la production de tout document susceptible d'établir la conviction du juge et de permettre la vérification des allégations des requérants* ». Autrement dit, si les membres du jury n'ont pas l'obligation de faire connaître les raisons de leur choix, ces dernières ne doivent pas être arbitraires ou se fonder sur les motifs de discriminations prohibés par la loi. Il n'en reste pas moins, qu'en l'absence d'objectivation de ces raisons, il est difficile pour le requérant dans un premier temps, de prouver qu'il a été victime d'une discrimination, puis, dans un second temps, pour le juge d'exercer un contrôle sur elles. Toutefois, le juge a théoriquement la possibilité de remédier à cette absence de motivation en ordonnant à l'administration leur communication. Mais, il ne fait pas un usage systématique de ses pouvoirs. Il n'explicite pas pourquoi dans certains cas il sollicite l'administration afin de recueillir des éclaircissements sur la décision d'un jury¹, tandis que dans d'autres cas, il se contente d'un minimum d'explications de la part de l'administration². On pourrait pourtant estimer que ces mesures d'instruction sont toujours « utiles » – pour reprendre la formule du considérant Perreux – lorsqu'elles permettent de soulever le voile juridiquement garanti par l'absence d'obligation pour les jurys de faire connaître les raisons de leur choix.

§2. Le juge maître d'œuvre de la dialectique de la vraisemblance

De manière générale, en dépit du caractère théoriquement inquisitoire de la procédure contentieuse, il importe pour le requérant de « *mettre de son côté le vraisemblable, après quoi, il appartient à l'autre partie, selon les mêmes exigences, d'établir le contraire* »³. La « *dialectique de la vraisemblance* »⁴ s'avère particulièrement redoutable pour ceux qui

¹ Voir not. : CE, 10 avril 2009, n°311888.

² Voir par exemple, CE, 30 septembre, Mme A., n°373737

³ J. Arrighi de Casanova, Concl. sur CE, SA Prodès International, n°111884. Citée par C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, op. cit., p. 350.

⁴ Expression empruntée à Jacques Arrighi de Casanova : op. cit.

s'estiment victimes de discrimination. Non seulement parce qu'ils ne disposent bien souvent que d'intuitions, que d'un « sentiment » d'être discriminés, mais également parce que le juge semble parfois présumer *a priori* une absence de discrimination. Du moins recourt-il à des modes de raisonnement dans certains cas d'espèce, caractérisés par la présence d'éléments attestant le caractère plausible d'une discrimination, qui l'amènent à écarter toute mise en cause de l'administration.

L'obligation de motivation des jugements ne couvre pas la nécessité de répondre à tous les arguments des parties¹. Dans un arrêt récent, la Haute juridiction rappelle d'ailleurs que les juges du fond ne sont « pas tenus de répondre à chaque argument avancé au soutien du moyen [que la requérante] aurait été victime d'une discrimination »². Si l'on admet que les requérants s'efforcent de produire autant d'indices qu'ils le peuvent pour rendre vraisemblable une discrimination, on peut dès lors s'interroger sur la cohérence de cette jurisprudence. En amont de l'arrêt sus-évoqué, le juge du fond n'a pas mentionné dans sa décision la question inappropriée que la commission de recrutement aurait posé à la requérante, candidate à un concours d'entrée dans la fonction publique (concours interne). C'est d'autant plus surprenant que dans le même cas d'espèce le Conseil d'État estime que le tribunal administratif n'a pas dénaturé les pièces du dossier en relevant que la requérante s'était « *bornée à se prévaloir, pour établir qu'elle avait été victime d'une discrimination à raison de ses origines* » de ce que son dossier de candidature portait la mention de son lieu de naissance. La Haute juridiction opte par conséquent pour une économie de motivation, dont elle s'écarte pourtant dans d'autres affaires : le Conseil d'État aurait pu tout aussi bien invalider le procédé des juges du fond en considérant qu'ils n'avaient pas suffisamment motivé leur décision³.

En matière de discriminations, l'absence d'un deuxième degré de juridiction représente un handicap pour les requérants, puisqu'ils ne disposent pas d'une deuxième chance de convaincre d'autres juges du fond du caractère sérieux de leurs allégations, ou encore de mobiliser leurs pouvoirs d'instruction⁴. Il n'est pas rare de lire dans la doctrine que le contentieux des discriminations réserverait une place inédite aux faits, et qu'il serait en ce sens irréductible à une approche systématique. Mais n'en est-il pas de même de tous les contentieux individuels qui mettent en cause la légitimité d'une qualification juridique ? Le contentieux disciplinaire

¹ R. Rouquette, *Petit traité du procès administratif*, Paris, Dalloz, 2014, p. 723, n°425.45.

² CE, 30 septembre 2015, Mme A, n°373737. Dans le même sens, voir aussi : CAA Paris, 19 février 2015, n°14PA03371 ; CAA Versailles, 8 octobre 2015, n°14VE01402.

³ En ce sens, voir par exemple : CE, 23 avril 1997, n°149013. Il s'agissait d'un contentieux disciplinaire. « [...] *qu'en ne précisant aucun des faits retenus, ni aucune des circonstances fondant leur appréciation selon laquelle lesdits faits n'étaient pas constitutifs d'une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire, les juges du fond n'ont pas suffisamment motivé leur décision et n'ont, dès lors, pas mis le Conseil d'État, juge de cassation, à même d'exercer le contrôle qui lui incombe [...]* ».

⁴ On sait que le Conseil d'État ne considère pas le double degré de juridiction comme un impératif.

représente pareillement un contentieux dans lequel les faits tiennent une place essentielle. Sans doute pourrait-on opposer qu'en matière de discrimination, la complexité provient d'une mise en balance entre des faits et des justifications. Mais cette remarque vaut surtout pour le contentieux réglementaire dans lequel en effet, une différence de traitement avérée est mise en perspective avec un objectif légitime (donc deux normes : l'égalité de traitement d'une part et un objectif légitime d'autre part). Pour le contentieux relatif aux décisions individuelles discriminatoires (décision de non renouvellement, choix d'un jury de concours, décision de changement de poste), la question se pose autrement. En réalité, si l'on doit évoquer une spécificité de ce contentieux, c'est qu'il ne se rapporte pas essentiellement à des faits, mais à l'absence de faits. Il n'existe pas, le plus souvent, de faits à proprement parler discriminatoires. C'est la raison pour laquelle d'ailleurs, les requérants invoquent bien souvent dans le même temps une discrimination et un harcèlement¹. Le harcèlement a lieu dans la durée, la répétition. Les actes dénoncés sont souvent énoncés de manière indistincte au soutien de ces deux griefs. Le juge est d'ailleurs plus enclin dans ces cas-là à reconnaître le harcèlement, plus objectif, que la discrimination. Plus exactement, lorsque les requérants soulèvent les deux moyens, les juges ont tendance à statuer seulement sur le harcèlement (comme si l'un et l'autre étaient nécessairement liés, et que l'examen du harcèlement était suffisant). La discrimination, qui n'est pas seulement une différence de traitement que l'on pourrait caractériser à travers une comparaison avec le traitement réservé aux autres agents, renvoie à une motivation absente, par nature, parce qu'illégitime. L'administration peut toujours se replier derrière une justification légitime : la vertu, les talents, les compétences². Dans le cadre de son office, le juge doit se contenter des motivations légitimes exprimées par l'administration lorsqu'elle est invitée à s'expliquer sur les raisons de ses choix. Dans un tel contentieux, basé sur des présomptions, des faits inconnus, la conviction du juge se fonde inévitablement sur des préjugés, des biais cognitifs et culturels. Sans doute, une plus grande familiarité avec le phénomène discriminatoire pourrait participer à faire évoluer les juges dans leur appréhension de la question. En tout cas, dans un contentieux comme celui-là la personnalité des juges jouera un rôle particulièrement important. C'est la raison pour laquelle un deuxième degré de juridiction offre au requérant une deuxième chance de convaincre le juge, sinon qu'il a été discriminé, du moins que la situation qu'il a décrite requiert légitimement des mesures d'instruction.

L'allègement de la charge de la preuve consiste, selon certains, pour le demandeur à établir une différence de traitement, sans avoir plus précisément à caractériser la motivation

¹ Voir not. : CAA Marseille, 9 juillet 2015, n°13MA01639 ; CAA Versailles, 24 septembre 2015, n°14VE01963 ; CAA Paris, 20 octobre 2015, n°13PA04280 ; CAA Paris, 20 octobre 2015, n°14PA00627 ; CAA Nancy, 3 décembre 2015, n°15NC00178 ; CAA Marseille, 3 novembre 2015, n°14MA00638 ; CAA Versailles, 8 octobre 2015, n°14VE01447.

² Voir *supra*.

discriminatoire de cette différence de traitement. Mettre en évidence une différence de traitement suppose d'apporter des éléments de comparaison, de montrer que, « *toutes choses égales par ailleurs* », le demandeur subit un désavantage. Le problème c'est qu'il est toujours possible de remettre en cause ce « *toutes choses égales par ailleurs* »¹, l'étendue des caractéristiques prises en compte dans le cadre de la comparaison n'étant jamais tout à fait exhaustif, et susceptible pour certaines d'entre elles de faire l'objet d'appréciations variables (l'expérience professionnelle notamment).

La comparaison peut s'entendre de deux manières : d'une part, le requérant disposant d'une caractéristique donnée (par exemple, une femme) peut essayer de comparer sa situation par rapport à un groupe d'individus sans cette caractéristique (des hommes) ; lorsque le juge est confronté à ce type de comparaison, il en retient une acception très restrictive puisqu'il suffit de la présence dans ce groupe d'un autre individu partageant la caractéristique propre au motif de discrimination invoqué par le requérant, pour que le juge estime la comparaison dénuée de pertinence². D'autre part, ce requérant peut tenter de comparer la situation de son « groupe d'appartenance » par rapport à un autre groupe : cependant, la discrimination systémique peut difficilement être remise en cause devant le juge. Dans une affaire mettant en cause une discrimination à l'égard d'une femme³, le juge estime que les comparaisons de salaire qui existent entre les femmes et les hommes ne sont pas pertinentes puisqu'elles correspondent à des différences de fonction, donc des différences de situation.

Certaines affaires admettent difficilement la possibilité d'une comparaison : le contentieux de la non-titularisation des stagiaires ou des contractuels par exemple. Si la preuve d'une discrimination peut être apportée sans avoir recours à la méthode comparative, contrairement à la preuve d'un traitement inégalitaire⁴, cette possibilité demeure toutefois difficile à mettre en pratique. Car, à défaut d'une possibilité d'objectiver la discrimination par la révélation d'une différence de traitement avec d'autres agents, il reste au requérant à montrer que l'administration a pris en compte telle ou telle caractéristique personnelle prohibée par la loi. Or, l'administration ne manque pas de ressources argumentatives pour fonder ses décisions individuelles : qualité du service, relations professionnelles, etc.

¹ G. Calvès, « Le principe de non-discrimination : un principe vide », in L. Potvin-Solis, *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 49.

² Voir not. : CE, 20 octobre 2014, Mme A. c/ chambre régionale d'agriculture de Provence-Alpes-Côte d'Azur, n°363237.

³ *Ibid.*

⁴ Voir M. Mercat Bruns, E. Boussard-Verrecchia « Vers une reconnaissance de la discrimination systémique », *Revue de droit du travail*, 2015, p. 660.

Les juridictions administratives admettent très rarement la discrimination. Sans doute serait-il injuste et infondé de faire peser sur les seuls juges la responsabilité de cette faible reconnaissance, lesquels n'ayant le plus souvent à leur disposition que des allégations faiblement étayées. Il n'empêche que le juge pourrait parfois jouer un rôle plus actif dans la recherche de la preuve, et pourrait exprimer moins de réserve par rapport au pouvoir discrétionnaire de l'administration. Si la réponse juridictionnelle ne sera sans doute jamais la plus appropriée pour lutter contre les discriminations, il n'en demeure pas moins que le juge pourrait participer davantage à la prévention des discriminations en étant plus favorable aux requérants, et plus exigeant à l'égard de l'administration.

Le Défenseur des droits et les acteurs juridictionnels de la lutte contre les discriminations : quelle complémentarité possible ?

Isabelle Carles

Chercheure associée, Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Entre 2000 et 2011, s'est opérée une unification des organismes chargés de l'assistance des victimes de discrimination, d'abord, avec la création du Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations (GED puis GELD), puis de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE – 2004), et enfin, le Défenseur des droits (DDD) créé en 2011.

Inscrite dans la Constitution depuis le 23 juillet 2008 et instituée par la loi organique et la loi ordinaire du 29 mars 2011, cette autorité constitutionnelle regroupe les missions du Médiateur de la République, du Défenseur des enfants, de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) et de la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS). Le Défenseur des droits remplit donc quatre missions : défendre les droits et libertés individuels dans le cadre des relations avec les administrations ; défendre et promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant ; promouvoir la lutte contre les discriminations prohibées par la loi et promouvoir l'égalité ; veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité.

Après la fusion de la HALDE au sein du DDD, on pouvait craindre une perte de la visibilité de la lutte contre les discriminations. Mais les saisines concernant les discriminations constituent une part non négligeable de l'activité globale du DDD puisqu'elles représentent 4.846 réclamations, marquant une progression constante depuis la fusion. L'institution a en effet enregistré une progression de 6,9% en 2015 par rapport à 2014¹.

Cependant, malgré ces évolutions positives, il convient de s'interroger sur l'effectivité du dispositif mis en place et notamment de l'impact réel du travail du DDD sur le monde judiciaire. L'une des particularités de l'autorité administrative est de posséder une variété d'outils pouvant mener à la résolution des conflits qui lui sont soumis en dehors ou en complément de la voie

¹ Voir Défenseur des droits, *Rapport d'activité 2015*.

juridictionnelle. C'est le cas notamment des recommandations (générales ou individuelles), de la transaction pénale et de la médiation. Le Défenseur peut également produire des observations en justice ou transmettre des affaires au parquet. Si le nombre d'observations produites en justice progresse sensiblement, l'utilisation des autres pouvoirs spécifiques ne semble pas augmenter alors même que le DDD entend promouvoir une politique pénale de répression des discriminations.

L'on s'interroge alors sur l'effectivité de l'interface entre le DDD et le monde judiciaire, notamment via l'analyse de l'impact des observations produites par le DDD sur ce dernier¹ et l'analyse des relations développées entre le Défenseur des droits et les pôles anti-discrimination.

L'objectif de l'étude est d'analyser la mise en œuvre du principe de non-discrimination par le DDD et les acteurs judiciaires afin de repérer les incohérences, les redondances, les lacunes du dispositif de lutte contre les discriminations et de susciter des pistes d'amélioration de son fonctionnement en réfléchissant à une meilleure coordination entre les services du DDD et les pôles judiciaires. Quel type de relation développer pour être complémentaire et se nourrir des expériences mutuelles ?

Pour répondre à ces objectifs, plusieurs méthodes ont été choisies, à savoir, une analyse des dossiers et des observations en justice produites par le DDD ainsi qu'une série d'entretiens avec des acteurs de la lutte contre les discriminations.

Le service de documentation du DDD a transmis à notre demande l'inventaire des observations en justice produites devant le DDD et la HALDE, soit un total de 420 observations transmises, dont 256 émanant de la HALDE. L'étude se focalise sur le critère de l'état de grossesse lequel a suscité un nombre important d'observations².

Ces méthodes quantitatives ont été complétées par des entretiens avec des acteurs de la lutte contre les discriminations. À partir des entretiens, il s'agissait de donner une meilleure visibilité aux dispositifs et acteurs existants et de tenter de mieux cerner l'efficacité ou les manques entre les différents acteurs, à partir de leur pratique et de leur point de vue³.

¹ Selon le rapport d'activité du DDD de 2015, les discriminations tiennent une place importante dans l'ensemble des observations produites par le DDD puisque 57% du total des observations produites en 2015 concernaient des cas de discriminations.

² Rappelons que les principaux motifs de réclamations sont l'origine (23,7%), suivie du handicap (20,8%), de l'état de santé (13,3%), du sexe (7,8%) et des activités syndicales (7,2%). Voir Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2014*, p. 40.

³ Une grille d'entretien a été élaborée afin de guider les entretiens semi-directifs menés auprès de plusieurs acteurs institutionnels. La grille contient une série de questions sur le parcours professionnel de l'acteur, sa pratique, ses stratégies d'action, la collaboration interne et externe (v. la grille figurant en annexe, p. 456).

Les premiers entretiens ont été menés auprès de juristes travaillant au sein du DDD entre mars et avril 2015¹. Afin d'approfondir le rôle joué par certains acteurs institutionnels et mieux comprendre les relations qu'ils ont – ou n'ont pas – noué avec le DDD, des responsables de pôles anti-discriminations ont été interrogés². Le GIP a facilité la prise de contact avec ces acteurs en leur envoyant une lettre d'introduction présentant la recherche et ses objectifs. Enfin, deux Préfets délégués pour l'égalité des chances ont été contactés³, et la responsable de l'Association européenne des Violences Faites aux femmes au Travail (AVFT) a également été interrogée.

Afin de donner une perspective historique à l'analyse, des entretiens menés auprès d'acteurs de la lutte contre les discriminations au cours des années 2008/2009 dans le cadre d'une recherche portant sur les discriminations multiples ont été également utilisés. Les entretiens avaient été menés auprès d'agents de la HALDE ainsi que d'acteurs du monde associatif⁴. L'analyse des entretiens menés dans le cadre de cette étude complétés par ceux menés précédemment auprès d'agents de la HALDE permet d'offrir une perspective évolutive de l'institution qui enrichit la vision de son fonctionnement actuel.

Pour analyser l'influence possible du DDD sur le monde judiciaire, nous avons choisi trois angles d'observation. Le premier est celui des mesures décidées par le collège au sein du siège pour tenter de démontrer que la HALDE, puis le DDD ont fait des choix stratégiques menant à des interfaces de plus en plus nombreuses avec le monde juridictionnel notamment par le biais de la production d'observations devant les tribunaux (Section 1). Le deuxième angle d'observation concerne plus spécifiquement la démarche pénale du DDD et sa volonté de coopération avec les parquets via les pôles anti-discrimination (Section 2). Enfin, à travers l'exemple du critère de l'état de grossesse, nous montrerons que l'autorité administrative a entendu nous seulement inciter le développement d'une jurisprudence sur le critère du sexe mais avoir également une influence sur la mobilisation des femmes dans la lutte contre les

¹ Il s'agit de juristes du département Protection sociale, travail et emploi, du Service Emploi privé, du Département protection sociale, travail et emploi, service Fonction Publique et du département Protection sociale et solidarité.

² Les entretiens ont été menés durant l'automne 2015 et ont duré en moyenne une heure trente chacun. Les procureurs responsables du pôle anti-discrimination rattachés à la cour d'appel de Douai ainsi qu'à celle de Paris ont été sélectionnés. Seuls deux d'entre eux ont répondu à notre demande et ont été interrogés, respectivement en septembre et octobre 2015. L'une des responsables d'un Pôle anti-discrimination étant en congé de maternité, il a été tenté de contacter son remplaçant éventuel mais sans succès. Les autres magistrats contactés, au nombre de trois, n'ont pas répondu à notre demande.

³ Il s'agit du Préfet de Seine-Saint-Denis ainsi que du Préfet du Nord. Seul le premier a pu être interrogé en octobre 2015 dans les locaux de la préfecture. Le Préfet délégué pour l'égalité des chances du Nord a annulé le rendez-vous pris en raison de sa nomination récente au poste de coordinateur national chargé de l'accueil des migrants.

⁴ Il s'agit d'entretiens menés auprès d'agents de la HALDE et d'associations de lutte contre les discriminations dans le cadre de la recherche européenne transnationale *GendeRace*, financée dans le cadre du Septième Programme-cadre de la Communauté européenne PC7/2007-2011. Seules ont été reprises les questions communes aux deux grilles d'entretiens.

discriminations (Section 3). Dans le cadre de ces trois angles d'observation, nous nous interrogerons de manière transversale sur les conditions d'une collaboration effective entre le DDD et les acteurs extra-judiciaires, comme les associations, à travers l'analyse de leurs attentes et de leurs stratégies d'action mutuelles.

Section 1. Les mesures décidées par le collège : une volonté affichée d'interface avec le monde juridictionnel

Pour mieux comprendre les choix stratégiques effectués par l'autorité administrative en matière juridictionnel, il est intéressant d'analyser les mesures prises par le collège chargé de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité¹.

Le collège possède en effet un ensemble de pouvoirs pour agir en complément ou en interaction avec le monde juridictionnel, comme le droit d'enquête, la possibilité de produire des observations ou des avis devant les juridictions, ainsi que la possibilité de proposer une transaction pénale.

A partir des données de la HALDE puis du DDD, il est intéressant de voir quels moyens ont été privilégiés et si des changements sont intervenus dans les méthodes choisies lorsque la HALDE a été absorbée par le Défenseur. Notons d'un point de vue méthodologique, qu'après cette intégration, il est plus difficile d'identifier les mesures décidées par le collège concernant les discriminations car l'approche adoptée par le DDD de présentation de ses activités dans les rapports annuels est transversale et les chiffres et pourcentages donnés sont globaux et concernent toutes ses activités².

Cette analyse doit cependant être comprise à la lumière des changements législatifs intervenus lors de l'absorption de la HALDE par le DDD. En effet, la législation en vigueur sous la HALDE rendait obligatoire la consultation du collège. La loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits rend cette obligation facultative et réservée aux questions nouvelles³. Cependant, malgré le caractère facultatif du recours au collège, ce dernier reste un organe très actif dans certains domaines comme nous allons maintenant le voir.

¹ Rappelons que ce collège se compose, outre l'adjoint du Défenseur des droits ayant la qualité de vice-président, de trois personnalités qualifiées désignées par le Président du Sénat, trois personnalités qualifiées choisies par le Président de l'Assemblée nationale, une personnalité qualifiée désignée par le vice-président du Conseil d'État.

² Le traitement des réclamations par le Défenseur des droits n'est plus organisé autour des quatre missions antérieurement dévolues à chacune des autorités administratives indépendantes auxquelles il a succédé. Pour accroître l'efficacité dans ses interventions et créer une culture professionnelle commune entre ses agents, les dossiers faisant l'objet d'une instruction sont attribués à des pôles thématiques en fonction de l'objet de la réclamation. Ce mode de fonctionnement se reflète dans la présentation des chiffres relatifs aux activités du DDD tant au niveau des réclamations que des observations produites en justice.

³ L'article 12 de la loi indique en effet que « Le Défenseur des droits peut convoquer une réunion conjointe de plusieurs collèges et de ses adjoints afin de la consulter sur les réclamations ou les questions qui intéressent plusieurs de ses »

§1. Les observations : des mesures en augmentation constante

Quelle est la place des observations au sein de l'ensemble des mesures prises par le collège ? Cette question retient toute notre attention car ces dernières ont pour objectif d'influencer les décisions des juridictions.

Ces dernières semblent prendre une place grandissante au sein de l'institution. En effet, elles représentent 33% des mesures décidées par le collège en 2013, devancées seulement par les recommandations générales ou individuelles (46%)¹.

Tableau comparatif des mesures décidées par le collège en pourcentage (2013)

	2013
Observations devant les tribunaux et avis sollicités	33
Rappels à la loi	8
Recommandations et avis	46
Rapports spéciaux adoptés par le Collège	5
Transmissions au parquet	3
Poursuites disciplinaires	3
Transactions pénales	0

Source : Défenseur des droits, Rapport d'activité 2013.

Le DDD, qui a la qualité d'observateur et non pas de partie au procès, a la faculté de produire des observations soit à la demande des juridictions lorsqu'elles sont saisies de faits relatifs à des discriminations, soit d'office, soit à la demande des parties. L'institution peut elle-même demander à être entendue par les juridictions civiles ce qui est, dans ce cas, de droit. D'où

domaines de compétence, ou qui présentent une difficulté particulière » alors que l'Article 15 de la même loi précise que lorsqu'il intervient en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité, le Défenseur des droits consulte, sur toute question nouvelle, un collège qu'il préside. (V. : Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits).

¹ Lors des premières années de la HALDE, on en relève une centaine par an, après un pic en 2007 (332) et 2008 (299). Elles sont présentées par l'institution comme particulièrement efficaces puisqu'elles sont majoritairement suivies pour les recommandations individuelles (79%) et dans une moindre mesure pour les recommandations générales (64%). La HALDE puis le DDD ont donc largement eu recours aux recommandations puisqu'elles constituent 46% des mesures prises en 2013 par le Défenseur.

l'intérêt de se pencher sur la portée effective de ces observations d'autant que la HALDE aussi bien que le DDD ont largement eu recours à cette mesure.

A l'époque de la HALDE, le nombre d'observations produites devant les tribunaux va croissant. On passe en effet de quarante-huit observations et avis sollicités produits en 2006 à cent vingt-trois en 2010.

Tableau comparatif des mesures décidées par le Collège en chiffres absolus (2006/2011)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Observations devant les tribunaux/avis sollicités	48	115	64	212	123	97
Rappels à la loi	42	24	18	14	11	11
Recommandations et avis	151	332	299	163	107	133
Rapports spéciaux adoptés par le collège	nC	nC	nC	3	11	11
Transmissions au parquet	10	1	3	12	14	14
Transmissions à l'inspection du travail	0	0	1	0	0	0
Transmissions à la Cnil	0	0	2	0	0	
Citation directe	0	0	1	0	0	
médiations	33	49	42	19	19	11
Transactions pénales	20	28	17	8	9	9
Réclamations rejetées	8	8	7	7	3	3
Vérifications sur place	0	0	3	1	0	
Référés	0	0	0	3	3	3
Total	312	557	457	442	300	

Source : rapports d'activité de la HALDE et du DDD.

Si l'institution produit de plus en plus d'observations, c'est parce que ces dernières sont suivies d'effets par les juridictions. C'est ce que montre la HALDE dans son rapport d'activité de 2010 : sur les quatre cent quarante-trois observations produites par l'institution entre 2005 et 2009, 299 ont été suivies par les juridictions.

Etat statistique des suites réservées aux délibérations de la HALDE adoptées de 2005 à 2009

		2005	2006	2007	2008	2009	Total
Recommandations générales	Suivies	19	73	162	152	51	457
	Non suivies	5	14	35	44	33	121
	Décisions en attente	0	0	0	46	39	85
Total		24	87	197	242	123	673
Recommandations individuelles	Suivies	5	54	92	29	19	199
	Non suivies	0	10	43	27	4	84
	Décisions en attente	0	0	0	1	12	13
Total		5	64	135	57	35	296
Observations devant les tribunaux	Suivies	1	34	87	51	126	299
	Non suivies	0	14	28	9	17	68
	Décisions en attente	0	0	0	4	72	76
Total		1	48	135	64	215	443
Médiations	Suivies	1	12	34	32	12	89
	Non suivies	0	21	15	12	3	51
	Décisions en attente	0	0	0	0	4	4
Total		1	33	49	42	19	144
Transmissions au parquet	Condamnation	2	1	1	2	0	6
	Classements et 3 ^e voie	10	9	0	1	2	22
	Relaxes	2	0	0	0	8	10
	En cours	0	0	0	0	2	2
Total		14	10	1	3	12	40
Transactions pénales	Acceptées et homologuées		20	27	16	6	69
	Refusées		0	1	1	0	2
	En cours		0	0	0	2	2
Total			20	28	17	8	73
Total général		45	262	525	425	412	1 669

Source : HALDE, Rapport d'activité 2010.

Le DDD semble maintenir ce cap. Même si le nombre d’observations produites est moindre qu’à l’époque de la HALDE, on constate néanmoins que sur la période allant de 2012 à 2015, les observations produites devant les tribunaux augmentent avec un taux de réussite non négligeable puisque selon le rapport d’activité de 2012, 68% ont été suivies d’effet. Le rapport d’activité de 2013 indique un taux de pourcentage encore supérieur (72%). Rappelons à nouveau que la diminution du nombre d’observations produites peut s’expliquer par le changement législatif introduit par la loi de 2011 créant le Défenseur des droits, rendant la consultation du collège facultative et réservée aux questions nouvelles.

Tableau comparatif des mesures décidées par le collège en chiffres (2012/2015)

	2012	2013	2014	2015
Observations devant les tribunaux et avis sollicités	90	94	78	101
Rappels à la loi	1	0	Nr	Nr
Recommandations et avis	7	30		197
Transmissions au parquet	2	15	15	5
Transactions pénales	1	1	Nr	1

Source : Défenseur des droits, rapports d’activité 2012, 2013, 2014 et 2015.

Il est **néanmoins** intéressant dès lors de se pencher sur les domaines de discrimination dans lesquels le DDD a le plus produit d’observations. Le tableau ci-dessous montre que depuis sa création, c’est dans le domaine de l’emploi privé et public que l’institution a produit le plus d’observations (85% au total), ce qui est à mettre **aussi** en corrélation avec le nombre élevé de réclamations enregistrées dans le domaine de l’emploi.

Observations produites devant les tribunaux par domaines de discrimination

	2012	2013	2014	2015
Emploi privé	52	53	50	56,7
Emploi public	25	19	18	26,8

Biens et services	13	8	9	16,4
Service public	4	20	23	Nr

Source : Défenseur des droits, rapports d'activité DDD 2012, 2013, 2014 et 2015.

C'est logiquement que l'on retrouve un pourcentage important d'observations produites devant les conseils de prud'hommes et les tribunaux administratifs. On observe par ailleurs une croissance constante des observations produites devant les cours d'appel. Lors des entretiens avec les agents du DDD, plusieurs de ces derniers ont indiqué qu'ils entretenaient de bons rapports avec les cours d'appel qui identifiaient mieux le Défenseur que les tribunaux et qui étaient davantage attentives à ses observations. À noter également l'augmentation progressive des observations produites devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat.

Répartition des observations produites selon la nature des juridictions (%)

	2013	2014	2015
Conseil de prud'hommes	29	19	20
Tribunal administratif	23	17	21
Tribunal de la sécurité sociale	1	5	3
Tribunal de Grande Instance	18	12	7
Cour d'appel	21	28	33
Cour d'appel administrative	Nr	4	3
Conseil d'Etat	3	5	8
Cour de Cassation	3	6	3
CEDH		4	1

Source : Défenseur des droits, rapports d'activité 2013, 2014 et 2015.

§2. L'impact des observations sur le monde associatif

La production d'observations rend compte des relations qui se nouent peu à peu entre le Défenseur et les juridictions. L'intérêt des observations produites par l'autorité administrative devant les tribunaux n'a pas échappé à d'autres acteurs essentiels de la lutte contre les discriminations, à savoir les associations. Rappelons que la loi prévoit un rôle privilégié des associations dans la lutte contre les discriminations puisque, lorsqu'elles ont cinq ans

d'existence et ont pour objet la lutte contre les discriminations, elles peuvent saisir le Défenseur avec l'accord de la victime. Le recours au Défenseur est alors dicté par un intérêt stratégique : celui de s'appuyer sur sa force de frappe à travers les observations qu'il est susceptible de produire.

La responsable de l'AVFT interrogée dans le cadre de cette recherche a précisé ce qu'elle attendait du Défenseur à travers un exemple de collaboration qu'elle considère réussie :

« La salariée travaille dans une entreprise du bâtiment où elle est la seule femme. L'employeur la harcèle sexuellement en l'invitant à des déjeuners, en lui disant qu'il faut qu'elle ait des relations sexuelles avec lui, etc... pendant des mois. Elle enregistre plusieurs de ses conversations. Elle est licenciée peu après la dénonciation du harcèlement. On a donc un très bon dossier. Mais se pose la question de la recevabilité des enregistrements dans le cas d'une procédure civile, devant le conseil de prud'hommes. On sait que la jurisprudence ne nous est pas favorable mais que c'est justement un point clef de jurisprudence. Donc on développe un argumentaire pour soutenir l'acceptation de la preuve. On se demande alors qu'en penserait le Défenseur des droits car cette question peut se poser dans toutes les affaires de discrimination. Donc le DDD doit avoir une position claire là-dessus. On le saisit de cette question juridique et on a eu une position impeccable du DDD qui a rendu une délibération dans le dossier juridiquement maligne qui complétait très bien notre propre argumentaire. Là c'est une délibération que l'on peut utiliser dans d'autres dossiers et en plus, ils ont réagi en trois mois »¹.

La réussite de la collaboration a bien reposé ici sur le principe de la complémentarité, l'association assumant la prise de risque sur l'acceptation du moyen de preuve choisi, l'institution cautionnant cette prise de risque par la production d'une délibération en sa faveur.

Cette position intermédiaire entre le pouvoir juridictionnel et celui des associations fait sans doute toute la singularité de l'action du DDD mais en souligne aussi les limites. C'est ce qu'indique la responsable de l'AVFT qui hésite parfois à contacter le DDD, en raison de l'incertitude de la position qu'il va adopter. En effet, si l'institution considère que la discrimination n'est pas constituée, cette position va immédiatement être transmise au mis en cause, lequel va l'utiliser contre le réclamant. L'association a alors le sentiment qu'elle peut se retrouver avec un plus mauvais dossier que si elle n'avait pas saisi le DDD. C'est pourquoi l'association propose de mettre en place une procédure de pré-instruction dans laquelle l'institution donnerait une tendance sur la position qu'elle va adopter afin de savoir si l'association a intérêt ou pas à s'associer au DDD.

¹ V. entretien du 7 octobre 2015.

En dehors du caractère parfois aléatoire du soutien possible, l'association dénonce également les réactions parfois trop lentes de l'institution. Et de donner l'exemple d'une affaire, où toutes les parties étaient prêtes, y compris les syndicats, sauf le DDD. Ces délais d'attente peuvent sans doute en partie s'expliquer par le système de la chaîne de validation des décisions mis en place au sein du Défenseur. Les agents du DDD ont en effet mentionné à plusieurs reprises ce système, en critiquant sa lourdeur qui, selon eux, ralentissent d'autant le processus décisionnel. Ces chaînes de validation se sont progressivement renforcées à chaque nouvelle nomination de président de l'institution dans l'objectif, selon les agents, de renforcer le contrôle de l'action menée par ces derniers. C'est pourquoi l'ensemble des pôles du défenseur a demandé la possibilité d'une délégation de signature afin d'alléger le système.

C'est pourquoi si les observations produites sont souvent sollicitées ou utilisées à l'appui d'autres affaires, le recours au Défenseur n'est pas un réflexe automatique pour les associations.

§3. Une utilisation très modérée des autres mesures

D'autres mesures du collège ont également vocation à favoriser les contacts entre le DDD et le monde judiciaire. Il s'agit notamment des transactions pénales. Cependant l'usage de ces dernières connaît une baisse constante. On en comptait en effet une vingtaine par an durant les premières années de la HALDE puis moins d'une dizaine par an de 2009 à 2011. Le Défenseur en fait un usage encore plus restreint puisqu'on en comptabilise une par année depuis 2012. Cette mesure est pourtant présentée comme l'une des plus originales offertes au Défenseur pour résoudre l'existence d'une discrimination de nature pénale. Elle constitue en effet une voie intermédiaire entre les réponses propres au Défenseur des droits (médiation, rappel à la loi, recommandation, ect.) et les poursuites correctionnelles et est particulièrement adaptée pour imposer de manière rapide une sanction et une réparation. Cet outil ne semble pas abandonné faute d'efficacité puisque 95% des transactions pénales proposées au parquet par la HALDE sur la période 2005 à 2008 avaient été homologuées par les tribunaux.¹

Le droit d'enquête et de vérification sur place a été présenté comme une mesure également très originale permettant à l'autorité administrative d'enquêter à la place ou en complément de l'autorité judiciaire. La loi accorde en effet au Défenseur de larges pouvoirs d'enquête et d'intervention, incluant la possibilité d'opérer l'équivalent de perquisitions dans les locaux administratifs, professionnels ou même privés de la personne mise en cause. Les pouvoirs

¹ Voir HALDE, *Rapport d'activité 2009*, p. 22. Le nombre de médiations est aussi en baisse constante puisqu'il passe de trente-trois en 2006, à quarante-neuf en 2007 et à quarante-deux en 2008, puis à dix-neuf en 2009. Il est vrai que le taux de réussite est aussi moindre puisque les propositions de médiations ne sont suivies qu'à 57%. Il est par la suite difficile de les identifier au sein des rapports d'activité du Défenseur.

d'instruction dévolus à l'institution lui permettent de mener des investigations sur place afin d'interroger les personnes, consulter les documents et dresser des procès-verbaux.¹ Il s'agit en conséquence d'un pouvoir d'importance dans le domaine de la constitution de la preuve qui reste, on le sait, l'une des difficultés majeures de la poursuite des discriminations.

L'intérêt de ce moyen d'action, comme les observations en justice, n'a pas échappé aux associations spécialisées dans la lutte contre les discriminations. Dès la création de la HALDE, ces dernières ont vite compris l'intérêt de solliciter le concours de l'autorité administrative lorsque les cas de discrimination qui leur étaient soumis semblaient manquer d'éléments prouvant le comportement discriminatoire. Le recours à l'autorité administrative augmente les chances de succès car cela permet de rassembler davantage de preuves.

C'est ce que soulignait déjà le juriste d'une association de lutte contre les discriminations à l'époque de la HALDE :

*« Pour nous, c'était le chaînon manquant. L'institution est un chaînon entre nous et les institutions étatiques. Elle nous remplace là où on n'a pas de compétence. Nous, on a une compétence juridique pour analyser la valeur juridique d'un document qu'on nous ramène - est-ce que ça vaut preuve ou pas – mais on n'a pas de pouvoir d'enquête. Donc moi si on me dit dans telle entreprise il se passe ça ou ça, moi, si l'employeur nie en bloc, je ne peux pas aller lui dire « ouvre-moi tes portes, laisse-moi aller vérifier sur ton registre de personnel, sur tes fiches de paie » alors que la HALDE le peut ».*²

Mais ce moyen d'action très prometteur a finalement été peu utilisé parce que le DDD doit obtenir l'accord préalable des juridictions saisies ou du procureur de la République en cas d'enquête préliminaire ou d'enquête de flagrance ouverte sur des faits dont il s'est ou a été saisi. Or il peut y avoir des refus d'autorisation ; notamment s'il agit de locaux administratifs, l'autorité compétente peut s'y opposer pour des motifs graves et impérieux liés à la défense nationale ou à la sécurité publique. Le Défenseur est alors dépendant de l'autorisation du juge des référés qui seul est habilité à permettre la visite.

Il existe un autre obstacle : lorsqu'il s'agit de locaux privés et sauf en cas d'urgence, le responsable de ces locaux est préalablement informé de son droit d'opposition à la visite ou à la vérification sur place. La vérification sur place ne peut alors se dérouler qu'après l'autorisation du juge des libertés et de la détention.

¹ Quiconque fait obstruction aux démarches du Défenseur s'expose à 15000 € d'amende et à un an de prison (article 12 de la loi).

² Entretien du 23 janvier 2009.

Selon les agents du Défenseur interrogés, la vérification sur place est finalement rarement employée car en raison de l'obligation d'avertir le mis en cause de la venue, l'effet de surprise disparaît, le mis en cause ayant alors la possibilité de dissimuler les preuves recherchées.

Il semble donc que le Défenseur fasse des choix stratégiques afin de parvenir, lorsque cela lui semble possible, à influencer les décisions de justice. La voie des observations en justice semble avoir été privilégiée et avoir mené à des succès, notamment en raison de l'expertise apportée par la HALDE puis le DDD à des juridictions parfois peu informées sur le droit de la discrimination mis en œuvre à la suite de la transposition des directives européennes de 2000.

L'impact du Défenseur sur les parquets semble plus nuancé. C'était déjà le cas lors de l'activité de la HALDE : sur les quarante dossiers transmis par le collège de la HALDE au parquet de 2005 à 2009, seuls six ont fait l'objet d'une condamnation, vingt-deux d'entre eux ont mené à un classement et dix à une relaxe. On peut pourtant supposer qu'il s'agissait de dossiers que le collège avait sélectionnés avec soin. Avec le Défenseur, la tendance change peu : on constate en effet qu'en dehors des années 2013 et 2014 où quinze dossiers ont été transmis au parquet, on n'en trouve que cinq en 2015. Les transactions pénales ne dépassent pas le cap d'un cas par an.

C'est sans doute ce qui explique en partie la volonté de l'institution de développer des relations plus étroites avec les parquets via la signature de plusieurs protocoles d'accord avec ces derniers¹ et les attentes formulées par le DDD à l'égard des pôles anti-discriminations dont nous proposons maintenant l'analyse.

Section 2. Les pôles anti-discriminations : un bilan mitigé

La circulaire du 11 juillet 2007 du Ministère de la Justice impose la création au sein de chaque parquet d'un pôle anti-discriminations rassemblant lors de réunions tous les acteurs intervenant en matière de discrimination au cours desquelles les procédures judiciaires soumises au parquet sont examinées. À l'occasion de ces réunions, le Défenseur des droits peut également soumettre à l'examen du parquet les procédures dont il est lui-même saisi. Ces instances doivent permettre

¹ L'objet de ces protocoles est de développer les échanges d'informations entre les signataires et d'assurer la coordination des actions afin de mieux lutter contre toutes les formes de discriminations de nature pénale. Fondés sur la désignation de référents et la coordination des actions, ils permettent au Défenseur des droits de proposer son expertise, de structurer les échanges et offrent un cadre de travail pour assurer que le Défenseur des droits soit mieux identifié dans les juridictions. Dix-huit protocoles de coopération avec les parquets généraux des cours d'appel ont ainsi été signés en 2014 (voir Défenseur des droits, *Rapport d'activité 2014*).

au parquet et au Défenseur des droits de définir une stratégie commune de lutte contre les discriminations.

Le Ministère de la Justice entendait, en instituant les pôles, favoriser l'accès à la justice des victimes de discriminations et améliorer la réponse pénale, par l'animation d'un réseau local de lutte contre les discriminations et le suivi du traitement des plaintes¹. Ces pôles anti-discriminations, qui comprennent un magistrat référent et un délégué du procureur de la République issu de préférence du milieu associatif, ont été créés dans chaque tribunal de grande instance.

Comment le DDD et les pôles eux-mêmes envisagent-ils leur rôle respectif et leurs échanges ?

§1. Les pôles vus par le DDD : des interlocuteurs privilégiés

Le Défenseur attendait de la création des pôles une amélioration de l'effectivité de l'enquête et de l'analyse du dossier à travers une véritable politique d'animation et de partenariat.

Dans ses rapports annuels d'activité, le DDD répète chaque année vouloir avoir une politique active de lutte contre les discriminations basée sur le volet pénal. C'est dans cet objectif qu'il a mis en place le pôle interne « Affaires pénales et relations avec les juridictions » au sein de l'institution.² Ce pôle assure la dénonciation et transmission des faits de nature délictueuse dont le Défenseur des droits a eu connaissance dans le cadre de ses missions (art. 33 de la loi organique du 29 mars 2011 et 40 du Code de procédure pénale), la gestion des autorisations d'enquête sollicitées auprès des parquets ou des juridictions lorsqu'une enquête judiciaire est concomitante (art. 23 LO), et l'instruction des demandes d'expertise juridique formulées par les parquets (une vingtaine d'avis demandés par les parquets par an).

Pour le Défenseur, les pôles anti-discriminations doivent être les relais de la politique pénale qu'il souhaite mener contre les discriminations à travers notamment les actions réalisées par son propre pôle « Affaires pénales ». Dès sa création, il a constitué de nouveaux pôles à Nanterre et Versailles tandis que des échanges étaient en cours avec Paris, Créteil et Evry³.

Dans son rapport d'activité 2013, le DDD insiste à nouveau sur l'importance des pôles anti-discrimination, qu'il voit comme un relai à son action personnelle menée dans le domaine

¹ Circulaire du Garde des Sceaux du 11 juillet 2007.

² Il est chargé de traiter les réclamations pénales portant sur des faits de discrimination, de coordonner les relations avec les juridictions, et de dispenser une expertise en matière pénale. Il est également chargé du suivi des échanges entre le Défenseur des droits et les juridictions des ordres judiciaire et administratif ainsi que l'animation des partenariats conclus avec les parquets et les pôles anti-discriminations.

³ Défenseur des droits, *Rapport d'activité 2012*, p. 6.

pénal¹. Il précise quelles sont ses attentes dans le cadre de ce qu'il nomme une collaboration : une meilleure efficacité dans le traitement des dossiers qu'il transmet, de ses demandes d'homologation de transactions pénales, d'autorisation d'instruire. Il souhaite également que les parquets lui confient des dossiers pour enquête ou encore sollicite son avis dans les dossiers sur lesquels ils s'engagent.

Cependant, dans les faits, la création des pôles ne semble pas entraîner une augmentation significative de l'activité pénale du DDD puisque en 2015, on dénombre seulement la transmission de cinq dossiers aux parquets et l'homologation d'une transaction pénale.

L'impact du Défenseur sur les parquets semble se situer à un autre niveau. Le développement de relations plus étroites avec les parquets a en effet permis à ces derniers d'avoir de plus en plus recours à l'expertise du Défenseur à l'appui des procédures en cours. Le DDD a ainsi été sollicité pour apporter son appui méthodologique à l'élaboration de tests de discrimination et participer à la formation des services ou des personnes extérieures devant effectuer ces tests. Les parquets sollicitent également de plus en plus fréquemment l'avis du DDD dans le cadre de leurs propres enquêtes².

Le second volet significatif des échanges développés entre les juges et le DDD est celui de la complémentarité du travail d'enquête. Le DDD doit en effet solliciter l'autorisation de mener une enquête auprès du parquet lorsqu'il le juge utile. Dans ce cas, son enquête complète celle menée par l'autorité judiciaire. C'est aussi souvent l'occasion pour le juge de solliciter son avis sur l'affaire en cours.

Les agents du DDD interrogés ont estimé que les relations avec les parquets ont évolué très positivement grâce à la création des pôles anti-discriminations qui ont permis d'organiser la communication et instaurer des relations de confiance entre le DDD et les interlocuteurs du monde judiciaire. Il existe cependant certains freins à une bonne coopération, notamment due à la lenteur de réaction du monde juridictionnel. C'est le cas par exemple lorsque l'autorisation d'instruire en cas de plainte déposée est subordonnée à la décision du Procureur même si ces autorisations sont généralement accordées.

Pour ces agents, le succès du DDD tient à l'autorité morale qu'il a su se bâtir alors qu'il ne dispose pas de pouvoir de sanction. Cette autorité joue également auprès des juridictions. Un agent interrogé précise ainsi qu'en cinq ans de travail au service de l'autorité administrative, il n'a vu qu'une ou deux fois les observations qu'elle avait produites devant le juge non suivies

¹ Défenseur des droits, *Rapport d'activité 2013*, p. 29.

² C'est ce qu'indique le Défenseur des droits dans son rapport d'activité pour l'année 2015.

d'effet. Voyons maintenant comment les pôles eux-mêmes envisagent leur rôle et leurs rapports avec le Défenseur.

§2. Les pôles : des points de vue diversifiés

Les magistrats référents en charge des pôles doivent assumer des missions variées dont certaines sont peu classiques. On leur demande en effet d'assurer un rôle de coordination de la lutte contre les discriminations au niveau local, en assurant la circulation des renseignements entre différents acteurs, comme les préfetures, les services de police et de gendarmerie, les responsables de l'éducation nationale afin d'améliorer la coordination des actions locales.

Un nombre important de circulaires a été produit à la suite de la création des pôles visant à soutenir la politique du ministère de la Justice contre les discriminations¹ et l'on assiste parallèlement à une augmentation continue du nombre de pôles sur le territoire français.

La nouvelle circulaire du 23 juillet 2013 qui a pour objectif de favoriser l'émergence et l'identification des situations de discrimination, l'accompagnement des victimes, mener des actions ciblées et développer des formations communes, doit permettre le renforcement des possibilités de coopération entre le Défenseur et les pôles.

Dans les faits, les relations entre les pôles et le DDD se traduisent par des réunions trimestrielles ou annuelles au cours desquelles les divers protagonistes (parquet, Défenseur des droits, maisons de justice et du droit, policiers, gendarmes, associations, etc.) doivent se rencontrer et évoquer leurs saisines respectives, en appréciant leur pertinence juridique et en coordonnant leurs actions.

Les résultats des entretiens avec deux magistrats responsables de pôles montrent néanmoins qu'ils sont confrontés à un certain nombre de difficultés dans la mise en œuvre des circulaires. La vitalité de ces pôles semble également dépendre de la manière dont les magistrats référents comprennent et investissent leur fonction.

Pour l'un d'entre eux, chef de pôle dans le nord de la France, ce rôle est envisagé de manière dynamique. Il souhaite assumer un rôle d'animateur d'un groupe d'acteurs judiciaires et extra-judiciaires en lien avec la lutte contre les discriminations. Selon lui, il faut multiplier les actions et les outils afin d'augmenter le nombre de plaintes et rendre ainsi les discriminations plus visibles et les sanctionner davantage. Pour ce faire, il a mis à la disposition des acteurs un certain

¹ On note ainsi en plus des dépêches du 27 juin 2012 concernant les actes de racisme ou d'antisémitisme et du 4 août 2014 concernant les propos à caractère raciste ou antisémite, une circulaire du 23 juillet 2013 visant la réponse pénale à apporter aux violences et discriminations basées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, celle du 12 janvier 2015 incitant les procureurs de la République à réagir très rapidement aux actes terroristes, racistes et antisémites.

nombre d'outils afin de faciliter la remontée des plaintes. Il a également favorisé la réunion des acteurs sociaux afin de créer un véritable réseau de lutte contre les discriminations et organisé des actions de communication sur les discriminations auprès de relais au niveau local afin de sensibiliser les différents acteurs.

Il entend donc se saisir de l'opportunité offerte par la création du pôle, lequel, selon lui, permet au judiciaire non pas de suivre ou de renforcer les politiques publiques portées par l'autorité administrative, en l'occurrence le Préfet, mais d'être au contraire leader de la mise en œuvre de ces dernières. En assumant le rôle d'animateur d'un réseau local de lutte contre les discriminations, il répond parfaitement à l'une des nouvelles missions créées par la circulaire de 2013, à savoir, assurer un dialogue continu avec les représentants de communautés culturelles et religieuses afin de construire une relation de confiance et impulser des actions de sensibilisation, assurée par la formation des enquêteurs et l'animation de travaux de sensibilisation dans des milieux professionnels et universitaires.

Cependant, il reconnaît être en but à un certain nombre d'obstacles, dont le premier demeure le peu de plaintes enregistrées malgré une politique dynamique d'information menée auprès de différents acteurs locaux. Selon lui, ce sont les limites du nouveau rôle assigné au Procureur, lequel peut paraître contre-nature dans la mesure où il n'est pas habituel de confier à un Procureur un pouvoir d'impulser une dynamique politique, en général confiée au préfet, et de créer des liens avec le tissu associatif local. Si le procureur a l'habitude de travailler avec un réseau d'associations spécifiques, comme les associations d'aide aux victimes ou des sortants de prison, il peut y avoir des résistances à l'idée de créer un partenariat avec des acteurs qui ont peu l'habitude de coopérer ensemble. C'est la raison pour laquelle, selon lui, peu d'affaires lui sont transmises par les acteurs associatifs, et ce, malgré une politique active de communication et la distribution d'outils spécifiques.

Les résistances proviennent également des services de police, toujours peu sensibilisés à la problématique des discriminations. Le procureur regrette également que les conseils de Prud'hommes ne lui transmettent pas davantage de cas. Il appelle de ses vœux une collaboration accrue entre le pôle et les syndicats afin de développer la poursuite pénale des cas de discrimination, mais il estime qu'elle est difficile à construire dans la mesure où justice et syndicats n'ont pas l'habitude de travailler ensemble.

Malgré ces résistances, l'originalité du pôle tient au rôle novateur confié au monde judiciaire : *« La politique poussée par la Garde des Sceaux est principalement tournée vers le judiciaire. C'est vrai qu'il faut s'appuyer sur une dynamique entre l'administratif et le judiciaire. Mais ce*

qui est original avec les pôles, c'est que le judiciaire est en autonomie pour porter ce thème, par rapport à une politique publique. D'habitude, elles sont portées par l'autorité administrative et finalement d'habitude, l'autorité judiciaire est à la traîne. Là, sur ce thème, on est un peu en pointe [...] ».

La seconde personne interrogée en charge du pôle anti-discriminations est plus critique à l'égard de ces derniers. Le vice-procureur en charge du secrétariat général du parquet du tribunal de grande instance de Bobigny, lors d'une audition devant le Sénat, avait déjà souligné que malgré la création du pôle, il n'avait été enregistré que six à sept plaintes en deux ans d'activités¹. Selon la responsable du pôle interrogée, le référent doit avoir un rôle de coordinateur à l'intérieur de la sphère judiciaire et représenter occasionnellement le monde judiciaire à l'extérieur. Pour elle, être référent consiste donc à transmettre des informations sur les discriminations au sein de sa juridiction, organiser des formations sur la question et réaliser des synthèses pour le département, le ressort et sa juridiction. Elle estime que le parquet n'a pas à sensibiliser le public sur les questions de discrimination, la sensibilisation relevant de la compétence d'autres acteurs. Il n'a pas non plus à être le moteur d'initiatives locales, même s'il est intéressant d'y participer.

Elle indique par ailleurs qu'aucune stratégie spécifique n'est mise en œuvre pour traiter les discriminations, la discrimination étant considérée au sein du Parquet comme un sujet parmi d'autres. En tant que référente, elle ne traite d'ailleurs pas les affaires de discrimination.

En revanche, la communication avec le DDD semble très valorisée. Elle indique avoir des échanges fréquents avec un correspondant spécifique au sein de l'institution. Ces propos semblent en concordance avec le DDD qui dans son rapport d'activité de 2012 mettait en avant le rôle très actif du Parquet de Bobigny dans la lutte contre les discriminations, en mentionnant la mise en place d'une audience correctionnelle entièrement dédiée au droit de la discrimination où ont été évoquées quatre affaires portées par le Défenseur des droits, relatives à des discriminations à l'embauche fondées sur l'apparence physique, l'origine et la grossesse, et à un refus d'embarquement fondé sur le handicap.

A partir de la définition d'une même fonction, l'on parvient donc à une activation de cette dernière très différente selon la manière dont les acteurs la comprennent et l'investissent. Quelle que soit la position adoptée par les acteurs, deux constantes demeurent : le peu d'affaires liées à des discriminations qui remontent jusqu'au parquet, d'une part, la difficulté de prouver une

¹ Voir « La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action », Travaux parlementaires, Sénat, URL : <http://www.senat.fr/rap/r14-094/r14-0943.html>.

discrimination en matière pénale, d'autre part. Reste à souhaiter qu'avec le temps, les échanges entre les institutions se multiplient et mènent à une effectivité accrue de la répression pénale des discriminations, grâce à l'amélioration des techniques de preuve et notamment la multiplication des enquêtes conjointes.

Section 3. L'impact du DDD sur le monde judiciaire : l'exemple de l'état de grossesse

L'analyse de la stratégie suivie par la HALDE puis le DDD pour lutter contre les discriminations basées sur l'état de grossesse permet de mettre en lumière la capacité de l'autorité administrative à faire monter en puissance la lutte contre un critère de discrimination, à savoir ici, celui du sexe. Il semble en effet que l'institution ait développé une stratégie qui a un impact non seulement sur les décisions des juridictions par le biais des observations produites mais également, plus généralement, sur les taux de saisine des discriminations basées sur le sexe et *in fine* sur le nombre de femmes saisissant l'institution globalement.

Lors d'un entretien avec un agent de la HALDE en 2008 dans le cadre d'une recherche portant sur les discriminations multiples, il avait été en effet mentionné qu'il partait du constat qu'il y avait peu de réclamations basées sur le motif du genre, alors que les statistiques, notamment en matière d'emploi, mettaient en évidence que dans plusieurs domaines, tels que ceux de la rémunération ou de la carrière, les femmes étaient discriminées par rapport aux hommes.

Les résultats de la recherche avaient montré que ce phénomène s'expliquait notamment par le fait que les organisations de femmes et féministes ne s'étaient pas emparées de l'arme du droit pour obtenir gain de cause¹. Les organisations féministes semblent accorder en effet peu d'intérêt à l'organisation du soutien juridique des plaintes basées sur le genre. Les milieux féministes ont longtemps privilégié la question des violences et ont fait de la lutte contre ces dernières une priorité, la question des discriminations étant jugée secondaire². Elles préféraient se battre sur le terrain politique. Selon la responsable de l'association AVFT, cette association est la seule à soutenir les femmes victimes de discrimination devant les tribunaux mais uniquement pour les cas de harcèlement et de violences au travail. Elle se considère comme très isolée dans la mesure où, selon elle, il existe toujours peu de féministes juristes. Les experts consultés dans le cadre de cette même recherche dénonçaient également le peu de soutien

¹ I. Carles, « Les discriminations multifactorielles basées sur le genre et l'origine ethnique : les leçons du projet européen GENDERACE », *Revue Hommes et Migration*, 2011.

² I. Carles, « Usage du droit et discriminations multiples : le genre des plaintes visant à lutter contre les discriminations raciales », *Champ psy* 2/2010 (n°58), p.61. URL : [www.cairn.info/revue-champ-psychosomatique-2010-2-page-175.htm].

obtenu par les femmes de la part des syndicats, principalement tournés, selon eux, vers le soutien aux plaintes basées sur la discrimination syndicale.

Dans ce contexte, la HALDE a eu la volonté d'être clairement identifiée comme une institution qui lutte contre ce type de discriminations et inciter les femmes à se défendre en utilisant les instruments juridiques. L'institution a développé une stratégie à cette fin tant en interne qu'en externe, en utilisant tous les pouvoirs de l'institution.

Elle a ainsi mené une campagne d'information publique destinée à inciter les femmes à déposer plainte et multiplier les actions sur ce thème, comme en 2009, la diffusion à 1,5 million d'exemplaires d'un dépliant à l'intention des employeurs et de leurs salariées sur la prévention de la discrimination en raison de la grossesse¹.

L'information et la sensibilisation relatives à la question du genre et à l'état de grossesse perdure avec le DDD puisque l'institution a mis à jour et publié en 2012 une nouvelle plaquette intitulée « *Grossesse et discrimination* » pour informer les victimes potentielles et les employeurs du fait que les femmes bénéficient d'une protection contre les discriminations auxquelles elles peuvent être exposées à l'occasion d'une grossesse². Le Défenseur a également publié, à l'occasion de la Journée des femmes 2013, le guide « *Un salaire égal pour un travail de valeur égale, outil pour une évaluation non discriminante des emplois à prédominance féminine* »³.

Ce travail d'information et de sensibilisation semble avoir eu un effet sur le nombre de réclamations puisqu'on constate une augmentation significative du nombre de saisines portant sur le critère de l'état de grossesse. On passe en effet de 2% du total des réclamations (cent vingt-six réclamations) en 2008 – première année au cours de laquelle l'institution enregistre des statistiques sur le critère de l'état de grossesse spécifiquement – à 5% en 2010 et 5,3% en 2014, avec une pointe à 8,4% en 2013.

Évolution des réclamations enregistrées par critère en pourcentage (période 2005-2015)

Critères	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015

¹ L'institution a organisé plusieurs événements autour de la question des discriminations liées au sexe, comme En mai 2009, un colloque franco-norvégien sur l'égalité entre femmes et hommes et la parité ou en 2010, un débat sur les risques discriminatoires en matière de retraite des femmes. Une délibération de principe sur ce thème a également été adoptée. La HALDE a fait également paraître dans sa collection Études et recherches à la Documentation française un ouvrage portant sur l'égalité salariale produit par Séverine Lemièrre et Rachel Silvera.

² Défenseur des droits, *Rapport d'activité 2012*, p. 119.

³ *Ibid.*, p. 139.

Origine	38	35	27	29	28,5	27	25,3	22,5	25,5	23,7	22,6
Santé/handicap	14	19	22	20	18,5	19	23	25,9	31	34,1	39,9
Sexe	6	5	6	4	6,5	4,5	3,7	3,3	4,8	7,8	4,4
Grossesse				2	2,5	4,5	4,7	4,6	8,4	5,3	4,8
Activités syndicales	5	4	2	5	6	5	4,5	6,2	10	7,2	5,6
Age	5,5	6	6	7	5,5	6	4,8	5,5	6,2	6,5	6,9
Situation de famille	5,5	2	6	3	2,5	2,5	3,2	4,5	5,5	4,6	4,4
Orientation sexuelle	3	1,5	2	3	2,5	2,5	2,4	1,7	2,3	2,2	1,5

Source : rapports annuels d'activité de la HALDE et du Défenseur des droits.

Parallèlement, le nombre d'observations produites concernant le critère de l'état de grossesse augmente progressivement, pour se situer aux alentours d'une dizaine par an, au moins jusqu'en 2013, avec un pic en 2011, dernière année d'activité de la HALDE (dix-huit observations produites). Cela semble bien montrer la volonté de l'institution de créer une jurisprudence en la matière dans la mesure où les réclamations sur l'état de grossesse génèrent 22% du total des observations en 2013 alors qu'elles ne représentent que 8,4% du total des réclamations au cours de la même année. Le même phénomène peut être observé, dans une moindre mesure, en 2014 et 2015 puisque les saisines sur l'état de grossesse représentent environ 5% du total des réclamations et génèrent 13% du total des observations.

Observations concernant l'état de grossesse (en chiffres absolus)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Nombre total d'observations	15	37	28	50	98	50	66	44	29
Observations état de grossesse	0	3	2	2	11	18	10	12	4

Source : Données de la HALDE et du Défenseur des droits.

Cet impact semble se répercuter non seulement sur les réclamations concernant l'état de grossesse mais aussi plus généralement sur les réclamations basées sur le critère du sexe. Si l'on cumule les réclamations portant sur le critère du sexe, de la grossesse et de la situation de famille concernant plus directement les femmes, on constate qu'elles constituent plus de 9 % du total des réclamations en 2008, 12 % en 2010 et 17,6% en 2014.

Observations produites par le DDD par critère en pourcentage (2013/2015)

Critères	2013	2014	2015
Nationalité	18	7	6

Origine	10	16	25
État de santé	11	15	16
Handicap	11	16	16
Sexe	6	Nr	13
Grossesse	22	13	12
Activités syndicales		11	9
Age	1	5	1
Situation de famille	5	1	
Orientation sexuelle	1	Nr	3

Source : Défenseur des droits, *Rapports d'activité 2013, 2014 et 2015*.

L'impact de la stratégie porte aussi sur le nombre général de femmes portant plainte. Il avait été en effet constaté jusqu'alors que les femmes, tous critères confondus, saisissaient moins la HALDE puis le DDD que les hommes¹. L'enquête Trajectoire et Origines (TeO) menée en 2008 par l'INED et l'INSEE confirmait aussi cette tendance puisqu'elle indiquait que les femmes déclarent moins fréquemment des cas de discrimination que les hommes (25% de moins)².

La HALDE constatait néanmoins une augmentation des saisines en provenance des femmes à partir de 2010. Le pourcentage de saisines féminines augmente en effet, passant de 42% en 2008 à 44% en 2009, et 48% en 2010. La tendance s'est poursuivie avec le DDD puisque pour la première fois en 2015, on a pu constater que les femmes étaient plus nombreuses que les hommes à déposer une réclamation dans le domaine des discriminations tous critères confondus où elles représentent aujourd'hui 53% des réclamants³.

La stratégie d'information et de sensibilisation de la HALDE puis du DDD sur les discriminations basées sur le sexe, doublée d'une stratégie de productions d'observations devant les juridictions, semble donc avoir eu un impact réel sur le nombre de réclamations enregistrées et sur la lutte contre les discriminations basées sur ce critère.

Pour l'état de grossesse, cette augmentation des réclamations s'explique sans doute parce que la discrimination basée sur ce critère est plus facile à identifier par les réclamantes et surtout

¹ I. Carles, « Usage du droit et discriminations multiples : le genre des plaintes visant à lutter contre les discriminations raciales », in *Champ psy*, 2/2010, n°58.

² C. Beauchemin, C. Hamel, M. Lesne, P. Simon, « Les discriminations, une question de minorités visibles », in *Population et Sociétés*, 2010, n°466.

³ Défenseur des droits, *Rapport d'activité 2015*.

plus facilement prouvable. Une fois enceinte, la réclamante peut constater par elle-même les changements de comportement éventuels de son employeur. Elle peut identifier un traitement défavorable d'une manière précise, en constatant par exemple un changement de poste à son retour de congé de maternité, ou de nouvelles attributions qui ne sont pas équivalentes à celles occupées antérieurement.

Pour des problématiques plus complexes que celle de l'état de grossesse, comme celle par exemple de la différence de rémunération entre les femmes et les hommes, le nombre de réclamations est moindre, sans doute en raison de la difficulté de la preuve. Dans ce cas, même si le Défenseur est identifié comme support à l'action, les femmes auront sans doute tendance à moins porter plainte en raison de la difficulté à apporter des preuves.

Conclusion

Le Défenseur des droits s'est inscrit peu à peu dans le paysage institutionnel et a su développer des relations de complémentarité avec les juridictions, lesquelles le reconnaissent comme un expert et sollicitent de plus en plus ses avis. La production d'observations devant les tribunaux a largement contribué à sa notoriété, ces dernières étant utilisées à la fois par les juges et les acteurs associatifs.

En revanche, neuf ans après leur création, et malgré des attentes élevées, les résultats effectifs des pôles semblent mitigés. Le nombre de plaintes enregistrées sur la base de la discrimination depuis leur mise en place reste en effet faible. Ce qui ne signifie pas que des progrès n'ont pas été accomplis en termes d'échanges et d'expertise entre le DDD et les parquets. Le nombre d'enquêtes menées conjointement ou d'avis sollicités auprès du Défenseur par les parquets augmente en effet sensiblement. Reste qu'en matière pénale, le système probatoire constitue un frein puissant à la lutte contre les discriminations et des difficultés d'identification et de transmission au parquet des cas de discrimination semblent également perdurer.

On doit alors s'interroger sur les moyens à mettre en œuvre pour parvenir à rendre les actes discriminatoires plus visibles et davantage sanctionnés. La réflexion doit porter sur l'approfondissement des modes de complémentarité entre les différents acteurs, à travers notamment les pôles anti-discriminations qui semblent pour certains, peiner à assumer leur rôle d'animateur d'une politique de lutte contre les discriminations à un niveau local. Des liens entre les pôles anti-discriminations et les préfets délégués pour l'égalité des chances seraient sans doute à renforcer puisque ces derniers ont vocation à assister le préfet de région pour toutes les

missions concourant à la cohésion sociale, à l'égalité des chances et à la lutte contre les discriminations.

Le renforcement des liens entre l'autorité administrative préfectorale et l'autorité judiciaire est aussi souhaitable afin qu'elles se soutiennent mutuellement dans la lutte contre les discriminations, notamment en utilisant leur pouvoir respectif auprès des organes de la police afin que cette dernière soit davantage sensibilisée à la thématique des discriminations et assurent un enregistrement des plaintes plus efficace menant à davantage de transmissions au parquet.

Les résultats de l'analyse du critère de l'état de grossesse ont montré par ailleurs que le Défenseur des droits peut, s'il le souhaite, constituer une arme puissante en faveur de la lutte contre les discriminations grâce à l'utilisation de plusieurs de ses pouvoirs, au sein desquels les observations produites devant les tribunaux tiennent une place non négligeable. La publicité faite autour des observations suivies d'effets, les débats animés autour de la thématique de l'état de grossesse et du sexe, les études financées sur le sujet, sont autant de moyens mis à la disposition du DDD pour augmenter l'impact des décisions. Cette stratégie a abouti à une plus grande visibilité des discriminations basées sur le sexe mais aussi à une augmentation des réclamations basées sur ce critère ainsi qu'à une augmentation des saisines par les femmes alors qu'à l'époque de la création de la HALDE, les femmes déposaient moins de réclamations que les hommes.

La réussite de la stratégie mise en place par l'institution pour lutter contre les discriminations basées sur l'état de grossesse est à mettre en lien avec la question de la preuve, ce critère étant relativement facile à prouver. La lutte contre les discriminations liées à l'état de grossesse est par ailleurs mobilisatrice – au moins au niveau individuel puisque les associations féministes semblent encore peu présentes sur le terrain du droit – et fait consensus dans la société.

On attend alors du Défenseur qu'il s'engage sur des terrains peut-être moins consensuels, tels que la reconnaissance du caractère discriminatoire des violences sexuelles au travail, sujet sur lequel il ne s'est pas clairement encore prononcé. C'est à sa capacité de prendre des positions risquées sur des sujets sociétaux faisant débat que l'on pourra réellement évaluer sa capacité à rendre effective la lutte contre les discriminations.

VI. De l'étude de quelques domaines

La lutte contre la discrimination en droit des assurances

Anne Danis-Fatôme

Maître de conférences HDR, Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Est-ce peine perdue que de chercher à lutter contre la discrimination en matière d'assurance ?¹ Pourtant l'assurance entre bien dans la catégorie des « services » dont l'accès est soumis au contrôle de la discrimination².

Assurances de dommages ou assurances de personne, assurances de choses ou de responsabilité³, l'activité même d'assurance implique une sélection⁴. L'assureur classe ses clients en fonction des risques auxquels ils sont exposés, c'est ce que l'on nomme la « segmentation ». Elle a pour but de fournir une offre d'assurance la plus adaptée possible au besoin de chaque assuré mais aussi la plus rationnelle économiquement pour l'assureur. La segmentation permet ainsi le calcul d'une prime proportionnelle au coût du risque⁵. On parle « d'équité actuarielle ». Comme l'a écrit, de manière très imagée, M. David Noguéro, « *tout le monde ne peut pas s'asseoir à la même table de la garantie* »⁶.

Mais plus avant c'est la loi du marché qui justifie qu'un assureur calcule son risque pour parvenir à une rationalité économique qui lui permet de présenter une offre large au profit des assurés et adaptée à chacun, au risque de voir les clients partir chez un concurrent moins cher⁷.

¹ Cette étude se limite à l'assurance privée. Ne sont donc pas étudiés les régimes de retraite et plus largement la question de la discrimination dans l'octroi des prestations sociales (voir not. CJUE, 3 septembre 2014, C-318/13, *Europe*, 2014, n°11, p. 44, n. L. Driguez, *RTDeur.*, avril-juin 2015, p. 350, obs. L. Coutron).

² Art. 225-2 1° du Code pénal et art. 2 1° de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

³ Voir J. Bigot, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux, R. Schulz, K. Sontag, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2è éd., 2014, n°152 et s.

⁴ H. Cousy, « La segmentation dans l'assurance de la responsabilité civile », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris Cujas, 2000, p. 181 ; L. Mayaux, « Ethique et offre d'assurance », Rapport au colloque de l'Association Internationale des Etablissements Francophones de Formation à l'Assurance (AIEFFA), Casablanca, 27-28 avril 2000, *RGDA*, 2000, p. 453 et s., spéc. p. 463 ; D. Lochak, « Loi du marché et discrimination », in D. Borillo, *Lutter contre les discriminations*, Paris, La découverte, 2003, p. 11 et s., spéc. p. 23.

⁵ J.-M. Bignon « L'égalité de traitement en droit européen et ses applications au droit de l'assurance, Obligation morale ou croisade idéologique ? », *Journal des tribunaux, Droit européen*, 2005 p. 231 et s., spéc. 21.

⁶ D. Noguéro, « Sélection des risques, Discrimination, assurance et protection des personnes vulnérables », *RGTA*, 2010, p. 633 et s., spéc. p. 655.

⁷ Voir D. Lochak, « Loi du marché et discrimination », *op. cit.*, p. 11 et s., spéc. p. 23 ; B. Dubuisson, « Solidarité, segmentation et discrimination en assurances », *Mélanges Bigot*, Paris, LGDJ Lextenso 2010 p. 105 et s., spéc. p. 107.

Plus radicalement, ce qu'on nomme « l'anti-sélection »¹, hypothèse dans laquelle des tarifs uniques attireront mécaniquement les assurés en fort risque et feront fuir ceux qui en encourent peu, pourrait aller jusqu'à provoquer la liquidation judiciaire de la Compagnie d'assurance qui s'y soumet².

L'assureur va chercher à éviter les clients qui vont lui faire perdre de l'argent, comme il en sera de même pour un banquier³, ou proposer des assurances à des conditions très onéreuses. C'est d'ailleurs par des raisons économiques qu'a été justifiée l'immunité offerte à l'assureur qui discrimine pour des raisons de santé⁴, inscrite dans le Code pénal⁵. Cette immunité paraît aujourd'hui plus acceptable⁶ dans la mesure où elle s'articule avec un dispositif légal, la convention AERAS⁷, qui garantit une assurance aux personnes dont l'état de santé ou le handicap est particulièrement lourd⁸. Elle n'empêche pas, ceci-dit, des évolutions bienvenues en faveur de l'égalité de traitement, comme celle accomplie récemment par la loi de modernisation de notre système de santé qui prévoit un droit à l'oubli pour les personnes, ayant été atteintes d'un cancer, en rémission depuis plusieurs années, qui souhaitent souscrire une assurance⁹.

En dehors de ces hypothèses spécifiques, c'est l'exercice de la liberté contractuelle du prestataire de service, celle de l'assureur, qui se manifeste¹⁰. Mais cette liberté est-elle à ce point sans limite qu'elle en fait céder le principe d'égalité¹¹ ? La liberté de l'assureur peut être encadrée et ceci notamment lorsqu'il opère une sélection contraire au droit de la non-discrimination¹².

¹ B. Dubuisson, « Solidarité, segmentation et discrimination en assurances », préc., spéc. p. 110 ; P. Petauton, « Ethique, statistique et tarification », Dossier « Segmentation et non-discrimination dans l'assurance », *Risques*, n°87/septembre 2011, p. 25 et s., spéc. p. 26. Les anglais utilisent l'expression d'« *adverse selection* ».

² M. Robineau, note sous CJUE, 1^{er} mars 2011, Test-achats c/ Belgique, aff. C-236/09, au D. 2011, p. 1592 et s., spéc. p. 1594, note 16.

³ Voir D. Lochak, « Loi du marché et discrimination », *op. cit.*, p. 11 ; M. Nicolle, *Essai sur le droit au crédit*, thèse Paris V, 2015, n°173.

⁴ L. Mayaux, « Ethique et offre d'assurance », Rapport au colloque de l'AIEFFA, préc. spéc. p. 464.

⁵ Article 225-3, 1^o du Code pénal.

⁶ Sauf lorsqu'elle se fonde sur des « tests génétiques prédictifs » (article 225-3, 1^o du Code pénal).

⁷ AERAS signifie : Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé.

⁸ Article L.1141-2 du Code de la santé publique.

Voir cependant D. Lochak qui critique ce dispositif comme signant « l'échec de la solidarité » (« Loi du marché et discrimination », préc. spéc. p. 36).

⁹ Art. L.1141-5 du Code de la santé publique, issu de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

¹⁰ Voir not. J. Ricot, *Le refus de contracter*, thèse Paris, 1929, spéc. p. 8 ; J.-C. Serna, *Le refus de contracter*, Paris, LGDJ, 1967, spéc. p. 4.

¹¹ D. Lochak, article précit, spéc. p. 17 ; J.-P. Désidéri, « Les discriminations dans le choix de son contractant », *Droit et patrimoine* 1998, n°60 p. 52 et s., spéc. p. 65 ; v. aussi : X. Lagarde, « Variations sur l'actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales », *Sem. soc. Lamy*, 2007, n°1312, p. 7 et s., spéc. p. 8.

¹² Pour les besoins de cette étude notre propos englobe tant le droit de la discrimination que celui issu du principe d'égalité de traitement, sans pour autant nier les spécificités propres à chacun de ces outils (voir en ce sens : X. Lagarde, « Variations sur l'actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales », *op. cit.*, p. 7 et s., spéc. p. 7 et 8 ; voir L. Cluzel-Metayer et M. Mercat-Bruns, *Discriminations dans l'emploi, Analyse comparative de la*

Si le contentieux de la discrimination est maigre, voire inexistant, en droit français des assurances¹, il s'est développé ces dernières années en droit de l'Union européenne, ce qui tend à montrer que les pratiques des assureurs n'échappent pas au contrôle de la discrimination injustifiée². L'existence de cette jurisprudence s'explique par l'adoption de plusieurs directives dites « anti-discrimination » qui ont pour base juridique la « *clause de lutte contre les discriminations* » du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne permettant au Conseil de l'Union d'adopter à l'unanimité « *les mesures nécessaires* » pour combattre les discriminations sur la base des différents motifs que sont le sexe, la race, l'origine ethnique, religion, handicap, âge ou encore l'orientation sexuelle »³.

C'est précisément la directive n°2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services qui a donné lieu à un remarquable contentieux en droit des assurances, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) étant allée jusqu'à invalider l'un des articles du texte même de la directive – et pas seulement son interprétation⁴. La CJUE a, en effet, retenu dans le célèbre arrêt *Test-Achats*, que l'article 5 § 2 de la directive du 13 décembre 2004 permettant une dérogation à l'exigence de primes d'assurance unisexe « *lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques* » n'est pas valide puisque qu'elle n'est pas limitée dans le temps⁵. Une dérogation illimitée dans le temps est

jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation, Paris, La documentation française, Etudes et recherches, 2011 ; M. Sweeney, « Des fondements pour agir », in E. Serverin, F. Guionard, *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité, Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extraits de la base JURICA (2007-2010)*, Décembre 2013, Mission de recherche Droit et Justice, p. 22 et s.).

¹ Voir *infra*.

Une hausse du contentieux de la discrimination est au contraire constatée en matière d'emploi : X. Lagarde, « Variations sur l'actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales », *op. cit.*, p. 7.

² CJUE, 1^{er} mars 2011, *Test-achats c/ Belgique*, aff. C-236/09, D., 2011, p. 1592, n. M. Robineau ; *JCP G*, 2011, 319, obs. F. Picod et L. Mayaux, « Coup de tonnerre : La CJUE prohibe toute discrimination fondée sur le sexe » ; *JCP G*, 2011, p. 756 et s. ; *JCP E*, 2011, 1436, n°3, obs. M. Asselain ; *AJDA*, 2011, p. 967, n. L. Burgogue-Larsen ; *RD bancaire et financier*, 2011, comm. 112, obs. A. Gourio et L. Thébault ; *Europe*, 2011, comm. 188, obs. A. Rigaux ; B. Rajot, « La prise en compte du sexe de l'assuré en tant que facteur de risques dans le contrat d'assurance constitue une discrimination », *RCA*, avril 2011, Alertes, n°8 ; *RGDA*, 2011 n°3, p. 852 et s., n. G. Parléani, G. Calvès ; *RDSS*, juillet-août 2011, p. 645 et s. ; G. Bruguière-Fontenille, « Fin de la segmentation hommes-femmes », *La Tribune de l'assurance*, n°157, avril 2011, p. 12 ; M.-L. Basilien-Gainche, « Hommes-femmes : différences au volant, égaux devant l'assurance (CJUE, GC, 1^{er} mars 2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASLB c/ Belgique) », URL : [\[http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/03/04/\]](http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/03/04/) ; S. Grosbon, « La décision Test-achats c/ Belgique, CJUE 1^{er} mars 2011, à l'aune de l'analyse féministe du droit : proposition de lectures d'un exemple concret », in S. Hennette-Vaucher, M. Möschel, D. Roman (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 123 et s. ; v. aussi CJUE, 3 septembre 2014, C-318/13, *Europe*, 2014, n°11, p. 44, n. L. Driguez ; *RTDeur.*, avril-juin 2015, p. 350, obs. L. Coutron.

³ Article 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Sur le rôle majeur du droit de l'Union européenne dans la lutte contre la discrimination voir not. : L. Cluzel-Metayer et M. Mercat-Bruns, *Discriminations dans l'emploi, Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 5.

⁴ CJUE 1^{er} mars 2011, *Test-achats c/ Belgique*, aff. C-236/09, préc.

⁵ *Idem*.

jugée incompatible avec le principe d'égalité entre les femmes et les hommes. Cette avancée majeure a provoqué une modification du droit français des assurances¹.

Le tonnerre de critiques venant du monde de l'assurance qui a suivi cette décision en dit long sur la réticence des assureurs à se voir contraints dans leurs pratiques². Il est vrai que la technique de la segmentation entre des groupes de populations en fonction de leur degré d'exposition à certains risques, sur laquelle repose l'assurance, semble difficile à articuler avec la lutte contre la discrimination³. Mais, ici comme ailleurs, c'est la recherche d'un délicat équilibre entre respect de la liberté contractuelle et respect de principes considérés comme supérieurs dans un État de droit⁴ qui offre une piste utile pour répondre à cette contradiction. L'effectivité de la lutte contre la discrimination en matière d'assurance a avancé grâce à la jurisprudence de l'Union européenne⁵. Ce pas en avant est d'autant plus important qu'il permet de s'interroger sur deux aspects majeurs de la lutte contre la discrimination. C'est à la fois la question de savoir quelle ingérence contractuelle peut être mise en place afin que s'opère un contrôle des justifications utilisées par l'assureur pour segmenter (Section 1), et c'est aussi la conception même de la notion de comparabilité qui se trouve à nouveau questionnée dans cette étude (Section 2).

Section 1. Une ingérence dans la sphère contractuelle par le contrôle des justifications

Les assureurs ont mis en place des techniques de sélection des risques qui reposent sur des outils statistiques. Cette technique rend donc *a priori* difficilement attaquable sur le terrain de la discrimination la décision de l'assureur de ne pas assurer qui semble, en effet, toujours reposer sur des critères objectifs. Pourtant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ébranle cette certitude. Ces solutions remettent donc en cause l'usage de statistiques

¹ L'article L.111-7 du Code des assurances a été modifié, le 26 juillet 2013 (loi n°2013-672), pour prendre en compte la solution de la jurisprudence *Test-Achats* (préc.). L'article 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 va également prochainement être modifié pour supprimer tout renvoi à l'article L.111-7 du Code des assurances au titre des dérogations admises à l'interdiction de toute discrimination (voir article 41 du projet de loi égalité et citoyenneté du 13 avril 2016 (n°3679)).

² Voir O. Berruyer, « Discrimination hommes/femmes dans les tarifs d'assurance », *Trib. assur.*, avril 2011, p. 54 et s., spéc. p. 54 ; J.-M. Binon, « 21 décembre 2012 : L'apocalypse maya pour le sexe en assurance ? », *op. cit.*, p. 220 et s., spéc. p. 221 ; et voir aussi pour des réactions négatives des assureurs au moment de l'adoption de la directive du n°2004/113/CE du 13 décembre 2004 : J.-M. Bignon, « L'égalité de traitement en droit européen et ses applications au droit de l'assurance, Obligation morale ou croisade idéologique ? », *op. cit.*, p. 231 et s., spéc. n°20 et 21.

³ Voir F. Ewald, « A quelles conditions la sélection d'un risque constitue-t-elle une discrimination ? », in *Mélanges Y. Lambert-Faivre et D.-C. Lambert*, Paris, Dalloz, 2002, p. 167 ; J. Monnet, « Discrimination, assurance et sélection des risques » in « Discrimination et assurances », au 4^e Rendez-vous de Niort du 23 avril 2010, Université de Poitiers, URL : [www.institutdroitsante.com].

⁴ Voir not. L. Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2013, n°20 et s.

⁵ CJUE, 1^{er} mars 2011, *Test-achats c/ Belgique*, aff. C-236/09, préc.

comme justification objective et raisonnable (§1) et impose à l'assureur d'utiliser des facteurs sociaux de différenciation (§2).

§1. L'outil statistique à l'épreuve du contrôle de la « justification objective et raisonnable »

La différence de traitement justifiée. Le législateur français a expressément inscrit dans la loi l'interdiction pour l'assureur de discriminer en raison du sexe¹. Mais on sait que toute discrimination n'en est plus une si elle est justifiée par un motif objectif et raisonnable². Encore faut-il s'entendre sur le sens donné à cette notion³ et, à cet égard, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne devrait considérablement faire évoluer cette notion dans le contentieux de l'assurance.

Dans les différentes étapes de la caractérisation d'une discrimination figure, en effet, la possibilité pour celui qui est stigmatisé comme auteur d'une discrimination d'échapper à toutes sanctions – pénales et civiles – en prouvant que la différence de traitement, subie par la victime est justifiée par une raison objective. Le raisonnement est bien connu : une différence de traitement ne sera pas sanctionnée comme étant discriminatoire en présence d'une « *justification objective et raisonnable* ». Cette méthode a été retenue par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans la célèbre affaire *linguistique belge*⁴. Elle suppose que la différence de traitement poursuive un but légitime et qu'il y ait un rapport de proportionnalité entre le but visé et les moyens employés pour l'atteindre⁵. La Cour de justice de l'Union européenne a également précisé qu'un traitement inégal entre deux situations comparables pouvait être objectivement justifié⁶.

¹ Article L.111-7 du Code des assurances.

² L'interdiction de toute discrimination envers les femmes en raison des frais liés à la grossesse et à la maternité n'est, en revanche, pas susceptible de justification car le législateur européen (article 5 §3 de la directive 2004/113 du 13 décembre 2004) et français (article L.111-7 I du Code des assurances) en ont fait une interdiction radicale qui repose sur la solidarité entre les sexes.

³ Une ambiguïté naît du fait que le législateur n'a fait figurer, dans la loi de 2008 (n°2008-496 du 27 mai 2008 préc.), la possibilité de justifier une discrimination par un but légitime que pour la discrimination indirecte (art. 1^{er} al. 2, en cohérence avec l'article 2 §2 b) de la loi directive 2000/78). Nous pensons, pour notre part, que le juge français accepte également d'écarter toute sanction civile ou pénale lorsqu'une discrimination directe comporte une justification objective et raisonnable (voir *infra* jurisprudence citée en ce sens). Il en est ainsi, à notre sens, en raison des dérogations prévues à l'article 225-3 du Code pénal et en raison du système d'allègement de la charge de la preuve mis en place, au civil, au profit de la victime, par la loi de 2008 (art. 4). Sur ce point, voir A. Danis-Fatôme, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *Rev.DH*, 9/2016, spéc. n°10, URL : [www.http://rvdh.revues.org].

⁴ CEDH, 23 juillet 1968, série A, n°6, Affaire linguistique belge, §10, *AFDI*, 1968, p. 201, obs. R. Pelloux ; F. Sudre, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Thémis PUF, 7^e éd., 2003, n°9 et dans le même sens : CEDH, 29 avril 2008, *Burden c/ Royaume-Uni*, n°13378/05 §60.

⁵ CEDH, 23 juillet 1968, série A, n°6, Affaire linguistique belge, préc.

⁶ CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e. a*, C-127/07, pt 23 ; CJCE 1^{er} mars 2011, *Test-achats c/ Belgique*, aff. C-236/09, préc., pts 28 et 29.

Ce raisonnement a été adopté par les juridictions françaises. C'est ainsi qu'on trouve fréquemment, dans la jurisprudence française, l'affirmation suivant laquelle : « *une distinction est possible car considérée alors comme non-discriminatoire, si elle se fonde sur une justification objective ou raisonnable, qui s'apprécie par rapport au but qui doit être légitime, ou aux effets qui ne doivent pas être disproportionnés de la mesure considérée* »¹.

Or, il semble qu'en matière d'assurance cette exigence d'une justification objective et raisonnable était précisément caractérisée, jusqu'à une période récente², par l'existence de statistiques qui établissaient des différences, considérées « objectives », entre des groupes de personnes.

Le contentieux français. Concernant la France, il est vrai que les assureurs n'avaient guère pris l'habitude d'être confrontés au droit de la non-discrimination. Les rares décisions des juridictions françaises qu'on trouve, lorsqu'on s'intéresse au contentieux de la discrimination en droit des assurances, manifestent plutôt une forme de retrait du juge. Il en ainsi, par exemple, de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 juin 1993³. Dans cette affaire, un requérant avait eu l'idée d'agir contre une compagnie d'assurance qui excluait les hommes de l'accès à une police d'assurance automobile. Cette action en justice n'a pas prospéré, la chambre d'accusation ayant considéré que le critère du sexe était couplé avec d'autres – ancienneté du permis, absence d'accident, véhicule de moyenne ou petite cylindrée, notamment – et qu'il ne s'agissait donc pas d'une discrimination en raison du sexe puisque certaines femmes se trouvaient elles-mêmes exclues.

On constate que les rares décisions françaises qui ont sanctionné un assureur sur le fondement du droit à la non-discrimination couvrent des hypothèses spécifiques dans lesquelles, soit un protagoniste a « mis les pieds dans le plat » en refusant d'assurer une personne en lui affirmant que cela tenait à un critère discriminatoire soit parce qu'il s'agit d'une discrimination en raison de la nationalité.

Concernant la première hypothèse, on trouve, en effet, des décisions dans lesquelles la victime a réussi à prouver que c'est l'agent d'assurance, lui-même, qui a annoncé au client ne pas pouvoir donner suite à sa demande d'assurance automobile en raison de son âge⁴. La compagnie a ici été sanctionnée pénalement, par une peine d'amende. Il n'en reste pas moins qu'on imagine aisément que dans l'hypothèse dans laquelle l'agent d'assurance aurait plus habilement masqué

¹ CA Angers (ch. soc.), 1^{er} octobre 2013, n°11/02624 ; dans le même sens : Soc, 17 juin 2003, Mayen c/ Sté Alitalia, JCP, 2003, IV 2444.

² Voir CJCE, 1^{er} mars 2011, Test-achats c/ Belgique, aff. C-236/09, préc.

³ Cass. Crim, 8 juin 1993, n°92-82749.

⁴ CA Nîmes, 6 novembre 2008, n°08/00907 ; voir sur cette décision : F. Dechavanne, « Le rôle de la HALDE dans la lutte contre les discriminations en assurance », in « Discrimination et assurances », au 4^e Rendez-vous de Niort du 23 avril 2010, Université de Poitiers, URL : [www.institutdroitsante.com].

⁴ Voir not. L. Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2013, n°20 et s.

sa décision de refus d'assurance derrière d'autres critères jugés non-discriminatoires, l'entreprise aurait échappé à toute sanction.

Concernant la seconde hypothèse – celle dans laquelle il y a discrimination en raison de la nationalité –, on peut, en effet, citer une décision qui été rendue par la cour d'appel de Paris le 9 mars 1999¹. Dans cette affaire, ce n'est pas un assuré « éconduit » qui avait porté en justice une plainte pour discrimination mais un courtier. La compagnie d'assurance allemande, auprès de laquelle il avait fait souscrire à ses clients de très nombreux contrats, a opéré une résiliation massive de ces conventions au motif qu'elle changeait de stratégie économique et n'assurait plus, à l'avenir, que des assurés confrontés à des « *risques d'origine allemande* ». Une telle décision a été jugée, par la Cour d'appel de Paris, contraire à l'article 7 du Traité de Rome qui interdit « *toute discrimination exercée en raison de la nationalité* »². Ce ne sont pas les assurés qui avaient agi, dans cette affaire, mais le courtier qui s'est trouvé mécaniquement privé d'une partie des commissions escomptées. Celui-ci a donc pu invoquer la résiliation fautive de la compagnie et voir son préjudice indemnisé.

Cette affaire fournit une occasion de s'interroger sur une éventuelle spécificité de la discrimination en raison de la nationalité. En droit de l'Union européenne, il est frappant de constater que cette interdiction fait l'objet d'un texte autonome³. Un tel choix se justifie au regard des objectifs assignés au marché commun, l'ambition originelle de l'Union européenne étant avant tout économique⁴. En outre, certains arrêts permettent de conforter cette idée puisqu'ils attestent du fait que les juridictions françaises sanctionnent régulièrement sur le fondement d'une discrimination en raison de la nationalité. On peut citer, par exemple, en ce sens le contentieux qui a touché à l'octroi de prestations sociales et qui a conduit les tribunaux français à condamner les caisses d'allocations familiales qui refusaient l'octroi de certaines prestations à des ressortissants maliens⁵.

Absence de liberté discrétionnaire : l'exemple de l'emploi. Pourtant, dans le domaine de l'emploi, les juridictions françaises n'ont pas hésité à développer un raisonnement qui leur permet de contrôler les décisions de l'employeur qui ne peut se retrancher derrière « son

¹ CA Paris (7^e ch., Sect. A), 9 mars 1999, Gothaer VVAG/Société Tettelin, *RGDA*, 2000, n°1 p. 232, n. D. Langé.

Voir aussi : TI Montpellier, 3 avril 2008, Martin Drucker c/ Galerie Grégoire Immobilier-SAS Solly Azar Assurances (RG n°11-07001540) où une discrimination indirecte en raison de la nationalité a été reprochée à l'assureur d'un bailleur qui avait exigé du preneur allemand une pièce d'identité provenant de l'administration française.

² Cette prescription est aujourd'hui inscrite à l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 12 TCE).

³ Article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 12 TCE), préc.

⁴ Voir L. Cluzel-Metayer, M. Mercat-Bruns, *Discriminations dans l'emploi, Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation, op. cit.*, p. 5

⁵ CA Paris, pôle 6-chambre 12, 12 juin 2014, n°11/06690 ; voir cependant : CE, 30 octobre 2011, *D.*, 2002, p. 1869, n. M. Audit, *RTDciv.*, 2002 p. 498, obs. J. Mestre et B. Fages.

pouvoir discrétionnaire »¹. Il est vrai que l'exigence de motivation est au cœur du droit du travail !²

En matière de discrimination dans l'emploi, il a pu être jugé que « *si l'employeur peut accorder des avantages particuliers à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables* » et qu' « *en cas de litige, il incombe à l'employeur de justifier une inégalité de traitement par des éléments objectifs et pertinents, sans pouvoir se retrancher derrière son pouvoir discrétionnaire* »³. De même, une telle logique est illustrée par les décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation qui retiennent que « *l'employeur justifiait d'une raison objective [...] étrangère à toute discrimination* »⁴ ou au contraire, qui retiennent la discrimination « *en l'absence d'élément objectif et pertinent* »⁵.

Absence de liberté discrétionnaire : l'exemple du crédit. De même, en matière bancaire, un courant doctrinal⁶ tente actuellement de remettre en cause la liberté discrétionnaire dont jouit, en droit positif français, le banquier dans l'octroi du crédit⁷. Le banquier est, en effet, aujourd'hui considéré en France comme « toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de la faire »⁸.

Pourtant la loi française a fait un pas dans la bonne direction, depuis 2009, en matière de crédit aux entreprises, en contraignant le banquier à expliquer « *les résultats de la notation du prêt* » à l'entreprise qui en fait la demande⁹. Demander au banquier de s'expliquer sur ses décisions

¹ Voir not. Soc, 28 septembre 2004, n°03-42624; CA Montpellier, 28 février 2013, RG, n°11/06274.

² Voir F. Gaudu, « L'exigence de motivation en droit du travail », in « Débats : Obligation de motivation et droit des contrats », *RDC*, 2004 p. 555 et s., spéc. p. 557 ; voir aussi M.-A. Moreau, « Les justifications des discriminations », *Droit social*, n°12, décembre 2002, p. 1112.

³ CA Montpellier, 28 février 2013, RG, n°11/06274.

⁴ Soc, 1^{er} octobre 2014, n°13-20409 ; dans le même sens relevant « une raison objective et pertinente » : Soc, 24 septembre 2014, n°13-11782, *JCP S*, 2014, n°51 p. 28 et s., n. B. Bossu ; *RLDA*, 2014 n°99, p. 53 et s., obs. A. Donnette-Boissière ; *RJS*, 2014 n°12, p. 741, comm. 863 ; Soc, 24 septembre 2014, n°13-10233 et n°13-10234, *JCP S*, 2014, n°50, p. 41 et s., obs. H. Guyot ; *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 2014, n°268, p. 649 et s., obs. F. Canut ; dans le même sens relevant « un élément objectif justifiant une différence de traitement » : Soc, 24 septembre 2014, n°13-14226.

⁵ Soc, 8 octobre 2014, n°13-11789, *JCP S*, 2014, n°52 p. 41 et s. obs. P.-Y. Verkindt ; *D.*, 2015, n°14, p. 831 obs. J. Porta ; *Revue droit du travail*, 2015, n°2, p. 119 et s., obs. M. Mercat-Bruns ; *Rev.DLF*, 2015, n°12, n. M. Miné, URL : [www.revuedlf.com] ; *Droit ouvrier*, 2015, n°798, p. 62 ; Soc, 14 janvier 2015, n°13-24009.

⁶ Voir not. D. Legeais, « Droit au crédit. Exigence de motivation des refus de crédit », *RTDcom.*, 2011, p. 786 ; M. Nicolle, *Essai sur le droit au crédit*, thèse Paris V, 2015, n°275 et s.

⁷ Dans le sens d'une telle liberté discrétionnaire du banquier dans l'octroi du crédit, voir not. AP, 9 octobre 2006, affaire Tapie, *D.*, 2006, p. 2933, n. D. Houtcieff ; *JCP G*, 2006 II 10 175, n. T. Bonneau ; *RTDciv.*, 2007, p. 145, obs. P.-Y. Gautier ; *RTDcom.*, 2007, p. 207, obs. D. Legeais.

⁸ AP, 9 octobre 2006, affaire Tapie, préc.

⁹ Article L.313-12-1 du Code monétaire et financier, créé par la loi n°2009-1255 du 19 octobre 2009, modifié par l'ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 (voir D. Legeais, « Loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers », *RTDcom.*, 2009, p. 791 et s.).

de refus de crédit est potentiellement permettre à une éventuelle victime de discrimination d'en apporter la preuve. Un refus discriminatoire pourrait, en effet, ressortir des motifs allégués. L'effectivité de la lutte contre la discrimination y gagnerait. Il est donc souhaitable de renforcer cette exigence de motivation, sans aller jusqu'à prôner un véritable droit au crédit¹, similaire du droit au compte².

Quelle portée en droit des assurances ? Dans le domaine du droit des assurances, il semble qu'on ne puisse pas soutenir qu'il existe un « droit à l'assurance »³. Certes, il existe une autorité administrative indépendante, le Bureau central de tarification (BCT), qui peut intervenir lorsqu'un assuré est confronté, dans un domaine où l'assurance est obligatoire⁴, à un refus d'assurance de la part d'une ou plusieurs compagnies⁵. Le BCT pourra ainsi désigner un assureur et fixer le montant de la prime payée par l'assuré. Les décisions du BCT, susceptible de recours devant le Conseil d'État⁶, seront sanctionnées par un refus d'agrément qui peut donc priver l'assureur de son droit d'exercer son activité. Mais cette procédure n'a pas de lien direct avec la lutte contre la discrimination en matière d'assurance car le BCT ne s'intéresse pas aux raisons qui ont conduit l'assureur à refuser sa couverture. En outre, son champ d'application est limité, comme on l'a vu, à certaines assurances obligatoires.

Se pose donc la question de savoir dans quelle mesure la jurisprudence bien établie en droit du travail et les évolutions réalisées dans le domaine de la banque pourraient un jour avoir une influence sur le contentieux de la discrimination en droit des assurances en France et ainsi améliorer l'effectivité de la lutte contre la discrimination dans cette matière. Une partie de la doctrine appelle, en ce sens, de ses vœux, depuis quelques années, la remise en cause de l'utilisation systématique des données statistiques par les assureurs pour opérer leur segmentation⁷. Ces auteurs avancent ainsi qu'au fond c'est avant tout une « politique

La création du médiateur du crédit, qui peut imposer au banquier, d'expliquer les raisons de son refus d'octroi d'un crédit va dans le même sens (voir J.-P. Tricoit, « La nature juridique du médiateur du crédit », *GP*, 5-6 mars 2010, n°65, p. 1181).

¹ Voir en ce sens qui prône un véritable droit au crédit en faveur des entreprises : M. Nicolle, *Essai sur le droit au crédit*, préc. et éventuellement des particuliers (spéc. p. 373).

² Le droit au compte est un mécanisme géré par la Banque de France qui permet à toute personne physique de demander à cette dernière de désigner un établissement bancaire qui sera dans l'obligation d'ouvrir un compte en banque au profit du demandeur. Voir T. Revet, « L'argent et la personne », in *L'argent et le droit*, APD, 1997, t. 42, p. 43 et s., spéc. n°7.

³ Voir D. Noguéro, « Sélection des risques. Discrimination, assurance et protection des personnes vulnérables », *RGAT*, 2010, p. 633.

⁴ C'est le cas notamment de l'assurance responsabilité civile automobile (art. L.211-1 du Code des assurances), construction (art. L.241-1 du Code des assurances), exploitants de remontées mécaniques (art. L.220-1 du Code des assurances) et professionnels de santé (art. L.1142-2 du Code de la santé publique) ou encore de l'assurance dommage « catastrophes naturels » (art. L.125-6 du Code des assurances).

⁵ Dans certains cas, le législateur a prévu la saisine par l'assuré du BCT dès qu'il s'est heurté à un premier refus (assurance automobile) et dans d'autres il faut qu'il ait été confronté à plusieurs refus (responsabilité médicale, remontées mécaniques). Voir B. Beignier, *Droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2015, n°451.

⁶ CE, 9^{ème} et 10^{ème} sections réunies, 6 octobre 2004, n°258334.

⁷ B. Dubuisson, « Solidarité, segmentation et discrimination en assurances », *op. cit.*, p. 105 et s., spéc. p. 118.

commerciale » que suit l'assureur sous couvert d'une segmentation objectivement justifiée par des données statistiques¹. Cette évolution, allant vers la remise en cause de l'actuelle réserve du juge français dans le contentieux de la discrimination en matière d'assurance, serait soutenue par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui constitue, comme on l'a vu, un véritable tournant, en la matière.

Il semble que l'intérêt de l'évolution qui pourrait être provoquée en droit français par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne repose ainsi sur l'obtention d'une plus grande transparence par le professionnel de l'assurance des motifs qui le conduisent à refuser d'assurer. Une partie de la doctrine appelle en ce sens de ses vœux une évolution du droit positif français afin qu'un assureur, un bailleur, un banquier donne les raisons de son refus². Il est vrai que la motivation contient, de manière générale, l'intérêt de communiquer à son interlocuteur « *les raisons* » de la décision « *lui permettant d'en percevoir la rationalité, de le comprendre – c'est-à-dire de l'accepter intellectuellement – et de mesurer quelle résistance il peut lui opposer* »³.

L'exemple belge. Les tribunaux belges semblent avoir pris un chemin que les tribunaux français n'ont pas encore emprunté. À cet égard, il est intéressant de s'arrêter sur la décision qui a été rendue par le Tribunal de commerce de Bruxelles, le 7 mars 2005⁴. Dans cette affaire, une compagnie d'assurance a été sanctionnée sur le fondement de la discrimination en raison de l'âge au motif qu'elle avait augmenté ses tarifs dans des proportions beaucoup plus lourdes pour les assurés les plus âgés. Il est retenu que « *le fait que l'assureur soit confronté à une augmentation des coûts relatifs au développement de la médecine et du fait que suivant l'assureur, le rythme de croissance des coûts augmente sensiblement avec l'âge, ne constitue pas une justification objective et raisonnable pour une augmentation de prime inégalement appliquée, en fonction de l'âge, alors qu'il existait des moyens qui auraient pu permettre de réaliser tout aussi bien l'objectif visé, mais en respectant davantage les principes d'égalité et de non-discrimination* ». Une telle solution qui reprend les méthodes de contrôle élaborées par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne⁵, pourrait un jour être adoptée par les tribunaux français.

¹ *Idem.*, spéc. p. 119.

² F. Ewald, « A quelles conditions la sélection d'un risque constitue-t-elle une discrimination ? », article préc., spéc. p. 185 ; D. Lochak, « Loi du marché et discrimination », *op. cit.*, p. 11 et s., spéc. p. 31 ; voir aussi soulignant la moins grande difficulté lorsque les motifs de l'auteur de la discrimination apparaissent au grand jour : D. Cohen, *La discrimination*, Rapport français, Ass. Capitant, Travaux de l'association H. Capitant, 2001, Journées franco-belge, tome LI, 2001, pp. 173 et s., spéc. p. 186 ; L. Cluzel-Metayer, M. Mercat-Bruns, *Discriminations dans l'emploi, Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 97 et 102.

³ L. Aynès, « Motivation et justification », in « Débats : Obligation de motivation et droit des contrats », *RDC*, 2004 p. 555 et s., spéc. p. 557.

⁴ T. com. Bruxelles, 7 mars 2005, *Revue de droit commercial belge*, 2005/6, p. 675, n. Y. Thierry.

⁵ Voir *supra*.

Les tables de mortalité neutralisées. Les compagnies d'assurance ont pour pratique habituelle de s'appuyer sur des « tables d'expérience » qui sont élaborées à partir de la mortalité statistiquement étudiée dans leur portefeuille de contrats¹. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne aboutit à une remise en cause de l'utilisation systématique des tables de mortalité² considérées comme « sexistes »³. Il en est de même en matière de rente versée à la suite d'un accident du travail puisque la CJUE a également désavoué la technique consistant à utiliser des critères actuariels fondés sur des « données statiques générales »⁴. On sait que de telles tables établissent une plus grande longévité des femmes par rapport aux hommes.

Les réactions de la doctrine à cette jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sont frappantes par leur virulence mais aussi par leur caractère contrasté. Si certains auteurs ont fustigé une logique « fondamentaliste »⁵, voire « militante »⁶, qui porte atteinte à la technique même de l'assurance et va conduire mécaniquement à la réduction des offres d'assurance sur le marché⁷ ; d'autres ont au contraire mis en avant l'avancée que représente le fait de mettre en doute des éléments statistiques soit disant objectifs qui différencient les hommes des femmes⁸ et y ont vu une opportunité pour le secteur de l'assurance de développer de nouveaux modèles de tarification⁹. Il est vrai que d'après la jurisprudence *Test Achats*, l'assureur est invité à dépasser ce préjugé pour se tourner vers des facteurs sociaux de différenciation.

¹ P. Petauton, « Ethique, statistique et tarification », *op. cit.*, p. 25 et s., spéc. p. 28 ; P.-C. Pradier, « (Petite) histoire de la discrimination (dans les assurances) », Dossier « Segmentation et non-discrimination dans l'assurance », *Risques*, n°87/septembre 2011, p. 51 et s.

² L'article 111-7 du Code des assurances qui pose l'interdiction de toute discrimination en raison du sexe prévoit que « le ministre chargé de l'économie peut autoriser par arrêté des différences de primes et de prestations fondées sur la prise en compte du sexe et proportionnées aux risques lorsque des données actuarielles et statistiques pertinentes et précises établissent que le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation du risque d'assurance ». Ce texte qui permet donc que, dans des cas exceptionnels, les statistiques soient utilisées pour justifier une différence de tarifs entre les hommes et les femmes a vu son application limitée dans le temps grâce à la jurisprudence *Test Achats* (préc.). La modification que cette décision a entraînée de l'article L.111-7 du Code des assurances a consisté à ne rendre cette dérogation applicable qu'aux contrats conclus au plus tard le 20 décembre 2012, conformément au choix effectué par la CJUE quant à l'application dans le temps de sa décision (voir not. G. Parléani, note préc. sur la décision « Test-Achats »).

³ G. Courtieu, « Alerte au virus « QPC », *RCA*, mars 2011, alerte 6.

⁴ CJUE, 3 septembre 2014, C-318/13.

⁵ L. Mayaux, « Coup de tonnerre : La CJUE prohibe toute discrimination fondée sur le sexe », *JCP G*, 2011 p. 756 et s., spéc. p. 756 et 757 ; M. Asselain, *JCP E*, 2011, 1436, n°3 ; B. Rajot, « La prise en compte du sexe de l'assuré en tant que facteur de risques dans le contrat d'assurance constitue une discrimination », *op. cit.*, spéc. p. 4.

⁶ G. Parléani, note sur la décision « Test-Achats », *RGDA*, 2011 n°3, p. 852 et s., spéc. p. 859 ; voir aussi : G. Courtieu, « Alerte au virus "QPC" », *RCA*, 2011, alerte 6.

⁷ B. Rajot, « La prise en compte du sexe de l'assuré en tant que facteur de risques dans le contrat d'assurance constitue une discrimination », *op. cit.*

⁸ Voir O. Berruyer, « Discrimination hommes/femmes dans les tarifs d'assurance », *op. cit.*, p. 54 et s., spéc. p. 57.

⁹ O. Berruyer, article préc., spéc. p. 57 ; G. Bruguère-Fontenille, « Fin de la segmentation hommes-femmes », *La Tribune de l'assurance*, n°157, avril 2011, p. 12 et s., spéc. p. 13 ; *contra* B. Rajot pour qui cette décision provoquera un appauvrissement de l'offre (B. Rajot, « La prise en compte du sexe de l'assuré en tant que facteur de risques dans le contrat d'assurance constitue une discrimination », *op. cit.*).

§2. L'exigence imposée à l'assureur d'utiliser des facteurs sociaux de différenciation

L'assurance, un secteur compétitif mais innovant. Quelle forme pourrait prendre la justification objective et raisonnable de l'assureur à établir une différence de traitement ? La réponse à cette question semble avoir été bousculée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne de 2011.

L'un des apports de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est, en effet, de mettre l'assureur face à une exigence de catégorisation fine qui l'amènerait à utiliser des facteurs sociaux de différenciation et non « naturels », fondés sur le sexe. Ainsi, la Commission européenne qui, dans les lignes directrices qu'elle a, elle-même publiées, à la suite de la décision *Test Achats*¹, indique qu'elle « *souhaiterait encourager un secteur compétitif et innovant comme celui des assurances à procéder aux ajustements nécessaires et à proposer aux consommateurs des produits unisexes intéressants, sans que cela ait de répercussions injustifiées sur le niveau général des prix* »².

C'est la Commission européenne qui, dans les lignes directrices qu'elle a, elle-même publiées, à la suite de la décision *Test Achats*³, prend l'exemple d'un certain nombre de conduite à risques qui pourrait être utilisé pour segmenter sans tenir compte du sexe de l'assuré. Il en est ainsi, par exemple, de l'utilisation de véhicule à grosse cylindrée⁴.

La consommation d'alcool et de tabac entrent aussi dans cette catégorie. Il en est également ainsi des habitudes alimentaires, de l'activité professionnelle et des activités sportives et de loisir⁵. Dans tous ces cas, c'est l'idée de prendre en compte des facteurs sur lesquels l'individu a un pouvoir d'action personnelle⁶, ce qui rejoint les propositions incluses dans les conclusions de l'Avocate générale Kott, rendues dans l'affaire *Test Achats*⁷.

Les antécédents médicaux peuvent également être utilisés sans référence au sexe⁸.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne marque donc bien un véritable tournant dans la lutte contre la discrimination en matière d'assurance car elle oblige l'assureur

¹ Lignes directrices de la Commission européenne du 22 décembre 2011 sur l'application de la directive 2004/113/CE du Conseil dans le secteur des assurances à la lumière de l'arrêt de la Cour européenne dans l'affaire C-236/09, *Test-Achats*, C(2011) 9497 final.

² Lignes directrices de la Commission européenne du 22 décembre 2011, préc., spéc. p. 7.

³ *Idem*.

⁴ Lignes directrices de la Commission européenne du 22 décembre 2011, préc., spéc. p. 5.

⁵ Voir en ce sens : Conclusions de l'Avocate générale, Mme J. Kott présentées le 30 septembre 2009, spéc. pts 62 et 63 ; M. Robineau, note sous CJUE, *Test-Achats*, préc. (D., 2011, p. 1592 et s., spéc. p. 1594).

⁶ Voir sur ce point, l'analyse critique de S. Grosbon (article préc., spéc. p. 144) et J.-L. Davet (« L'assurance santé individuelle : des solidarités à l'épreuve de la segmentation », Dossier « Segmentation et non-discrimination dans l'assurance », *Risques*, n°87/septembre 2011, p. 43 et s., spéc. p. 47).

⁷ Conclusions de l'Avocate générale, Mme J. Kott présentées le 30 septembre 2009, spéc. pt 50.

⁸ Lignes directrices de la Commission européenne du 22 décembre 2011, préc., spéc. p. 4.

à « construire de nouveaux individus virtuels composites, créés statistiquement pour les seuls besoins de la tarification »¹.

Les proxys. Pousser les assureurs à utiliser des données fines pour analyser le risque c'est les conduire à abandonner la technique du *proxy*². L'indicateur de remplacement est approximatif mais constitue un critère de substitution utile face à une caractéristique prétendument très difficile d'accès. Cette méthode consiste donc à utiliser une donnée accessible, par exemple, le sexe, pour ne pas à avoir à chercher une donnée qui demande une investigation longue et parfois coûteuse. Comme l'a souligné l'Avocate générale Kott, dans ses conclusions rendues, dans l'affaire *Test-Achats*, c'est « par commodité » que les assureurs se réfèrent au critère « sexe »³. La théorie des coûts de l'information est ici convoquée⁴ pour justifier que l'assureur renonce à une telle recherche.

L'utilisation des *proxys* est également justifiée par les dangers d'une technique plus fine amenant nécessairement l'assureur à aller toujours plus loin dans la connaissance des habitudes de l'assuré et donc à une forme d'ingérence dans sa vie privée⁵. Il est vrai qu'en souhaitant que les assureurs utilisent des données fines et qu'ils soient au plus près des comportements des assurés, on soulève le risque de l'utilisation de données personnelles ce qui recèle un certain danger. Les données personnelles recueillies par les assureurs au moment de la souscription du contrat d'assurance, en application de l'article L.113-2 du Code des assurances, sont d'ailleurs en partie soumises à un contrôle de la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL)⁶. À cet égard, le souhait de certains auteurs que les assureurs puissent être informés des condamnations au Code de la route, notamment lorsqu'elles concernent des hypothèses de conduite en état d'ivresse⁷ n'emporte pas l'adhésion.

Le PAYD. Cependant, si certaines limites semblent nécessaires pour éviter que les assureurs se trouvent investis d'un véritable pouvoir d'investigation qui ne peut être reconnu qu'aux détenteurs de la force publique, on peut tout de même avancer que les compagnies d'assurance

¹ P. Arnal et R. Durand cités par A. Chneiweiss, « Introduction », Dossier « Segmentation et non-discrimination dans l'assurance », *Risques*, n°87/septembre 2011, p. 15.

² Voir P. Arnal, R. Durand, « Une vie sans sexes : comment le sexe devint genre et comment le genre devint code : le sort cruel d'une variable explicative », Dossier « Segmentation et non-discrimination dans l'assurance », *Risques*, n°87/septembre 2011, p. 31 et s., spéc. p. 35.

³ Concl. préc. spéc. pt 66 ; voir aussi P.-C. Pradier, « (Petite) histoire de la discrimination (dans les assurances) », Dossier « Segmentation et non-discrimination dans l'assurance », *op. cit.*, p. 51 et s., spéc. p. 56.

⁴ Voir G. Calvès, note sous la décision « Test-Achats », *RDSS*, juillet-août 2011, p. 645 et s., spéc. p. 648.

⁵ P. Arnal et R. Durand, « Une vie sans sexes : comment le sexe devint genre et comment le genre devint code : le sort cruel d'une variable explicative », *op. cit.*, p. 35.

⁶ Voir A. Debet, J. Massot, N. Metallinos, A. Danis-Fatôme, O. Lesobre, *Informatique et libertés, La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Paris, Lextenso, 2016, n°3211.

⁷ P. Petauton, « Ethique, statistique et tarification », Dossier « Segmentation et non-discrimination dans l'assurance », *op. cit.*, p. 25 et s., spéc. p. 30.

font preuve d'une certaine ironie lorsqu'elles l'utilisent pour refuser de prendre en compte les facteurs sociaux de différenciation. On constate, en effet, qu'elles ont elles-mêmes développé des types de police qui reposent précisément sur l'analyse des comportements de leurs assurés. On a, ainsi, vu arriver sur le marché de l'assurance le mécanisme du PAYD, *Paye As You Drive*, qui consiste, pour un assureur, à proposer, à l'assuré d'accepter que soit installé sur son véhicule un boîtier qui enregistre ses temps de trajet et sa vitesse. Ces données, enregistrées par un ordinateur de bord, seront transmises à l'assureur qui pourra les comparer avec les engagements pris par l'assuré au moment de la souscription du contrat. Cette technique, également placée sous le contrôle de la CNIL¹, montre que les assureurs s'accommodent parfaitement de mécanismes qui utilisent des données fines, comportementales !

C'est dire si les assureurs innovent et qu'ils sont à même de modifier leurs pratiques pour prendre mieux en compte l'interdiction de discriminer. Si le juge français accepte, sous l'influence du juge de l'Union européenne, de remettre en cause l'usage systématique des statistiques que font les assureurs pour segmenter, ce sont les motifs des décisions de l'assureur qui se trouveront sous contrôle. Une telle avancée aura également le mérite d'enrichir les réflexions qui peuvent être menées sur le terrain de la comparabilité.

Section 2. Une conception spécifique de la comparabilité

On sait que la comparabilité est au cœur du dispositif de lutte contre la discrimination². C'est, en effet, parce que les situations de deux personnes sont comparables que l'une d'entre elle est en droit de se prévaloir du fait qu'elle a subi une discrimination si elle n'est pas traitée à l'identique. Pourtant cette question de la comparabilité semble paradoxalement avoir été évacuée de la jurisprudence *Test-Achats* qui a tellement fait avancer les choses en droit des assurances. C'est, en effet, au détour d'un court considérant que la Cour de justice de l'Union européenne affirme que « *les situations respectives des femmes et des hommes à l'égard des primes et des prestations d'assurances contractées par eux sont comparables* »³. À bien y réfléchir on touche ici du doigt un paradoxe : en donnant l'impression de faire de la comparabilité une question évacuée (§1), il est possible au contraire d'en faire une question renouvelée (§2).

§1. La question évacuée

¹ Voir A. Debet, J. Massot, N. Metallinos, A. Danis-Fatôme, O. Lesobre, *Informatique et libertés, La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, préc., n°3025 et s.

² Certains auteurs la cantonnent cependant au contentieux de la rupture d'égalité (en ce sens not. X. Lagarde, « Variations sur l'actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales », *op. cit.*, p. 7 et s., spéc. p. 7).

³ CJUE, *Test-Achats*, *op. cit.*, pt 30.

Comparabilité : conception concrète ou conception abstraite ? La comparabilité est centrale dans tout le contentieux de la discrimination en matière d'emploi. Pourtant ce contentieux emblématique montre que cohabitent des arrêts qui attestent que c'est une conception concrète de la notion de comparabilité qui est retenue et d'autres, au contraire, qui en retiennent une conception abstraite.

Le premier de ces deux courants est notamment illustré par des arrêts qui reprochent aux juges du fond de ne pas s'être livrés à une recherche approfondie de la situation respective du salarié demandeur et du groupe de référence. Ainsi, il semble que les juges du fond se voient confrontés à l'exigence de justifier en quoi une situation entre deux salariés est comparable ou ne l'est pas. C'est le cas, par exemple, lorsque la cour d'appel de Paris rejette l'action d'une salariée sur le fondement de l'égalité de traitement en se contentant d'affirmer que « *la comparaison de sa situation avec celle d'autres salariés [...] n'établit pas que les salariés auxquels elle se compare étaient dans une situation identique à la sienne* ». La chambre sociale de la Cour de cassation a censuré cette décision en retenant que les juges du fond auraient dû se livrer à une « *analyse comparée de la situation, des fonctions et des responsabilités de l'intéressée avec celles des autres salariés [...] auxquels la salariée se comparait* » et « *rechercher si les fonctions respectivement exercées par les uns et les autres étaient de valeur égale* »¹. De même, la Cour d'appel de Versailles a retenu une conception concrète de la comparabilité lorsqu'elle a retenu que « *l'évolution de carrière et la rémunération de M. X... doit être comparée à celles de salariés de la Société C... placés dans des conditions comparables, c'est-à-dire de salariés ayant le même environnement professionnel que l'intéressé, la même ancienneté, la même formation et devant faire preuve dans l'exécution de leur tâche du même degré de technicité* »². Ce même courant, qui repose sur une notion concrète de la comparabilité, se retrouve dans les décisions qui exigent que les juges du fond s'appuient « *sur une étude comparative des salariés et coefficients des représentants du personnel et des autres salariés de l'entreprise, à diplôme équivalent et même ancienneté* »³. Il s'agit alors d'une véritable obligation de constituer un panel représentatif qui est faite aux juges du fond. À cet égard, cette exigence ne semble pas nécessairement être facilement transposable au domaine du droit des assurances. Lorsque c'est au stade de l'accès à l'assurance que la discrimination est invoquée, c'est, en effet, un véritable obstacle que de parvenir à connaître les autres personnes qui ont été des candidats à l'assurance auprès de cette même compagnie⁴.

¹ Soc, 3 décembre 2014, n°13-21611 ; voir aussi CA Metz (ch. sociale), 30 juin 2014 (n°12/02127) ; Soc, 22 octobre 2015, n°14-17627.

² CA Versailles (5è B.), 15 juin 2000, RG, n°99/22735 ; voir aussi CA Paris, 6 novembre 2008, RG n°07/05190.

³ Cass. Crim, 9 novembre 2004, n°04-81397.

⁴ Voir dans le même sens à propos de la discrimination à l'embauche : X. Lagarde, « Variations sur l'actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales », article préc., spéc. p. 9.

Le second de ces deux courants – celui qui retient une conception abstraite de la comparabilité – est illustré par les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation qui sont allés jusqu'à affirmer que : « *l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés* »¹. Cette affirmation étonne et contraste avec celle contenue dans de nombreuses décisions qui au contraire font de la comparabilité un passage obligé de la lutte contre la discrimination. Il en est ainsi, notamment dans une affaire qui trouve son siège dans le droit de la copropriété. La troisième chambre civile de la Cour de cassation a, ainsi, pu rejeter une action diligentée par un copropriétaire qui se plaignait de subir un traitement discriminatoire de la part du conseil syndical². La haute juridiction s'en est, en effet, tenue au fait que le plaignant n'avait pas pu montrer que d'autres copropriétaires se trouvaient dans une situation similaire à celle qu'il invoquait – en l'espèce, avoir réalisé des extensions à des constructions supérieures à 12 mètres carrés. On voit bien, dans cette affaire, que l'absence de toute mise en œuvre de la comparabilité explique l'impossible prise en compte de la discrimination.

Comparabilité et assurance. Comment le contentieux de la discrimination en matière d'assurance a-t-il pu évacuer cette question si centrale de la comparabilité ? Il semble que cela soit une manière de prendre le contre-pied de la technique même de la segmentation qui fonctionne précisément en construisant de multiples catégories considérées comme non comparables entre elles : les hommes, les femmes, les jeunes, les moins jeunes...

Pour faire évoluer les choses, il fallait au contraire admettre que la notion même de comparabilité laisse une très importante marge d'interprétation. On sait, en effet, qu'une situation comparable n'est pas une situation identique. Cette affirmation est contenue dans plusieurs décisions de la CJUE³ et de la Cour de cassation⁴. Dès lors on voit bien la part de débat d'idées qui s'invite nécessairement au cœur de la question de la comparabilité : aucune conception objective de la notion même de comparabilité ne peut émerger, seules des conceptions subjectives peuvent s'affronter.

Il est vrai que l'usage de statistiques a déjà par le passé rencontré des limites guidées par l'éthique⁵ mais comme l'a très bien résumé un auteur, il faut aujourd'hui déterminer « *quand une "segmentation" statistiquement utile et pertinente devient une "discrimination"* »

¹ Not. : Soc, 10 novembre 2009, n°07-42849, *Dr. soc.*, 2010, p. 111, obs. C. Radé ; Soc, 29 juin 2011, n°10-14067, *JS Lamy*, 2011, n°307, obs. J.-P. Lhernould ; Soc, 12 juin 2013, n°12-14153 ; Soc, 30 octobre 2013, n°12-23325 ; Soc, 8 octobre 2014, n°13-18107.

² Civ 3, 23 septembre 2014, n°13-18130, *Administrer*, 2014, n°482, obs. J.-R. Bouyeure.

³ Voir not. CJCE, 1^{er} avril 2008, C-267/06, *Maruko c/ Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, D., 2008 p. 1795, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; CJUE, 10 mai 2011, C-147/08, *Jürgen Römer c/ Freie und Hansestadt Hamburg*.

⁴ Voir not. Soc, 28 juin 2006, n°04-46419.

⁵ P. Petauton, « Ethique, statistique et tarification », Dossier « Segmentation et non-discrimination dans l'assurance », *op. cit.*, p. 25.

politiquement et socialement intolérable [...] Ce qui peut ne poser aucun problème à une époque devient insupportable à une autre»¹. Ainsi, le fait, en effet, qu'on interdise les statistiques ethniques alors même qu'il pourrait y avoir des différences entre les individus venant d'ethnies différentes montre qu'on juge supérieur le respect du principe d'égalité, qui impose de faire fi de ces différences².

A cet égard, il faut souligner qu'avec le virage qu'a pris le contrôle juridique de la technique de la segmentation grâce à la jurisprudence de la CJUE *Test achats*, c'est un pas supplémentaire qui a été accompli dans le bon sens. Le chemin parcouru consiste, en effet, à ne plus s'en tenir à isoler quelques critères considérés comme « extrêmement sensibles »³, comme les données génétiques⁴ ou l'origine ethnique⁵, mais à aller au-delà en traquant toute forme de discrimination pouvant se cacher derrière la sélection opérée par l'assureur⁶.

La question de la comparabilité a donc été transformée.

§2. La question transformée

Choix politiques. Ce que le contentieux de la discrimination en matière d'assurance apprend aussi c'est que répondre à la question de savoir ce qu'est une situation comparable est avant tout un choix politique. Les différences existant entre les hommes et les femmes peuvent sembler à certains objectives et justifiant une différence de traitement et à d'autres subjectives et devant être mises à l'écart pour assurer le principe d'égalité « réelle »⁷.

Comparaison avec le contentieux de la discrimination en droit de la famille. Ces interrogations ne sont pas sans rappeler l'évolution du contentieux de la discrimination en droit de la famille. La question s'est, en effet, posée de savoir si les couples mariés et les couples pacsés pouvaient être traités différemment. Or, une forme de hiérarchie demeure dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme entre pacs et mariage⁸ et cette

¹ A. Chneiweiss, « Introduction », Dossier « Segmentation et non-discrimination dans l'assurance », *op. cit.*, p. 15 et s., spéc. p. 16.

² Voir J.-M. Binon, « 21 décembre 2012 : L' 'apocalypse maya' pour le sexe en assurance ? », préc., spéc. p. 223

³ Cette expression se trouve sur la plume de plusieurs auteurs, voir notamment : H. Cousy, « La segmentation dans l'assurance de la responsabilité civile », in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, B. Deffains (dir.), Paris, Cujas, 2000, p. 181 et s., spéc. p. 187.

⁴ Voir A. Marais (A.), *La prédisposition génétique*, thèse Paris 2, n°766 et s.

⁵ Voir J.-M. Binon, « 21 décembre 2012 : L' 'apocalypse maya' pour le sexe en assurance ? », *op. cit.*, p. 220 et s., spéc. p. 223.

⁶ *Contra* P. Petauton, « Ethique, statistique et tarification », *op. cit.*, p. 25 et s. spéc. p. 30.

⁷ Cette notion d'« égalité réelle » entre les femmes et les hommes est apparue dans les textes avec la loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes. On la retrouve dans la section III du projet de loi égalité et citoyenneté du 13 avril 2016 (n°3679).

⁸ Voir l'arrêt Schalk and Kopf c/ Autriche (CEDH, 24 juin 2010, n°30141/04, §108, *AF Famille*, 2010, p. 333, obs. V. Avéna-Robardet ; *RTDciv.*, 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud et p. 765, obs. J. Hauser ; *JCP*, 2010, p. 1013, n. H. Fulchiron et p. 1590, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.*, 2010, n°143, n. E. Lagarde).

hiérarchie se retrouve dans la jurisprudence française¹. Ainsi, avant que la loi ouvrant le mariage au couple de même sexe ne soit adoptée², le Conseil constitutionnel français, avait retenu, le 28 janvier 2011³, que les articles du Code civil relatifs au mariage, interprétés par la Cour de cassation comme réservant le mariage au couple de sexes différents, n'étaient pas contraires à la Constitution. En outre, la Cour de cassation française a refusé de considérer que l'octroi d'une pension de réversion au seul conjoint survivant⁴ à l'exclusion du partenaire pacsé survivant était contraire au principe d'égalité⁵. La haute juridiction a, en effet, affirmé que « *la protection du mariage constitue une raison importante et légitime pouvant justifier une différence de traitement entre couples mariés et couples non mariés* » et que « *l'option entre mariage et pacte civil de solidarité procède en l'espèce du libre choix des intéressés* »⁶. Mais la CJUE n'est pas du même avis. Dans une décision *Maruko*, la CJCE a jugé que les partenaires de vie et les époux sont dans une situation comparable et que le refus d'une législation nationale d'accorder une pension de survie au partenaire survivant était une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle⁷.

La CJUE avancerait-elle plus vite dans la lutte pour l'égalité des droits que la CEDH ? La Cour européenne des droits de l'homme a tout de même refusé de cautionner une logique consistant à fermer aux couples homosexuels toute forme d'engagement public qui s'appuyait sur une prétendue inégalité de situation entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels⁸. Pour ce faire, elle a précisé que les couples hétérosexuels et les couples homosexuels étaient

Voir aussi, l'arrêt *Gas et Dubois c/ France*, 15 mars 2012, n°25951/07 §37. À l'occasion de cette affaire, le gouvernement français avait déclaré que « *le mariage demeure une institution garantissant une stabilité du couple plus importante que d'autres types d'unions* » (§49).

¹ Civ 2, 10 juillet 2014, n°13-18358 ; Civ 2, 23 janvier 2014, n°13-11362, *D.*, 2014, p. 968, n. L. Andreu ; *JCP G*, 2014, n°38 p. 1650 et s., obs. C. Coutant-Lapalus ; *RTDciv.*, 2014, p. 342, obs. J. Hauser ; *JCP E*, 2014, n°44 p. 38, obs. D. Ronet-Yague ; *RLDC*, 2014, n°113 p. 43, obs. K. Ducrocq-Pauwels ; *D.*, 2015, n°11, p. 653, obs. M. Douchy-Oudot.

² Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage au couple de même sexe, préc.

³ Cons. constit., *Mme Corine C. et autres*, n°2010-12 QPC, 28 janvier 2011 ; A. Mirkovic, « Le mariage, c'est un homme et une femme », *JCP G*, 2011, p. 134 ; F. Rome, « L'outrage aux folles... », *D.*, 2011, Edito du 3 février 2011 ; *RTDH*, 2012 p. 143, n. A. Danis-Fatôme.

⁴ Article L.353-1 du Code de la sécurité sociale.

⁵ Civ 2, 10 juillet 2014, n°13-18358 préc. ; Civ 2, 23 janvier 2014, n°13-11362, préc.

⁶ Civ 2, 23 janvier 2014, n°13-11362 préc.

⁷ CJCE, 1^{er} avril 2008, C-267/06, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, *D.*, 2008 p. 1795, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; voir aussi dans le même sens à propos d'un droit à pension complémentaire octroyée par l'employeur : CJUE, 10 mai 2011, C-147/08, *Jürgen Römer c/ Freie und Hansestadt Hamburg*.

⁸ CEDH, Gde Ch., arrêt *Vallianatos et autres c/ Grèce*, 7 novembre 2013, n°29381/09 et 32684/09, *D.*, 2013 p. 2888, n. F. Lafaille ; *D.*, 2014, p. 238, obs. J.-F. Renucci ; *JCP G*, 2013, act. 1281, obs. F. Sudre ; *JCP G*, 2014, p. 54, obs. M. Lamarche ; *AJDA*, 2014, n°3, p. 150, obs. L. Burgogne-Larsen ; *RTDH*, 2014 p. 738, n. A. Danis-Fatôme.

dans une situation comparable¹. Affirmer que les couples de sexes différents et les couples de même sexe sont dans une situation comparable est une avancée importante².

Il semble qu'on puisse s'attendre à une évolution équivalente concernant la comparabilité de la situation des hommes et des femmes³. Si la décision *Test-Achats* est décevante sur ce point puisqu'elle se contente d'affirmer que « *les situations respectives des femmes et des hommes à l'égard des primes et des prestations d'assurances contractées par eux sont comparables* »⁴. Les conclusions rendues, dans cette affaire, par l'Avocate générale Kott présentent l'intérêt de contenir l'affirmation suivant laquelle : « *une inégalité de traitement directe fondée sur le sexe n'est licite que lorsqu'il peut être constaté avec certitude qu'il existe entre les hommes et les femmes des différences pertinentes rendant une telle inégalité de traitement nécessaire* »⁵.

Comparaison avec le contentieux de la discrimination en matière d'emploi. Cette conception renouvelée de la comparabilité – qui permet au juge français de juger qu'il est impossible d'affirmer que la situation des hommes et des femmes n'est pas comparable – a des antécédents dans la jurisprudence française rendue en matière d'emploi. On peut, notamment, citer en ce sens, la décision rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation le 20 novembre 2013⁶. Dans cette affaire, un salarié se plaignait du fait que les cadres et les ouvriers ne bénéficiaient pas des mêmes indemnités conventionnelles de licenciement et indemnité compensatrice de préavis. Alors même que cette différence de traitement inscrite dans un accord collectif reposait sur une différence de catégorie professionnelle, la chambre sociale de la Cour de cassation a reproché aux juges du fond d'avoir refusé de les juger discriminatoires. Pour la haute juridiction, « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement, résultant d'un accord collectif, entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* »⁷. On comprend donc de la lecture de cette décision

¹ CEDH, Gde Ch., arrêt *Vallianatos et autres c/ Grèce*, 7 novembre 2013 préc. spéc. §§76-79 et §81. Et déjà en ce sens, les arrêts *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal*, 21 décembre 1999, n°33290/96, §36 ; *Fretté c/ France*, 26 février 2002, n°3651/97, *JCP*, 2002, II 10 074, n. A. Gauttenoire et F. Sudre ; *Kraner c/ Autriche*, 24 juillet 2003, n°400016/98, *JCP*, 2004, I 107, n°18, obs. F. Sudre ; *E.B c/ France*, 22 janvier 2008, n°43546/02, §50 et *Schalk and Kopf c/ Autriche* précité (§99).

² Ce n'était pas la position du Conseil constitutionnel français qui affirme clairement qu'il y a une « différence de situation » entre « les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme » (voir Cons. constit., *Mme Corine C. et autres*, n°2010-12 QPC, 28 janvier 2011, préc.).

³ Voir not. D. Roman, « Les stéréotypes de genre : « vieilles lunes » ou nouvelles perspectives pour le droit ? », in S. Hennette-Vaucher, M. Möschel, D. Roman (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 94 et s.

⁴ CJUE, *Test-Achats*, pt 30.

⁵ Concl. préc., pt 60.

⁶ Soc, 20 novembre 2013, n°12-21000.

⁷ Soc, 20 novembre 2013, préc. voir aussi Soc, 1^{er} juillet 2009, n°07-42675, *LPA*, 10 mai 2010, n°92, p. 6 et s., obs. J. - M. Gasser ; CA Versailles, 16 mai 2012, RG, n°11/01258 ; voir cep. Soc, 27 janvier 2015, n°13-22179, n°13-25437,

que le juge français n'a pas aujourd'hui l'intention de reconnaître que les salariés sont en soi placés dans une situation différente parce qu'ils n'appartiennent pas à la même catégorie professionnelle. Encore faut-il, ajoute dans cette affaire, la Cour de cassation, que cette différence repose sur « *les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération* »¹.

Ne pourrait-on pas transposer une telle logique au contentieux de la discrimination en droit des assurances ? Dans la continuité des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, cela pourrait consister à conduire le juge français à rechercher si les différences faites par les compagnies d'assurance en fonction du sexe ou de l'âge, par exemple, se justifient au regard des spécificités de genre ou d'une classe d'âge.

Comparabilité et justification objective et raisonnable. Et c'est là que l'on voit cette question de la comparabilité et celle de la justification objective et raisonnable se rejoindre au point de se confondre. En attestent certaines décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation qui, tout en se prononçant sur la justification avancée par l'employeur de la différence de traitement entre deux salariés, précisent que « *la seule différence de diplôme ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre deux salariés qui exercent les mêmes fonctions, sauf s'il est démontré par des justifications, dont il appartient au juge de contrôler la réalité et la pertinence, que la possession d'un diplôme spécifique atteste de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée* »². Est-ce dire que la situation de ces deux salariés n'était pas comparable puisque leur formation différente montrait que l'un d'entre eux possédaient des connaissances particulièrement utiles à la fonction exercée et que l'autre non ? Ou est-ce dire que compte tenu du poste identique occupé, les situations de ces deux salariés étaient comparables mais que l'employeur pouvait justifier raisonnablement d'une différence de traitement car l'un d'entre eux avaient des connaissances qui faisaient défaut à l'autre.

Le critère raisonnable de distinction. Dans un tout autre domaine, celui de l'aide juridictionnelle, une juridiction française a mis en avant la notion de « *critère raisonnable de distinction* » *entre deux situations pour déterminer si ces situations sont comparables* ». La cour d'appel de Colmar a, en effet, retenu que la distinction faite entre les étrangers, demandeurs à l'octroi de l'aide juridictionnelle, suivant qu'ils bénéficient ou non d'un titre de séjour est un

n°13-14773, n°13-14908, n°13-17622, n°13-17623, n°13-17627 et n°13-17628, *GP*, 21 avril 2015, n°111, p. 21, n. J. Bourdoiseau et p. 25, C. Frouin.

¹ Soc, 20 novembre 2013, préc. voir *supra* sur la conception concrète de la comparabilité.

² Soc, 13 novembre 2014, n°12-20069, *D.*, 2015, p. 832 et s., obs. J. Porta ; *JCP S*, 2015, n°1, 13 janvier 2015, p. 31 et s. obs. L. Cailloux-Meurice ; *RJS*, 2015, 1^{er} février 2015, p. 106 ; *Jurisprudence Sociale Lamy*, 2015, n°380, p. 7 et s., obs. J.-P. Lhermould.

« *critère raisonnable de distinction* »¹. Plutôt que de se situer sur le terrain de la justification objective et raisonnable, comme l’y invitaient les conclusions en appel, les juges du fond décident que les situations sont distinctes.

En somme, il semble qu’on peut défendre le virage opéré par la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne dans la lutte contre la discrimination en matière d’assurance et qu’on peut donc louer ce que certains qualifient de « dérapage »² ou de « non-sens »³, ceci au nom d’une longue et lente marche en faveur de l’égalité des droits ! Comme l’a très bien exprimé un auteur, l’évolution jurisprudentielle qu’on peut souhaiter en France dans le contentieux de la lutte contre la discrimination en matière d’assurance peut être portée par l’idée suivant laquelle « *le droit ne se réduit pas à une chambre d’enregistrement de normes techniques, aussi solides fussent-elles : il est avant tout expression d’un projet de société* »⁴.

¹ CA Colmar, 11 septembre 2013, RG, n°13/02480.

² L. Mayaux, « Coup de tonnerre : La CJUE prohibe toute discrimination fondée sur le sexe », *JCP G*, 2011 p. 756 et s., spéc. p. 756.

³ M. Asselain, note sous la décision « Test-Achats », *JCP E*, 1436, n°3.

⁴ M. Robineau, sous CJUE 1^{er} mars 2011, Test-achats c/ Belgique, aff. C-236/09, *D.*, 2011, p. 1592 et s. spéc. p. 1593.

La discrimination dans le logement privé¹

Eva Menduiña Gordón

Maître de conférences en droit privé, Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Le constat de la discrimination. Le logement est de longue date considéré comme un domaine fréquemment sujet à discrimination. Dès 1974, les juges de la cour d'appel de Paris affirmaient « *que c'est précisément en matière de logement que l'esprit de discrimination raciale trouve l'occasion fréquente de se manifester* »². Malheureusement, ce constat persiste quarante années après : à croire l'exposé des motifs de la proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, le logement reste l'un des trois domaines principaux dans lesquels les discriminations sont constatées³. L'ampleur de ces discriminations ou de ce ressenti discriminatoire est attestée par des enquêtes et « *testings* » récents. Ainsi, l'enquête IFOP sur les discriminations dans l'accès au logement locatif⁴, commandée par le Défenseur des droits en novembre 2012, révèle que pour 82 % des enquêtés – constituant un panel représentatif de l'ensemble de la population française – les discriminations dans l'accès à un logement locatif sont fréquentes. Les catégories pressenties comme étant les plus exposées sont les personnes ayant un revenu irrégulier (contrat à durée déterminée (CDD), intérim), et bien que ce critère ne soit pas directement interdit par la loi, il se trouve qu'il concerne notamment les personnes jeunes, d'origine immigrée et les familles monoparentales. Parmi les enquêtés, 27% déclarent avoir été victimes de discrimination dans l'accès au logement au cours des dix dernières années (35% des habitants ZUS – zone urbaine sensible). Quant au « *testing* » mené par l'INC « 60 millions de consommateurs »⁵, il corrobore la persistance des refus discriminatoires de location. À revenus égaux, le candidat s'exprimant avec un accent maghrébin ou africain a essuyé le nombre le plus important de refus pour obtenir un rendez-vous auprès d'une agence immobilière (33 %), devant la mère célibataire (30 %), la

¹ On s'intéressera ici au contrat de location du secteur privé par opposition au « logement social », les différences entre ces deux « domaines » résultant principalement du mode d'attribution de la location (sélection par le bailleur ou le mandataire du bailleur versus sélection réglementée et réalisée par une commission d'attribution). Au sein du « logement privé », il y a des bailleurs particuliers et professionnels (par exemple, agences immobilières).

² CA Paris, 12 nov. 1974, *D.*, 1975, jurispr., p. 471.

³ N°1699. Enregistrée le 14 janvier 2014.

⁴ URL : [http://www.ifop.com/media/poll/2039-1-study_file.pdf].

⁵ « Les vrais chiffres de la discrimination au logement », *60 Millions de consommateurs*, mars 2014, n°491. Voir également les résultats du « *testing* » organisé à Villeurbanne en 2011, en collaboration avec la HALDE et la FNAIM, et qui révèle une discrimination massive à l'accès au logement locatif.

personne sous curatelle (29%) et, enfin, la personne âgée de soixante-et-onze ans (24%). Les chiffres de ce « *testing* » montrent par ailleurs que le candidat à l'accent étranger devra fournir quatre fois plus de justificatifs que le candidat de référence.

La rareté des saisines. Alors que les situations discriminatoires dans le logement privé semblent avérées, l'ineffectivité du droit de la non-discrimination dans le logement ressort, de prime abord, de la rareté des saisines. Le parc locatif privé représente un peu plus de 6,2 millions de logements à usage de résidence principale¹, et autant de contrats de location, potentiellement source de discrimination. Pourtant, les réclamations adressées au Défenseur des droits et relatives au logement constituent une part modeste de son activité, ce qui montre bien le décalage entre les expériences vécues et les suites qu'on leur donne ! En 2015, par exemple, seules 7,2% des saisines concernent les logements (public et privé confondus)², les critères de l'origine et du handicap étant principalement mis en avant. Le pourcentage infime de plaintes est également révélé par l'enquête IFOP sur les discriminations dans l'accès au logement locatif. Ainsi, seulement 18% de ceux qui déclarent avoir été victimes de discrimination dans l'accès au logement ont entrepris des démarches pour faire valoir leurs droits. Enfin, l'enquête TeO « *Trajectoires et profil des migrants* » constate que sur les 27% d'enquêtés qui déclarent avoir eu une expérience de discrimination dans le logement, seulement 7% ont engagé des démarches (2009)³.

L'angle d'analyse du faible nombre de saisines. Ce faible nombre de saisines doit sans doute être analysé à la lumière de l'effectivité du droit de la non-discrimination au logement, mais n'est pas non plus sans rapport avec les caractéristiques du contentieux locatif en lui-même. D'un côté, on peut intuitivement soutenir qu'il y a un rapport entre le faible nombre de saisines et le champ de la protection couvert par le droit de la non-discrimination, borné, s'agissant du logement, à l'accès. En effet, l'analogie avec l'emploi met en lumière que l'application du droit de la non-discrimination s'avère moins effective dans l'accès que dans le maintien d'un droit car les procédures de sélection du candidat sont plus opaques, la preuve du refus de l'accès est plus difficile à apporter et le demandeur est dans une situation plus vulnérable. Ainsi, sous l'angle subjectif (des caractéristiques de la victime ou de l'auteur), la victime d'une discrimination dans l'accès à un logement est dans une position moins aisée – pour mener une

¹ P. Pelletier, S. Fraiche-Dupeyrat, *Les baux d'habitation après la loi ALUR*, Paris, LexisNexis, 2ème éd., 2015, p. 13 et s. ; J. Bosvieux, « Bailleurs et locataires dans le parc privé », in *Habitat actualité*, ANIL, nov. 2012 ; INSEE, *Quelques données chiffrées sur le parc locatif privé*.

² *Rapport annuel du Défenseur des droits*, 2015, p. 75. Version courte (sur le site du Défenseur des droits).

³ L'enquête TeO vise à identifier l'impact des origines sur les conditions de vie et les trajectoires sociales. C. Beauchemin, C. Hamel, P. Simon (dir.), *Trajectoires et origines. Enquête sur la diversité des populations en France*, Collection Grandes Enquêtes, Paris, INED, 2016, 624 p.

bataille judiciaire – que celle qui se heurte à un refus dans le maintien à son logement. *Mutatis mutandis*, le refus d’embauche discriminatoire est souvent moins facile à établir que la discrimination dans la carrière professionnelle, du fait de la situation de précarité du demandeur, dans une moindre disposition pour se défendre et de la moindre connaissance par la victime de l’auteur de la discrimination et de ses méthodes, informations essentielles pour constituer un dossier et rapporter la preuve de la discrimination¹. En outre, dans le domaine du logement privé, à cette première difficulté s’en ajoute une deuxième, cette fois-ci objective (extérieure aux parties concernées par la discrimination). Il s’agit notamment de la structure particulièrement éparpillée du marché locatif privé : d’un côté, « *en moyenne, chaque bailleur dispose d’un peu plus de deux logements mis en location, mais en réalité, plus de six bailleurs sur dix ne détiennent qu’un seul logement locatif* »² – et de l’autre côté, ces bailleurs sont principalement des personnes physiques non professionnelles et seul un tiers d’entre eux fait appel à un professionnel de la gestion. Le refus d’un logement est alors diffus, la discrimination est difficilement repérable pour le candidat à la location – sans mentionner ici les écueils pour produire une preuve convaincante³. La victime de la discrimination dans le logement sera alors peu encouragée à porter plainte, d’autant plus que les procédures sont longues et les sanctions, peu incitatives⁴ : le procès coûte cher alors que la sanction pécuniaire n’est qu’éventuelle et les attitudes des victimes vont « *du renoncement à l’affirmation de la différence ou son occultation* »⁵.

D’un autre côté, le contentieux locatif est en lui-même source de difficultés. Les chiffres révèlent la rareté de ce contentieux – environ 186000 actions chaque année⁶ –, ce qui, rapporté au nombre total de logements en location, privés et sociaux, représente uniquement 1,7% d’actions/par logement⁷. Dans ces situations, les locataires sont peu enclins à agir en justice (autour de 9% de la totalité des litiges dans le domaine locatif), la majorité des plaintes sont alors menées par les bailleurs⁸. Le contentieux de la discrimination dans le logement hériterait

¹ Voir *infra*, sur la difficulté propre à l’accès à la location qui résulte de l’articulation de l’interdiction de discriminer et du principe de la liberté contractuelle du bailleur.

² P. Pelletier, S. Fraiche-Dupeyrat, art. préc., p. 16.

³ Voir *infra*.

⁴ Voir *infra*.

⁵ « Les discriminations à l’encontre des catégories moyennes étrangères ou perçues comme étrangères sur le marché locatif privé », *Migrations études*, août 2004, n°125, cité par J. Monéger, « Discriminations sur le marché locatif privé à l’encontre de certaines personnes et lecture des lois », *Loyers et propriété*, oct. 2004, p. 3.

⁶ En 2014, 152035 demandes pour paiement des loyers et/ou résiliation-expulsion dont 68306 en procédure de référé, in *Les chiffres-clés de la Justice*, 2014, p. 13 (sur le site du Ministère de la Justice).

⁷ Ce chiffre relativement bas s’explique peut être aussi par la possibilité de régler les différends par une voie alternative, notamment la Commission conciliation locataire-propriétaire. Mais, cette Commission n’a pas de compétence pour régler les refus discriminatoires de location, ceci n’expliquant pas la rareté du contentieux sur la discrimination au logement.

⁸ P. Pelletier, S. Fraiche-Dupeyrat, *op. cit.*, p. 214 et s, citant « L’annuaire statistique de la Justice 2011-2012 » (également en ligne sur le site du Ministère de la justice).

ainsi à la fois des entraves propres à l'effectivité du droit de la non-discrimination et de celles du contentieux locatif.

Rareté des décisions. Faute de saisines, le contentieux de la discrimination dans le logement privé peut alors difficilement se développer. De fait, au terme d'une recherche dans les principales bases de données jurisprudentielles¹ et dans les revues juridiques généralistes et spécialisées en droit de l'immobilier², complétée par des demandes de décisions auprès de certains services de greffes, on constate que seule une trentaine de décisions est exploitable tous bailleurs confondus (professionnels et particuliers). Ces décisions abordent principalement trois thèmes : le refus de location en raison d'un critère prohibé rattaché au candidat à la location, le refus de location en raison d'une caution non française, le refus de location en raison des exigences des compagnies d'assurances (conditions générales de garantie).

Comme il est peu plausible que la rareté du contentieux s'explique par des rapports idylliques entre bailleurs et locataires, il convient de s'interroger sur les obstacles auxquels la victime de discrimination dans le logement se heurte en amont de la saisine judiciaire – du fait des carences ou défauts du dispositif même de non-discrimination dans le logement privé (section 1), pour ensuite cerner, les rares fois où les tribunaux sont saisis et, sur la base des quelques décisions rendues sur le fondement de la discrimination dans le logement, les freins en lien avec la mise en œuvre de la non-discrimination par le juge et/ou les acteurs judiciaires (section 2).

Section 1. L'effectivité limitée du dispositif du principe de non-discrimination dans le logement locatif

Le droit de la non-discrimination dans l'accès au logement locatif couvre un spectre large par la voie pénale, la loi pose l'interdiction de « *refuser la fourniture d'un bien* » (article 225-2 du Code pénal) ; par la voie civile, « *aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement pour un motif discriminatoire défini à l'article 225-1 du Code pénal* » (article 1^{er}, loi Mermaz du 6 juillet 1989).

Nous étudierons à tour de rôle l'effectivité des motifs interdits prévus dans les textes (§1), ainsi que l'effectivité de ces dispositifs à la lumière de leur champ d'application (§2).

§1. Les motifs interdits

¹ Consultation des bases de données LexisNexis, Legifrance et Lamybase entre 2001-2015, mots-clefs « égalité et logement », « discrimination et logement ».

² Recherche sur « L'essentiel du droit d'immobilier et de l'urbanisme » des mots-clefs « égalité », « discrimination » ; sur la Revue « Loyers et copropriété » et la « Semaine Juridique éd. Not. et immobilier » des mots-clefs « discrimination » et sur la « Semaine Juridique éd. G » des mots-clefs « accessibilité et handicap ».

L'effectivité des critères retenus par la loi revient à s'interroger sur leur aptitude à appréhender les principales réalités discriminatoires courantes dans le domaine du logement privé. À ce stade, il est possible d'identifier deux obstacles à l'effectivité de ce droit.

Le premier tient à la disparité de critères permettant de sanctionner une discrimination dans le logement, retenus par le droit pénal et le droit civil. Désormais, l'article 1^{er} de la loi Mermaz, modifiée par la loi ALUR n°2014-366 du 24 mars 2014, renvoie à l'article 225-1 du Code pénal et uniformise les régimes mais jusqu'à 2014, le refus de logement pouvait être condamné au pénal en raison de l'intégralité des vingt-et-un critères prohibés alors que la liste de critères de discrimination susceptibles d'entraîner une sanction par la voie civile, plus succincte, était incomplète. S'il est vrai que la loi Mermaz contenait les principaux motifs de discrimination mobilisés dans le logement – au vu des enquêtes et des réclamations du Défenseur des droits, à savoir, l'origine, la situation de famille, la santé et le handicap¹, d'autres étaient omis, notamment, les critères de la grossesse, du lieu de résidence, des caractéristiques génétiques, de l'identité sexuelle et de l'âge. Bien qu'il soit difficile d'expliquer la rareté du contentieux ou des condamnations par cette simple raison, l'omission du critère de l'âge – important dans le domaine du logement – a pu, par exemple, freiner la naissance d'un contentieux judiciaire. Faute de pouvoir condamner le refus de location en raison de l'âge sur le fondement de l'article 1^{er} de la loi Mermaz, les victimes de discrimination ont alors été contraintes d'appuyer leur demande sur le fondement de la responsabilité délictuelle (article 1382 du Code civil), ce qui ressort de la décision du tribunal d'instance de Paris, le 20 mai 2011, condamnant le bailleur pour la « faute » délictuelle consistant à refuser la location en raison de l'âge. De ce fait, les plaidants ont dû alors prouver la faute et n'ont pas pu bénéficier des dispositifs d'aménagement de la charge de la preuve permettant de rapporter la preuve d'un fait susceptible de discrimination.

Le second obstacle à l'effectivité du droit de la non-discrimination est en lien avec les limites des critères actuels protégeant les candidats à la location contre des situations discriminatoires. Au cœur de la difficulté, on trouve le fait que les critères de sélection dans le logement sont en apparence des éléments objectifs mais qu'ils permettent parfois de cacher une discrimination. En d'autres termes, si le bailleur doit pouvoir sélectionner le locataire en raison de sa solvabilité et de son aptitude à faire du logement un usage paisible² –, derrière ces critères d'apparence objective, peut se cacher une discrimination. Ainsi, par exemple, le critère « situation de famille » est un critère prohibé mais, en pratique, une considération objective de la location car le logement à louer doit être adapté à la composition de la famille (ex : F2, famille de quatre

¹ Nos recherches jurisprudentielles montrent que le critère le plus invoqué est celui de l'« origine, ethnique, ou nationalité », « race » ; suivent la situation famille, l'âge et enfin, le handicap physique et la santé. Les juges reprennent les critères visés par le demandeur et parfois ils cumulent plusieurs critères : situation famille/ mœurs ; origine, ethnique ou nationalité.

² En ce sens, voir Défenseur des droits, décision MLD-2011-60, p. 1.

enfants)¹. En ce sens aussi, si le bailleur peut parfaitement refuser un candidat insolvable, il ne devrait pas pouvoir utiliser la capacité financière du candidat à la location comme un prétexte pour écarter certaines catégories protégées. Or il en est ainsi, par exemple, lorsque le bailleur exige un plafond de revenu disproportionné par rapport au loyer (solvabilité abusive) pour pouvoir écarter les candidats « *qui sont perçus comme des locataires qui poseront problème, parce qu'ils appartiennent à une catégorie socialement défavorisée* » (par exemple, personnes en situation de handicap, familles monoparentales, etc.), alors même qu'ils seraient en mesure de payer le loyer. Devrait être alors discriminatoire toute exigence au-delà d'une solvabilité « suffisante » ou des revenus adéquats (voir ici, la politique de la profession et la norme de la CNAB², qui se contentent d'exiger des revenus au moins égaux à trois fois le montant du loyer augmenté des charges³). De même, un bailleur ne devrait pas pouvoir refuser d'emblée d'évaluer la capacité financière du candidat à la location dont les revenus seraient constitués par des prestations sociales⁴ ou qui justifierait d'un CDD ou d'un intérim⁵. En effet, l'examen de la solvabilité d'un candidat à la location doit se faire au cas par cas sans exclure aucun candidat *a priori*.

L'impossibilité d'appréhender ces réalités discriminatoires n'est pas théorique, à en croire l'enquête IFOP 2012⁶, qui relève que plus de la moitié des personnes qui se déclarent victimes de discrimination citent comme critère de discrimination le fait d'avoir un contrat de travail précaire ou des revenus ne provenant pas d'un salaire.

Devant cette impasse, la voie la plus efficace pour éviter les refus de louer sous l'apparence de l'insolvabilité du candidat à la location passerait par l'introduction, en amont, d'une mesure préventive, notamment la création d'un dispositif de garantie des loyers. Bien que la sinistralité annuelle reste faible (1,5% d'impayés dénoncés par rapport au nombre total de logements en location, privés et sociaux), il ne faut pas négliger le poids d'une telle crainte de la part du bailleur dans le choix du locataire. Cette peur est vécue de manière particulièrement dramatique dans un secteur, rappelons-le, majoritairement composé de petits bailleurs pour qui l'impayé est une situation grave qui compromet un complément de revenu ou de retraite, ou fait

¹ En ce sens, voir CA Paris, 5 mai 1999 (n°98/03486) : un bailleur social justifie le refus d'attribution d'un logement par des considérations objectives notamment, « *le type de logement non adapté à la composition de la famille* ».

² Confédération Nationale des Administrateurs des Biens et Agents immobiliers.

³ Norme extraite d'une décision, J.-R. Bouyeure, « Discrimination prétendue-critères objectifs de solvabilité applicables à tous les candidats – délit non constitué », *Administrer*, octobre 2008, n°414, p. 57.

⁴ J.-R. Bouyeure, « Discrimination prétendue – critères objectifs de solvabilité applicables à tous les candidats – Délit non constitué », *op. cit.*, qui commente la décision rendue par le tribunal correctionnel de Saint Etienne, le 3 avril 2008. En l'espèce, un candidat à la location s'était vu refuser la location en raison de la faiblesse de l'aspect financier de son dossier alors qu'il soupçonnait avoir été victime d'une discrimination raciale. Il a agit en justice et il s'est fait débouter faite de pouvoir établir le refus discriminatoire.

⁵ Voir notamment l'ampleur de l'exclusion des allocataires sociaux sur le marché notamment privé, dans le Baromètre de la diversité – Logement, publié par le Centre belge.

⁶ Précitée note n°4.

disparaître une contribution au remboursement d'un prêt. Une garantie universelle telle qu'elle avait été proposée par la loi ALUR (à savoir, à l'égard de tous) présenterait alors l'avantage d'apaiser la crainte de l'impayé, souvent à l'origine de l'exclusion des catégories de population stigmatisées comme « mauvais payeurs » (les jeunes, les familles monoparentales, etc.). Le Défenseur des droits avait au préalable recommandé la mise en œuvre d'un dispositif de garantie (voir notamment délibération n°2010-266 du 13 décembre 2010, et les développements sur la garantie universelle des risques locatifs (GRL), p. 9)¹. Mais la garantie universelle locative (GUL)² a été remplacée avant même d'être mise en œuvre par la garantie Visale contre les risques locatifs, dont le champ d'application est beaucoup plus restreint, puisqu'il concerne certains locataires jeunes et « précaires »³. Au contraire de la garantie universelle locative, la restriction de la garantie Visale et son caractère facultatif pourraient malgré la nouveauté du dispositif s'avérer moins effectifs dans la prévention de comportements discriminatoires dans le logement privé.

En aval, reste à se demander dans quelle mesure l'introduction d'un nouveau critère permettrait de mieux combattre le refus de location en apparence légitime car justifié par la capacité financière du candidat à la location, mais en réalité cachant une discrimination. L'intérêt d'une telle approche doit sans doute être nuancé. Tout d'abord, il faudra déterminer le critère à retenir. À l'aune du droit comparé, certaines options peuvent être envisagées telles que le critère de « pauvreté », celui de la « condition sociale », de la « situation économique », de la « fortune », de l'« origine sociale »⁴, voire de la précarité sociale⁵, mais il faudrait le définir précisément, surtout s'il a vocation à s'appliquer au pénal. Par ailleurs, ces termes sont équivoques en ce qu'ils peuvent laisser penser que la lutte contre la discrimination vise l'amélioration effective de l'accès au logement des publics défavorisés, et qu'elle combat alors les phénomènes de relégation et d'exclusion dans le logement et leurs conséquences néfastes en termes d'égalité, notamment l'amplification du décrochage des couches populaires⁶. Or, c'est par des politiques

¹ La garantie universelle des risques locatifs est un dispositif pour se prémunir contre certains risques liés à la location et qui consiste, pour le bailleur de souscrire un contrat avec une compagnie d'assurances. Ces contrats ne sont plus distribués par les assureurs à partir du 1er janvier 2016.

² Pour sécuriser les bailleurs contre les risques d'impayés, un établissement public devrait être créé pour gérer une Caisse qui se chargerait de régler aux propriétaires les montants de loyer non recouvrés.

³ La garantie Visale peut être attribuée aux salariés de plus de trente ans en CDD ou en contrat précaire qui louent un logement dans les trois mois suivant leur entrée dans l'entreprise, les salariés de moins de trente ans qui louent un logement dans les douze mois qui suivent leur embauche, toute personne louant un logement par le biais d'un organisme agréé d'intermédiation locative (le propriétaire loue son logement à une association agréée par la préfecture qui le met à disposition de personnes en difficulté).

⁴ Voir Y. Vaugrenard, « Note sur la discrimination à raison de la pauvreté », déc. 2014 (sur le site du Sénat).

⁵ D. Roman, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante en droit français », *D.*, 2013, Chr., p. 1911.

⁶ §8, g) des Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, présentés par la rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, Mme Sepúlveda Carmona, le 18 juillet 2012 (A/HRC/21/39), et adoptés par consensus le 27 septembre 2012 par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU (A/HRC/RES/21/11) : « *les États doivent se rappeler les obligations qui leur incombent pour faire en sorte que chacun ait le droit à un logement*

publiques spécifiques que l'on peut tenter de combattre l'inégalité sociale dans le logement¹. Du reste la loi Mermaz vise explicitement cet objectif quand elle rappelle que « *le droit au logement est un droit fondamental* ». Dès lors, le dispositif de lutte contre la discrimination ne serait que l'arbre qui cache la forêt. Autrement dit, le droit de la non-discrimination, en visant davantage à lutter « *contre certains comportements et décisions qui ont pour effet de stigmatiser et d'exclure* »², s'éloignerait de l'objectif de protection des populations plus précaires ou ne contribuerait à atteindre cet objectif que de manière incidente – car le candidat à la location qui se prévaudrait d'un nouveau critère devrait *a minima* avoir la capacité suffisante pour louer l'appartement qui lui est refusé. Malgré tout, certains pays se sont engagés dans la voie de l'intégration d'un critère propre pour saisir ces réalités discriminatoires. Ainsi, en Belgique, sont condamnés sur le critère de la « fortune », les refus d'accès au logement en fonction de la nature des revenus (refus de prendre en compte des revenus provenant des prestations sociales, allocations handicap, bourses, etc.) ou du type de contrat de travail (CDD, intérim, stages et emplois aidés, etc.)³. Au Québec, le critère de la « condition sociale » permet de sanctionner le refus, par le bailleur, de louer un logement à un bénéficiaire de prestations sociales, « *parce qu'il doutait de sa capacité à payer le loyer* »⁴. En France, faute d'un critère propre, il serait possible de sanctionner ces refus de location par le biais de la discrimination indirecte par le recours à un critère en lien avec la source des revenus exclus. Par exemple, il s'agira d'une discrimination indirecte en raison du handicap si la source de revenus écartée est une pension d'invalidité ou une allocation aux adultes handicapés ; il s'agira d'une discrimination indirecte en raison de la situation de famille si les revenus non pris en compte sont des allocations pour jeune, des allocations parentales d'éducation ou des pensions alimentaires. Toutefois, il n'est pas sûr que ce détour par la notion de discrimination indirecte constitue un gain en termes d'effectivité du droit de la non-discrimination, par rapport à l'introduction d'un nouveau critère. En effet, d'une part, cette méthode, appliquée par le Défenseur des droits⁵, n'est pas sans coût

convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant. Ce droit exige que les Etats assurent l'accessibilité économique du logement et son accessibilité physique aux services sociaux et aux infrastructures ».

¹ T. Grundler, I. Guerlais, K. Le Bourhis, « La discrimination sur l'origine sociale, entre mythe et réalité », *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Société. Recherches et Travaux, 2007, p. 70. Voir notamment, la distribution d'aides ou l'incitation à l'épargne en vue de l'acquisition d'un logement, puis les politiques de logement social.

² D. Roman, art. préc., p. 5.

³ Le tribunal de première instance de Namur (5 mai 2015, rôle général 305/15) a condamné un propriétaire qui exigeait de ses candidats-locataires la preuve d'un contrat de travail à durée indéterminée et un revenu minimum de 2000€. Le tribunal considère que l'exigence d'un contrat de travail à durée indéterminée dépasse la « *couverture normale* » d'un risque de défaut de paiement. Il ordonne par conséquent la cessation de cette pratique de sélection sous peine d'une astreinte de 500€. Communiqué de presse du Centre belge pour l'égalité des chances, URL : [\[http://unia.be/fr/articles/reconnaissance-dune-discrimination-sur-base-de-la-fortune-dans-le-secteur-du-logement-un-jugement-sans-precedent-en-belgique\]](http://unia.be/fr/articles/reconnaissance-dune-discrimination-sur-base-de-la-fortune-dans-le-secteur-du-logement-un-jugement-sans-precedent-en-belgique).

⁴ Voir jurisprudence citée par D. Roman, art. préc., notamment Trib. des droits de la personne du Québec, CDP c/ J.M. Brouillette Inc, 1994, CanLII 191 et autres. Note de bas de page n°50.

⁵ Défenseur des droits, décision MLD-2011-60.

et elle peut constituer un véritable frein à l'effectivité du droit car elle ouvre, en principe, une voie au bailleur pour justifier le traitement moins favorable. Rappelons que les textes ne prévoient pas de justification pour la discrimination directe (sauf les exceptions légales) contrairement à la définition même de la discrimination indirecte¹. Ainsi, ne constitue pas une discrimination indirecte le traitement moins favorable qui résulte d'une pratique ou d'un critère neutre, quand ce critère ou pratique est « *objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires ou appropriés* » (article 1^{er}, 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). Nonobstant, en pratique, dans l'hypothèse d'un bailleur qui refusait les candidats à la location bénéficiaires de prestations sociales, considérant que le caractère insaisissable de ces revenus ne justifiait pas un traitement différencié, le Défenseur des droits a estimé qu'« *il semble abusif d'assimiler purement et simplement l'insaisissabilité des revenus à une situation d'insolvabilité* »² sans une recherche de solutions adaptées (par exemple, le recours à certaines garanties pour se prémunir contre le risque d'impayé). D'autre part, le raisonnement consistant à se placer sur le terrain de la discrimination indirecte ne permet pas de combattre toutes les hypothèses de discrimination qui se cachent derrière le prétexte de l'insolvabilité du candidat. Il en est ainsi pour les offres qui exigent une solvabilité abusive (par exemple, des revenus dépassant de cinq ou six fois le prix du loyer, s'éloignant alors de la politique de la profession et la norme de la CNAB³).

§2. Le domaine

L'interdiction de discriminer dans le domaine du logement se déduit d'un texte général qui condamne tout comportement consistant à « *refuser la fourniture d'un bien ou d'un service* » en raison d'un motif prohibé (article 225-2 du Code pénal), ainsi que d'une formule beaucoup plus concise, contenue dans la loi Mermaz et qui prévoit qu'« *aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement* » (article 1^{er} de la loi Mermaz). Le législateur n'a pas introduit de restrictions à l'application de ce régime en fonction des caractéristiques du parc immobilier⁴. Mais, dans l'un et l'autre cas de figure, le législateur se focalise sur le seul refus

¹ En ce sens, voir par exemple, L. Cluzel-Metayer, M. Mercadet-Bruns, *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence et de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 2011, p. 3.

² Défenseur des droits, décision MLD-2011-60, p. 3.

³ Voir *supra*.

⁴ Voir notamment le cas allemand. En Allemagne, le principe d'égalité de traitement est prévu par la Constitution (art. 3 de la Loi fondamentale). Cette disposition s'étend aux relations de droit privé dont celles entre bailleur et locataire. La Loi générale sur l'égalité de traitement (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG), transposition en droit national des directives relatives à la non-discrimination de l'Union européenne, a été adoptée en août 2006. Ce texte interdit les discriminations directes et indirectes, y compris en matière de baux d'habitation. Mais il exclut du champ d'application du dispositif de lutte contre les discriminations le parc immobilier de moins de cinquante logements (voir 19 AGG).

discriminatoire auquel se heurte un candidat à la location, autrement dit, le refus à l'accès à des biens ou des services, et ignore deux autres comportements discriminatoires : d'un côté, le congé livré par un bailleur pour récupérer le bien pour des motifs discriminatoires et, de l'autre côté, les phénomènes de harcèlement discriminatoire dénoncés par les associations – voir notamment le rapport de SOS Homophobie 2015 et les incitations au départ des locataires en les poussant à bout en raison de leur homosexualité¹. Mais, dans quelle mesure les dispositifs de lutte contre la discrimination dans le logement, focalisés sur le refus discriminatoire lors de l'accès à la location, sont-ils aptes à sanctionner ces phénomènes discriminatoires qui ont lieu pendant l'exécution du contrat de bail ?

D'un côté, l'ineffectivité du droit de la non-discrimination pour combattre les phénomènes de harcèlement dans le logement ne s'explique pas par l'absence de textes. En effet, l'arsenal législatif de lutte contre les discriminations contient un principe qui condamne spécifiquement ce phénomène, à savoir l'article 1^{er} 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. Ce dispositif ne vise pas en particulier un domaine précis et devrait alors permettre de condamner le harcèlement dans le domaine du logement. Pourtant, en pratique, il n'est mis en œuvre que dans le domaine de l'emploi, probablement en partie en raison de l'absence de saisines, ainsi que de l'assimilation, par les principaux acteurs du procès, du harcèlement à l'emploi. Ce texte présente l'intérêt de permettre de poursuivre l'auteur du harcèlement, qu'il soit le bailleur ou non (par exemple, les voisins).

D'un autre côté, le silence des textes que l'on observe à propos du congé discriminatoire n'a pas empêché que cette réalité soit appréhendée par les tribunaux. Dans un contrat à exécution successive comme la location, le refus de fourniture de service peut advenir au moment de l'accès à la location, par un refus discriminatoire de louer, ou encore pendant l'exécution du contrat, par un congé discriminatoire, qui revient à un refus de continuer à louer². Ainsi, un arrêt rendu par la cour d'appel de Toulouse le 2 avril 2009 (n°07/01586 et n°09/432) sanctionne le cas d'un congé discriminatoire sur le fondement d'un refus à l'accès à la location (article 225-2-1 du Code pénal). En l'espèce, le propriétaire (particulier) aurait essayé de récupérer son appartement quelques jours après l'emménagement de sa locataire en raison de la situation de famille de celle-ci, le propriétaire ayant appris que l'un des enfants de sa locataire était placé dans une maison d'enfants à caractère social. Dans le même esprit, la Cour de cassation (Cass. crim., 25 nov. 1997, n°C 96-85.670) avait condamné un bailleur pour avoir subordonné la

¹ SOS Homophobie, *Rapport sur l'Homophobie*. 2015, p. 57 (en ligne sur le site web de l'association).

² En ce sens, voir E. Menduïña Gordón, « Copropriété, accessibilité et non discrimination des personnes handicapées : vers une obligation d'aménagement raisonnable ? », *RDSS*, mai-juin 2011, n°3, p. 540.

fourniture d'un bien à une condition fondée sur l'état de santé (article 225-2-4 du Code pénal). Après avoir conclu un contrat de bail et 48 heures avant de donner les clés, le bailleur aurait imposé aux nouveaux locataires, en raison de l'état de santé de l'un d'eux (atteint du SIDA), des conditions supplémentaires exorbitantes, notamment des garanties, dont la nature et le délai d'exécution n'avaient d'autre finalité que de rendre impossible l'exécution du contrat, et ce en raison de l'état de santé déficient de l'un des locataires. Récemment, la cour d'appel de Riom, le 10 mars 2014 – 13/00357, Juris-data n°2014-004978 – a vérifié la nature non-discriminatoire des motifs de reprise par le bailleur de son logement. En l'espèce, le propriétaire, souffrant, voulait reprendre son bien pour pouvoir se loger en ville lorsqu'il allait à l'hôpital. Les juges ont estimé que la reprise n'est pas une mesure discriminatoire, au regard de la situation locative des autres appartements de l'immeuble (dont il était également propriétaire) et des travaux conséquents à réaliser sur celui qui restait inoccupé.

Si, à la lecture de ces décisions, l'absence de texte se référant au congé discriminatoire n'est pas un obstacle dirimant à l'établissement de la discrimination, il est toutefois permis de se demander dans quelle mesure l'assimilation du congé discriminatoire à un refus d'accès à la location représente un gain en effectivité. Il nous semble que cette unité de régime rend la saisine judiciaire moins attractive et nuit à l'effectivité du droit de la non-discrimination, eu égard à la sanction et de la preuve. Du point de vue des sanctions, le bailleur qui donne congé de façon discriminatoire à son locataire encourra les mêmes peines qu'un bailleur refusant la location de son appartement à un candidat à la location, notamment des peines de prison et une amende s'il est condamné par la voie pénale, et des dommages-intérêts si le procès a lieu par la voie civile. Or, à l'instar de ce que permet le droit du travail, ne faudrait-il pas introduire, vis-à-vis du congé discriminatoire, une sorte de réparation en nature¹ ? Il s'agirait ainsi de neutraliser l'acte discriminatoire – dans notre cas de figure, concrètement d'annuler le congé discriminatoire – et de remettre la personne dans la situation qui était la sienne avant l'acte discriminatoire – par la réintégration dans les lieux ou la possibilité d'y rester si elle n'en était pas partie. À l'heure actuelle, les décisions interviennent bien longtemps après le congé – en moyenne entre un et quatre ans après – et ne viendront alors pas résoudre le problème car le plus souvent la personne a dû s'arranger autrement. Par ailleurs, les sanctions actuelles n'incitent pas le locataire à agir en justice : les arrêts condamnent les bailleurs au mieux à 2000 euros de dommages et intérêts.

Du point de vue de la preuve, la différence de régime entre le refus de location et le congé discriminatoire est désormais bien marquée dans la loi ALUR. Ce texte introduit des mesures

¹ Voir art. L.1134-4 du Code du travail qui annule le licenciement discriminatoire.

sur le congé du bailleur qui, sans viser les cas de discrimination, ont de grandes chances d'améliorer l'effectivité de ce droit. Cette loi renforce à la fois le contrôle de la motivation de reprise du logement par le bailleur afin d'éviter des congés illégaux (et *a fortiori*, les congés discriminatoires) et l'office du juge. Désormais, « *lorsqu'il donne congé à son locataire pour reprendre le logement, le bailleur justifie du caractère réel et sérieux de sa décision de reprise. Le délai de préavis applicable au congé est de six mois lorsqu'il émane du bailleur* » (art. 15. I). Et « *en cas de contestation, le juge peut, même d'office, vérifier la réalité du motif du congé et le respect des obligations prévues au présent article. Il peut notamment déclarer non valide le congé si la non-reconduction du bail n'apparaît pas justifiée par des éléments sérieux et légitimes* ».

Dans cette perspective de dispositif favorisant le maintien dans les lieux, il faut revenir sur ce paradoxe que constituent les effets potentiellement discriminatoires (et non voulus) de mesures relatives au maintien dans leur logement des publics vulnérables. Si de manière générale, le législateur limite les motifs permettant au bailleur de donner congé, cette restriction se renforce lorsque le locataire a un niveau de ressources bas (seuil fixé par décret) et un âge avancé (plus de soixante-cinq ans ou en charge d'une personne de plus de soixante-cinq ans vivant habituellement dans le logement), sauf si le bailleur lui-même est dans ce cas de figure (article 15 III de la loi Mermaz). En vue de faciliter le maintien dans les lieux des personnes en perte d'autonomie ou des personnes en situation de handicap, le Défenseur des droits recommande au Ministre de l'Egalité des territoires et du logement d'inscrire dans le projet de loi cadre sur le logement et l'urbanisme, « *l'illégalité du refus, par le bailleur ou par une assemblée de copropriété, d'autoriser l'occupant d'un logement à réaliser des travaux de mise en accessibilité dès lors que ces travaux sont sans incidence sérieuse sur le gros œuvre et les parties communes de l'immeuble, notamment lorsque ces travaux peuvent faire l'objet d'un financement (subvention de l'ANAH, 1% logement...)* », ainsi que d'interdire l'obligation mise à la charge du locataire de remettre en état le logement qui aurait été rendu accessible pour « *répondre aux besoins d'une personne handicapée* »¹. Il est possible que ces mesures aient pour effets pervers d'induire des discriminations à l'accès car bailleurs particuliers et professionnels refusent systématiquement le dossier de ces candidats². Il est difficile ici de proposer une « recette miracle » car si ces mesures sont en soi compréhensibles, force est de reconnaître que les bailleurs, dont la liberté se trouvera restreinte, pourraient être réticents à l'idée de donner leur bien en location à ces publics.

¹ Défenseur des droits, décision MLD-2013-16.

² En ce sens, voir HALDE, délibération n°2011-122 du 18 avril 2011.

Section 2. L'ineffectivité de la mise en œuvre du principe de non-discrimination dans le logement privé par les acteurs judiciaires

L'étude des décisions de justice met en exergue deux blocages à l'effectivité du droit de la non-discrimination : d'un côté, la mobilisation limitée des textes internationaux par les acteurs judiciaires intervenant au procès, notamment, les avocats (§1) ; de l'autre côté, la réticence de certains juges à limiter la liberté de choix du bailleur (§2).

§1. La mobilisation limitée des textes internationaux par les acteurs judiciaires du procès

Les recherches jurisprudentielles menées dans le cadre de cette étude montrent que l'arsenal juridique de la lutte contre les discriminations, contenu dans les textes ou conventions internationales, n'est pas mobilisé par les principaux acteurs du procès dans les affaires concernant la discrimination dans le logement. Cette réticence réduit la palette d'options et a nécessairement un impact sur l'effectivité du droit de la non-discrimination, alors même que ces textes pourraient améliorer la protection des locataires discriminés.

L'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) pourrait être davantage mobilisé et permettrait de discuter de la conventionalité de certains textes de droit interne à l'aune du principe de non-discrimination¹. C'est ce qui a été fait, par exemple, dans un arrêt remarqué, rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, le 9 novembre 2011. En l'espèce, un commerçant de nationalité turque avait obtenu en 1975 le droit d'exploitation d'une société. Le bailleur était au courant de sa nationalité, mentionnée dans l'acte de cession, et avait renouvelé par la suite à deux reprises le bail commercial (en 1984 et 1993). Le litige était né à la suite d'un congé délivré en 2004 par le bailleur, à effet postérieur à l'échéance, pour obtenir un loyer déplafonné. Si le locataire réclamait son droit au renouvellement, le bailleur le refusait en se fondant sur l'article L.145-13 du Code de commerce, qui refusait le droit au renouvellement – ou son corollaire, l'indemnité d'éviction – à un locataire de nationalité étrangère. La Cour a décidé que l'article L.145-13 du Code de commerce constitue une discrimination prohibée en ce « *qu'il subordonne, sans justification d'un motif d'intérêt général, le droit au renouvellement du bail commercial, protégé par l'article 1er du 1er protocole additionnel de la Convention* », à la nationalité du preneur².

¹ Pour une réflexion sur le traitement de la question de la discrimination en matière de logement à partir de la Charte sociale européenne, voir C. Nivard, « Le droit au logement combiné avec le principe de non-discrimination », *RDSS*, 2015, p. 241.

² C. cass., civ. 3, 9 novembre 2011, pourvoi n°10-30291, *D.*, 2012, 532, note Monéger ; *JCP*, 2012, 53, note Kenfack ; *RJDA*, 2012, n°257.

A cet égard on peut être étonné que le juge français qui procède à un contrôle de conventionnalité depuis longtemps ne se soit pas servi de ce texte pour sanctionner dans le logement privé, des traitements moins favorables envers certaines catégories protégées.

En réalité, il n'est pas possible d'imputer aux juges un quelconque refus de se placer sur le terrain de l'article 14 de la CESDH. En effet, les avocats peu familiarisés avec les instruments conventionnels de la non-discrimination (article 14 CESDH) l'invoquent rarement ; or, les juges ne peuvent pas s'en saisir d'office.

Ainsi par exemple, les juges ont été saisis pour trancher l'existence de discrimination, dans les rapports locatifs, en raison d'un traitement moins favorable des concubins par rapport aux mariés, mais les avocats n'appuient pas leur demande sur l'article 14, mais sur l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et sur l'article 8, alinéa 1^{er} de la CESDH. À cet égard, le juge refusera d'admettre que le refus de transfert du bail au concubin homosexuel, après le décès du titulaire du bail, est contraire à ces textes. Il prétexte que la situation de ces deux couples (concubins versus mariés) n'est pas comparable, ce qui est très discutable considérant qu'il s'agit ici des obligations et droits à l'égard du bailleur et que ces couples sont alignés pour tout ce qui concerne les dettes à l'égard du bailleur sur le même régime (voir notamment la solidarité des dettes)¹.

En réalité, il n'est pas possible d'imputer aux juges un quelconque refus de se placer sur le terrain de l'art. 14 de la CEDH. En effet, les avocats peu familiarisés avec les instruments conventionnels de la non-discrimination (art. 14 CEDH) l'invoquent rarement, or les juges ne peuvent pas s'en saisir d'office.

Ainsi par exemple, les juges ont été saisis pour trancher sur l'existence de discrimination, dans les rapports locatifs, en raison d'un traitement moins favorable des concubins par rapport aux mariés, mais les avocats n'appuient pas leur demande sur l'article 14, mais sur l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 8, alinéa 1^{er} de la CEDH. A cet égard, le juge refusera d'admettre que le refus de transfert du bail au concubin homosexuel, après le décès du titulaire du bail, est contraire à ces textes. Il prétexte que la situation de ces deux couples (concubins versus mariés) n'est pas comparable, ce qui est très discutable considérant qu'il s'agit ici des obligations et droits à l'égard du bailleur et que ces couples sont souvent en pratique, alignés pour tout ce qui concerne les dettes à l'égard du bailleur (voir notamment solidarité des dettes)².

¹ C. cass., civ. 3, 17 déc. 1997, *Bull. civ.*, III, 1997, n°225, p. 151.

² Cass. 3ème civ., 17 déc. 1997, *Bull. civ.* III, 1997, n°225, p. 151. S'il est vrai que la solidarité entre concubins est d'origine conventionnelle et non pas légale, il est permis de douter, au moins dans les zones tendues, de la liberté du

En ce sens aussi, au lieu d'attendre la loi ALUR en 2014 pour aligner le régime de la co-titularité du bail plein droit en faveur des couples mariés aux partenaires pacsés, on aurait pu imaginer un contrôle de conventionnalité de l'art. 1751 du Code civil¹. Autrement dit, pourquoi la Cour n'a pas été interrogée sur la conformité de refuser la co-titularité du bail aux couples non mariés à l'art. 14 de la CEDH² ? Rappelons que faute d'existence autonome, l'art. 14 doit être nécessairement invoqué en relation avec la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention et ses protocoles. Dès lors, il aurait fallu montrer, au préalable, que le droit à la cotitularité du bail était protégé par l'art. 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel de la Convention³. En ce sens, une délibération de la Halde, n°2009-381 du 30 novembre 2009, avait conclu en recommandant une modification législative, en raison du caractère discriminatoire, au regard des textes internationaux, de ce texte fondé sur la situation de famille et l'orientation sexuelle. La délibération exposait notamment la comparabilité des statuts du mariage et du pacs en matière patrimoniale et l'absence d'arguments permettant de justifier le caractère raisonnable et justifiée d'une telle distinction.

§2. La réticence de certains juges à limiter la liberté de choix du bailleur

L'ineffectivité du droit de la non-discrimination peut également résulter de la mise en œuvre de ces dispositifs par le juge. À cet égard, on peut s'interroger sur la manière par laquelle le juge, saisi d'un cas de discrimination dans le logement, articule le principe de la liberté contractuelle – le bailleur peut choisir son locataire – avec l'interdiction de ne pas discriminer. Bien que la portée des décisions étudiées soit limitée – compte tenu de la rareté du contentieux et parce qu'il s'agit de décisions de juridictions du fond – il ne faut pas minorer leur intérêt. En

locataire concubin de refuser l'insertion d'une clause de solidarité, au vu des rapports de force au sein du contrat de bail. En ce sens, et bien que la solution soit discutable, certaines jurisprudences admettent que malgré l'absence de clause de solidarité, chaque concubin est débiteur de l'intégralité du loyer en raison de l'indivisibilité de la dette (CA Toulouse, 3^e ch., 7 déc. 2004, n° 03/05046 : JurisData n° 2004-259909 ; Loyers et copr. 2005, comm. 82).

¹ Seul le conjoint marié était co-titulaire du bail de plein droit. Cette situation a évolué indirectement avec l'accès du mariage aux couples de même sexe, puis avec l'extension de cette solution aux partenaires pacsés.

² Voir CA Paris, 5 janvier 2006, 04/19225. En l'espèce, le concubin d'un locataire décédé est expulsé pour défaut de titularité du bail. Il n'est pas pacsé ni marié, il ne peut donc pas se prévaloir de l'art. 1751 du Code civil, qui prévoit la co-titularité du bail. Les motifs de la Cour sont sans ambiguïté : « *Les dispositions de l'art. 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 ... qui rappellent le principe fondamental du droit au logement et stigmatisent le refus de location en raison de la situation de famille et des mœurs ne concerne aucunement le problème de la cotitularité du bail ou de son transfert ; que cet article au surplus précise que le droit au logement s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent* ».

³ Le refus de location discriminatoire ou le congé discriminatoire peut se rapporter au droit au respect des biens, garanti dans l'art. 1^{er} du 1^{er} protocole. « *Au sens que lui donne la Cour EDH, en effet, la notion de bien ne se limite pas à la propriété des biens corporels mais embrasse toute valeur patrimoniale, tout « intérêt économique substantiel, corporel ou incorporel* » in J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2011, p. 233. Selon la délibération de la Halde qui tranche sur cette question, cette jurisprudence laisse à penser que l'existence d'une discrimination prenant la forme d'un refus d'attribution de la co-titularité d'un bail locatif entre dans le champ d'application de la CEDH.

effet, elles témoignent de la résistance larvée de certains juges à reconnaître la discrimination. Ainsi semble se dégager une tendance à faire primer le pouvoir discrétionnaire du bailleur de choisir librement son locataire sur le principe de la non-discrimination.

En effet, dans une première espèce, un juge civil écarte le refus discriminatoire d'un logement à une femme en raison de sa situation familiale (femme seule avec quatre enfants) au motif qu'aucun élément de preuve ne permettait de « *démontrer que le propriétaire s'était engagé à louer à la demanderesse* »¹. La preuve de l'engagement à louer serait, aux dires du tribunal, « *un préalable indispensable à la recherche d'une éventuelle discrimination* ». Le raisonnement ici adopté par le juge constitue un frein à la reconnaissance de la discrimination et à l'effectivité de ce droit, pour deux raisons. D'une part, le juge introduit une nouvelle condition non prévue par la loi, cette exigence conduisant les victimes potentielles de discrimination dans une impasse – comment peuvent-elles produire la preuve de ce qui leur a été refusé (la location...) ? Par analogie avec l'emploi, accepterions-nous que la victime d'un refus d'embauche discriminatoire ait à rapporter la preuve d'une promesse d'embauche, voire de son embauche ? Est-ce que cela a du sens de demander à la victime d'un refus de soin de produire la preuve de l'engagement du médecin de lui prodiguer ce soin puis de le refuser ? On voit là à quel point ces hypothèses non seulement font peser au demandeur une charge anormale mais en plus sont absurdes. D'autre part, ce raisonnement a pour effet de restreindre considérablement le champ d'application du droit de la non-discrimination dans le logement : si celui qui plaide la discrimination dans l'accès à la location doit nécessairement rapporter la preuve d'un engagement du bailleur à son égard, le refus du bailleur constitue en réalité une rétractation, une rupture du bail pour des motifs illicites. Bien que les textes fassent expressément référence à « l'accès », une telle interprétation juridictionnelle revient alors à restreindre le champ d'application des textes à la simple protection du maintien dans les lieux.

Au pénal, une deuxième espèce illustre un autre procédé par lequel est préservée la liberté de choix du bailleur. Il ressort de la comparaison entre la solution rendue pour une même affaire, par les juges de première instance et d'appel. En l'espèce, des candidats à la location avaient visité un appartement en vue de le louer ; selon eux, l'appartement leur avait été réservé puis refusé sous prétexte qu'il aurait été loué. Soupçonnant un refus discriminatoire en raison de l'origine, ils ont organisé un « *testing* » avec des amis, et ont découvert par ce biais que l'appartement était en réalité resté disponible. Le 30 janvier 2006, le tribunal de grande instance d'Albertville (statuant en matière correctionnelle)², a refusé de reconnaître une discrimination

¹ CA Montpellier, 27 novembre 2007, *Juris-classeur*, n°2007-353816.

² N° de parquet 05003743 ; n° de jugement 164/06.

en raison de l'origine, entre autres motifs car « *les démarches de location n'étaient qu'au stade des pourparlers oraux* » alors que « *pour retenir le délit de discrimination, il faut établir qu'il y ait un refus de fournir un service ou souscrire un contrat* » en raison d'un motif prohibé. En d'autres termes, il n'était à ce stade pas possible de prouver le refus discriminatoire de louer, faute d'offre à louer. Si les juges d'appel refusent également de retenir l'existence d'une discrimination, ils acceptent, contrairement aux juges de première instance, d'en étudier la possibilité¹. En effet, il ressort de « *l'enquête préliminaire ordonnée par le Parquet* » que les époux « *répondaient à l'offre de location d'un appartement [...] publiée [...] dans un journal local* ». Si les juges d'appel écartent eux aussi l'existence d'une discrimination, c'est en se fondant sur l'absence de preuves établissant de manière certaine que c'est en considération de l'origine des candidats que le bail n'avait pas été consenti. À la lumière de ces décisions, il résulte que la disqualification artificielle d'une offre de location au stade des pourparlers accroît considérablement la marge de manœuvre du bailleur².

En définitive, face à ce constat d'ineffectivité du droit de la non-discrimination dans le logement privé quelles solutions proposer ? Il nous semble que le principal de l'ineffectivité est en lien avec la difficulté à produire la preuve de la discrimination. Si en apparence, le régime de la preuve de la discrimination, aménagé au civil³, devrait logiquement conduire à un investissement massif de cette voie par rapport à la voie pénale, nos recherches jurisprudentielles conduisent à une conclusion inverse. En effet, les rares décisions qui se placent sur le terrain de la voie civile le font parce que le bailleur n'a pas été très adroit et a facilité la preuve de la discrimination qui lui est imputée⁴, ou parce que la discrimination résulte de l'application d'une condition générale du contrat discriminatoire (situation assimilable à un texte discriminatoire⁵). Dans aucune des décisions au civil étudiées, le juge ne recourt à la possibilité, qui lui est donnée par la loi, d'ordonner des mesures d'instruction utiles (« *le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* », article 1^{er} de la loi Mermaz). Ainsi, aucune des mesures prévues pour

¹ CA Chambéry, 13 mars 2008, n°06-00694.

² D. Rocher, « La discrimination dans les rapports locatifs », *Administrer*, mai 2008, n°410.

³ L'article 1er de la loi du 6 juillet 1989 transpose l'aménagement de la charge de la preuve au domaine du logement. Ainsi, la personne s'étant vu refuser la location d'un logement présentera des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu des éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée.

⁴ TI, 20 mai 2011, RG, n°1-10-000481, l'espèce concerne un refus de location à une personne âgée. Le candidat à la location détenait un document prouvant la réservation de l'appartement et une télécopie justifiant la volonté des propriétaires de pouvoir récupérer le bien dans les vingt ans qui allaient s'écouler.

⁵ TI Montpellier, 3 avril 2008, RG, n°11-07-001540. En l'espèce, une compagnie d'assurances exigeait une copie d'une pièce d'identité délivrée par les autorités françaises au candidat à la location. Cette exigence était intégrée dans les conditions générales de la garantie. Il a été décidé que cette exigence constituait une discrimination indirecte pour les européens qui n'ont pas de pièce d'identité de cette sorte.

faciliter la preuve au civil (l'aménagement de la preuve et le pouvoir d'instruction) ne semble suffire à rendre attractive cette voie, qui est, sauf exception, délaissée par les victimes de la discrimination. Et c'est d'autant plus le cas que la seule qualité du dossier à la location – des revenus adéquats, par exemple – ne paraît pas suffire à établir un fait susceptible de discrimination. Logiquement, la majorité du contentieux se place sur la voie pénale et construit la preuve autour du « *testing* » (avec ou sans l'aide d'associations)¹ : dans ces décisions, le « *testing* » aura une valeur de témoignage et s'intégrera dans un faisceau d'indices. Ce choix peut être éclairé, nous semble-t-il, en prenant en compte les caractéristiques propres au marché du logement privé. Le caractère fallacieux d'un refus de location ressort souvent de la comparaison du comportement du propriétaire avec celui qu'il a à l'endroit d'autres candidats à la location, ce qui permet par ailleurs de relever des mensonges (« bien déjà loué »)². Or, le candidat à la location n'est pas dans la situation du salarié qui peut (en tout cas plus facilement) constituer un panel comparatif de sa situation par rapport à celle de ses collègues : il n'est pas censé connaître les autres candidats à la location, il a rarement accès à cette information et peut alors plus difficilement identifier la discrimination dans le choix du bailleur. Dans ces conditions, la comparabilité ne peut résulter que d'une construction artificielle, par le biais d'un « *testing* », qui montrera que le bailleur était prêt à louer à un candidat fictif ne portant pas le stigmate du critère prohibé. Il faut alors en conclure que l'effectivité du droit de la non-discrimination passe par une réflexion sur le rôle de la loyauté dans la preuve civile et notamment la possibilité d'admettre le « *testing* » au civil ainsi que par la facilitation des mesures d'instruction, réflexion qui dépasse largement le domaine du logement privé. Plus radicalement, on peut se demander si l'effectivité de la lutte contre la discrimination dans le logement privé ne passerait pas par un investissement massif de la voie préventive – les efforts du Défenseur des droits en ce sens sont notables –, plutôt que par les dispositifs anti-discriminations, largement inefficaces³.

¹ Voir par exemple, TGI Paris, 10 déc. 2013, n° de parquet : 11087008177 ; CA Grenoble, 2 sept. 2009, n°08/01238 ; Cass. Crim., 7 juin 2005, n°04-87354.

² L. Ferrand, « Accès au logement privé et lutte contre les discriminations », *Revue des loyers*, janvier 2008, n°883, p. 3.

³ Voir en ce sens, l'expérience lancée en 2011 par Villeurbanne consistant à conduire un « *testing* », en collaboration avec la HALDE et la FNAIM, représentant les professionnels de l'immobilier. Cette expérience se veut pédagogique et n'a pour objectif de donner lieu à aucune poursuite judiciaire.

La lutte contre les discriminations dans le secteur bancaire et financier

Abdelghani Azi

Doctorant, Université Paris Ouest Nanterre La Défense

L'accès au crédit et aux produits financiers est une préoccupation majeure des banques et des pouvoirs publics en raison des conséquences économiques et sociales qu'il peut induire pour le fonctionnement de la société. Les difficultés d'accès aux financements que rencontrent certaines clientèles sont de plus en plus contestées et dénoncées. La prise en compte des discriminations prend ainsi, ces dernières années, une place de plus en plus importante dans l'exercice de l'activité bancaire et financière¹. Celle-ci exerce une emprise directe sur les populations les plus modestes en raison d'un mode de fonctionnement qui génère naturellement des discriminations. La sélection des clientèles et les discriminations qui peuvent en résulter sont en effet au cœur de l'activité bancaire².

La discrimination se définit comme *«une différenciation contraire au principe de l'égalité civile consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes physiques en raison de leur appartenance raciale ou confessionnelle, plus généralement par application de critères sur lesquels la loi interdit de fonder des discriminations juridiques arbitraires (sexe, opinions politiques, situation de famille, état de santé, handicap, origine, appartenance ou non appartenance (vraie ou supposée) à une nation, une ethnie ou une race, activité syndicale) ou au détriment de certaines personnes morales en raison des mêmes critères appréciés sur la tête de leur membre, agissement érigé en délit (Art 225-1 du Code pénal)»*³.

*«Discriminer, c'est distinguer entre des objets, les séparer et les différencier en fonction de leurs traits distinctifs. Il s'agit donc d'une opération intellectuelle qui se conforme à une démarche analytique. Elle revêt une connotation négative dès lors qu'elle a pour objet de hiérarchiser, en traitant moins favorablement certaines catégories de personne »*⁴. Un acte ou un comportement (le refus d'ouvrir un compte ou le refus d'octroyer un crédit) est discriminatoire lorsqu'il distingue et traite moins bien un groupe ou une personne par rapport

¹ R-C. Mader, « Les modalités de l'exclusion bancaire et l'expérience française du service bancaire de base », *Revue d'économie financière*, n°58, 3-2000, « L'exclusion bancaire », p. 113.

² N. Eber, « Sélection de clientèle et exclusion bancaire », *Revue d'économie financière*, n°58, 3-2000, « L'exclusion bancaire », p.79 ; voir aussi C. Gavalda, « Les refus du banquier », *JCP, G, I*, 1727, p. 34.

³ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, 10^e éd, Janv. 2014, voir mot Discrimination.

⁴ V. D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr Soc*, n°11, nov 1987, p. 778.

aux autres. Le vocabulaire juridique n'est d'ailleurs pas exempt de toute erreur terminologique puisqu'il tend à qualifier de discrimination toute différence de traitement, toute distinction opérée entre des catégories de personnes sans nécessairement prendre en compte son caractère légitime. La distinction vise les différenciations de traitement en amont de toute appréciation sur le caractère légitime de la mesure. La discrimination ne vise en réalité que les distinctions dont l'illégitimité est établie⁵. La discrimination est donc une distinction ou une différence de traitement illégitime.

Dans une conception extensive, la discrimination désigne toute différence de traitement qui n'est pas justifiée par une différence de situation. La discrimination est alors synonyme d'atteinte non justifiée, arbitraire, donc contraire au principe d'égalité. Dans une conception plus étroite, la discrimination n'est qu'un traitement défavorable dont sont victimes des personnes particulièrement vulnérables en raison de leur appartenance à un groupe, de leur sexe, de la race ou de l'origine ethnique ou du handicap.

La discrimination peut aussi revêtir la notion plus neutre de distinction. La discrimination - terme qui provient du latin « *discriminere* » et « *discernere* » – « *caractérise dans l'analyse juridique, l'action de distinguer avec justesse et acuité, ce qui ne renvoie ni à l'arbitraire ni même à la seule subtilité juridique mais à la capacité d'établir des distinctions exactes* »⁶. Le terme discrimination vient du latin « *discriminare* » signifiant, mettre à part, diviser, séparer, distinguer⁷. D'un point de vue humain, il s'agit de l'action de distinguer une personne, une catégorie de personne ou un groupe humain en vue d'un traitement différent selon des critères variables. Sur le plan juridique, la discrimination peut s'analyser comme « *une restriction des droits d'une personne par rapport à une autre en raison de critères prohibés* »⁸. Les juristes l'analysent comme une différenciation contraire au principe de l'égalité civile, consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes physiques en raison de leur appartenance raciale ou confessionnelle, plus généralement par application de critères sur lesquels la loi interdit de fonder les distinctions juridiques arbitraires ou au détriment de certaines personnes morales en raison des mêmes critères appréciés à la tête de leur membre⁹.

La discrimination résulte souvent de façon plus diffuse de l'état des mœurs ou de faits de culture liés au fonctionnement d'un système qu'il soit institutionnel économique, financier ou bancaire. Elle résulte d'un effet de système dont personne n'endosse directement la responsabilité¹⁰. A cet

⁵ V. D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, p. 778.

⁶ G. Corunu, *Vocabulaire juridique*, *Ibid.*, Voir mot Discrimination.

⁷ Selon le petit Robert, il s'agit de l'action de discerner, de distinguer les choses, les unes des autres avec précision selon des critères définis.

⁸ E. Mutabazi, P. Pierre, « *Les discriminations* », *Economie & Société*, Coll idées reçues, 2010, p. 18.

⁹ De manière générale, la discrimination suppose d'un côté un champ de concurrence entre candidats nommé par des critères objectifs et un critère étranger ou illégitime pour différencier les candidats. Un fait étranger vient donc fausser la concurrence puisque la sélection n'est pas effectuée en fonction d'une différence reconnue et acceptée entre candidats.

¹⁰ D. Lochak, « La notion de discrimination », *Confluence Méditerranée*, n°58, Hiver 2003-2004, p. 13.

égard, la question se pose de savoir si l'on peut envisager la qualification de discrimination pour les refus de crédit opposés par les banquiers. Ceux-ci ont toujours, dans des circonstances particulières, éliminé des clients qu'ils jugeaient indésirables. Pendant longtemps, les rares contestations étaient tranchées par l'intermédiaire du principe de la liberté du commerce et par l'abus de droit. La notion de discrimination issue du droit international et du droit constitutionnel n'était pas encore pleinement intégrée à l'ordre juridique et économique. Ses contours étaient encore trop indécis. La pratique des recours juridiques contre les banquiers discriminant n'était pas encore assez développée¹¹.

La question se pose avec autant d'intensité aujourd'hui puisque les pratiques discriminatoires juridiquement condamnées sont également peu nombreuses. Le contentieux est faible et les décisions administratives et judiciaires sont encore trop peu importantes. L'activisme des pouvoirs publics et des autorités de lutte contre les discriminations est néanmoins croissant dans ce domaine comme en témoigne les efforts législatifs et les récentes décisions du Défenseur des droits pour encadrer les comportements discriminatoires dans le secteur bancaire¹². Les discriminations ont été inscrites dans la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations¹³, complétée par la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations¹⁴. Ce cadre législatif contient aussi les infractions de discrimination prévues par les articles 225-1 à 225-3 et 432-7 du Code pénal. Cet arsenal législatif a été complété dans

¹¹ Le législateur avait bien tenté dans l'article 37-1 de l'ordonnance du 30 juin 1945 de réprimer certains refus et pratiques discriminatoires fondés sur les prix offrant de ce fait aux clients évincés les moyens de faire condamner les banquiers contrevenants. V. Ch. Gavalda, « Les refus du banquier », JCP, G, I, 1727, p. 34 : le législateur avait bien tenté dans l'article 37-1 de l'ordonnance du 30 juin 1945 de réprimer les refus et les pratiques discriminatoires fondés sur les prix.

¹² Défenseur des droits, décision MLD-2005-285 du 21 décembre 2015 « *relative à l'ouverture et à la résiliation des comptes ouverts dans le cadre de la procédure du droit au compte* » ; Décision MLD-2015-302 du 21 décembre 2015 « *relative à l'ouverture de comptes bancaires* » ; Décision MLD-2015-228 du 6 octobre 2015 « *relative au cadre juridique applicable aux établissements bancaires concernant l'identification de leurs clients transgenres* » ; Décision MLD-2015-097 du 20 mai 2015 « *relative à des refus de paiement par chèques opposés par des commerçants en raison du lieu de résidence du client* » ; Décision MLD-2014-203 du 9 décembre 2014 « *relative à un refus d'ouverture d'un compte bancaire en raison du lieu de résidence du réclamant en Outre-mer* » ; Décision MLD-2014-090 du 4 septembre 2014 « *relative à un refus de carte de paiement adossée à un crédit renouvelable en considération du congé maternité de la réclamante* » ; Décision MLD-2014-101 du 2 septembre 2014 « *relative établissant un rapport spécial suite au refus d'un établissement de crédit de suivre les recommandations du Défenseur des droits énoncées dans sa décision LCD-2011-59* » ; Décision MLD-2013-85 du 29 avril 2013 « *relative à la pratique d'un établissement de crédit consistant à refuser l'accès à ses crédits aux populations d'outre-mer* » ; Décision MLD-2013-45 du 11 avril 2013 « *relative à un refus de chèque fondé sur un nom patronymique à consonance étrangère* » ; Décision MLD-2012-152 du 16 novembre 2012 « *relative au refus de prise en charge des échéances d'un prêt bancaire par un assureur pendant la durée d'un congé maternité* » ; Décision LCD-2011-59 du 31 octobre 2011 « *relative au refus d'octroyer un prêt fondé sur le lieu de résidence ultramarin* »

¹³ Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 « *relative à la lutte contre les discriminations* », JORF, n°267, 7 novembre 2001, p. 18311.

¹⁴ Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JORF, n°0123, 28 mai 2008, p. 8801.

le secteur bancaire par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires¹⁵ afin de prévenir les discriminations envers des clients en situation de fragilité financière et favoriser leur inclusion sociale¹⁶. La Direction générale de l'emploi et des affaires de la Commission européenne a aussi précisé les cas dans lesquels une discrimination est constituée dans son rapport de 2010¹⁷. Elle indique que la « *discrimination ne survient qu'en raison d'un défaut d'accès aux produits financiers (c'est-à-dire le refus de fournir le service demandé) ou en raison des conditions discriminatoires de l'accès (c'est-à-dire des coûts prohibitifs, longue période d'attente, ou limitation de l'accès à des produits de substitution)* »¹⁸.

L'efficacité du dispositif de lutte contre les discriminations est d'une importance fondamentale pour les victimes de discrimination risquant l'exclusion économique et sociale. Pour les pouvoirs publics, elle est l'instrument d'une politique publique destinée à protéger les plus défavorisés. Pour les établissements de crédit, ce dispositif est une contrainte pesant sur la validité de leurs décisions de refuser des crédits. Compte tenu de la spécificité du secteur bancaire toujours portée sur la prévention des risques de non-paiement, la sanction des infractions de discrimination, en raison de leurs difficiles détections et de leurs possibles justifications, est recherchée par les clients victimes et par les juges chargés d'appliquer la loi. Les refus bancaires, bien que discrétionnaires, doivent s'appuyer sur des critères autres que ceux qualifiés de discriminatoires. Ils ne peuvent être justifiés que par le défaut de solvabilité du client et les risques financiers qu'il est potentiellement capable de générer. Par conséquent, le banquier, soucieux de la rentabilité de ses opérations, doit apprécier ces risques financiers et même les anticiper. Il est ainsi amené à justifier les différenciations de traitement qu'ils opèrent, le cas échéant, devant les autorités administratives ou juridictionnelles. Lors de cette opération de contrôle des risques financiers, le banquier est souvent amené à dissimuler des discriminations derrière le paravent du défaut de solvabilité du client.

La question de la reconnaissance juridique des discriminations et du contrôle de la liberté du banquier se pose alors avec une forte acuité dès lors que certains refus d'accès au crédit susceptibles de constituer des discriminations ne reçoivent aucune sanction juridictionnelle et

¹⁵ Loi n°2013-672 du 26 juillet 2013 de « séparation et de régulation des activités bancaires », *JORF*, n°0173, 27 juillet 2013, p. 12530.

¹⁶ V. J. Laserre Capdeville., « Une nouvelle catégorie de clients : les personnes en situation de fragilité financière », *Banque & Droit*, n°158, Nov-Déc 2014, p. 13-17.

¹⁷ European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, « *Study on the use of age, disability, sex, religion or belief, racial or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors* », Final Report, Part III: Annexes, prepared by Civic Consulting, July 16th, 2010, p. 140-147.

¹⁸ Elle précise que la frontière entre les conditions discriminatoires de l'accès (par exemple des hausses de coûts non justifiées par des prises de risques plus élevées) et les conditions différenciées d'accès (coûts plus élevés en raison des risques plus élevés). Dès lors deux problèmes de discrimination se posent : d'une part celui qui est causée par les conditions différencielles de l'accès. ; d'autre part, celui qui est posé par un refus d'accès. V. European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, *ibid.*, p. 140-141.

trouvent de ce fait une légitimité de fait. La preuve des agissements discriminatoires du banquier est donc cruciale parce que la personne discriminée aura du mal à prouver la pratique discriminatoire de la banque qui peut opposer son refus de motiver. Pour ces raisons, le contentieux judiciaire des discriminations est limité en matière bancaire. Les sanctions pénales éventuellement prononcées par le juge répressif sont limitées voire inexistantes au titre de l'infraction de discrimination.

La question se pose donc de savoir dans quelle mesure le dispositif de lutte contre les discriminations permet-il de reconnaître les discriminations du banquier ? Quelles sont les limites de ce dispositif en matière bancaire et financière ?

Compte tenu des pouvoirs d'appréciation du banquier quant à l'octroi ou au refus de crédit et des larges marges de manœuvre dont il dispose pour apprécier les risques financiers, la mise en œuvre du dispositif de lutte contre les discriminations en matière bancaire et financière ne permet que difficilement la reconnaissance limitée des discriminations (Section 1). Au-delà des problèmes de reconnaissance juridique des discriminations, le dispositif de lutte contre les discriminations est interrogé à l'aune de son effectivité est limitée pour sanctionner et solutionner effectivement les comportements discriminatoires des banquiers (Section 2).

Section 1. La difficile reconnaissance juridique des discriminations dans le secteur bancaire et financier

Cette difficile reconnaissance tient à la large liberté conférée au banquier pour refuser et octroyer des crédits (§1), aux difficultés de repérages des discriminations qui en résultent (§2) et au contrôle limité des différences de traitement (§3).

§1. Une large liberté bancaire pour refuser l'ouverture de compte ou l'octroi de crédit

Cette large liberté autorise le banquier à opposer ses refus discrétionnaires (A) mais aussi à évaluer les risques bancaires de ses clients (B).

A. Les refus discrétionnaires du banquier

Les refus bancaires qui s'expliquent par la liberté contractuelle et l'*intuitus personae* (1) interrogent leur intangibilité et leur relativité (2).

1. La liberté contractuelle et l'*intuitus personae*

Qu'il s'agisse du droit au compte, des services bancaires de base¹⁹ que du droit au crédit, les banques sont légalement tenues de discriminer pour classer leurs clients²⁰. Le banquier est en principe libre de refuser l'ouverture d'un compte bancaire et de ne pas fournir de motivation. Comme le Défenseur des droits l'a rappelé²¹, ce refus s'appuie sur le principe de la liberté contractuelle et sur le caractère *intuitu personae* de la convention de compte. Mais, il n'existe pas de droit au crédit comme il existe un droit au compte alors même que le droit au crédit, défini comme le droit d'accéder à la liquidité bancaire, a et génère plus de valeur que le droit au compte²².

La manifestation cardinale de la liberté contractuelle du banquier réside dans son pouvoir de faire crédit sans avoir à justifier sa décision. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation l'a rappelé dans son arrêt du 9 octobre 2006, au terme duquel les établissements de crédits sont libres d'accorder ou de refuser un crédit. La Cour précise, en effet, que « *hors le cas où il est tenu par un engagement antérieur, le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle que soit sa forme, de s'abstenir ou de refuser de le faire* »²³. Cette liberté bancaire est d'ailleurs le plus souvent invoquée par les banquiers pour justifier leur obligation de ne pas contracter²⁴ et leur refus de crédits²⁵. En vertu de cette jurisprudence, le banquier n'a pas à justifier sa décision compte tenu du fait que la relation de crédit comporte un fort caractère *intuitu personae*. L'identité du client est considérée comme un élément fondamental de la relation de confiance nouée avec le banquier créancier²⁶. Le caractère *intuitu personae* des opérations bancaires confère alors aux banquiers le droit de discriminer et de choisir leurs clientèles. Certaines clientèles sont exclues par les banquiers soit en raison d'antécédents bancaires trop importants, soit à cause de leur

¹⁹ R-C. Mader, « Les modalités de l'exclusion bancaire et l'expérience française du service bancaire de base », *Revue d'économie financière*, n°58, 3-2000, « L'exclusion bancaire », pp. 113-117.

²⁰ L'article L. 314-4-1 du règlement général de l'AMF énonce en effet que « *le prestataire de service d'investissement établit et met en œuvre des politiques et des procédures appropriées et écrites permettant de classer ses clients dans les catégories de clients non professionnels, client professionnel ou contrepartie éligible* ». Au sens du Code pénal, il y aurait là une discrimination pour refus de fourniture d'un bien ou d'un service, soit pour entrave à l'exercice normal d'une activité économique.

²¹ Le Défenseur des droits, Rapport sur « *Les droits fondamentaux des étrangers en France* », République Française, Mai 2016, p. 250.

²² M. Dietsch, « Peut-il exister un droit au crédit », *Revue d'économie financière*, 3-2000, n°58, « L'exclusion bancaire », p. 135.

²³ Cass. Ass Pl., 9 oct 2006, n°06 11 056, *Bull Ass Plen*, n°11, *RTD com*, 2007, p. 207, obs, D. Legeais ; *JCP E*, 2006, II 10175, note Th. Bonneau.

²⁴ R. Vabres, « Le devoir de ne pas contracter dans le secteur bancaire et financier », *JCP G*, 2012, I, 1052, p.1782

²⁵ La directive MIF avait en matière de prestations de service d'investissement de véritables obligations de ne pas contracter à la charge du prestataire. Cette abstention déduite de la lecture combinée des articles L.533-13 du Code monétaire et financier et des articles 314-44 et suivants du règlement général de l'Autorité des marchés financiers résulte des tests d'adaptation des prestations prévue par la loi. Cette obligation d'abstention s'applique aux services d'investissement des banquiers mais également aux sûretés supplémentaires exigées des clients

²⁶ Ch. Gavalda, « Les refus du banquier », *JCP, G*, I, 1727, p. 34 ; J. Hamel, « Le droit du banquier de refuser l'ouverture d'un compte », *Banque*, janvier 1959, n°151, p.6 ; J-F. Renucci, « L'identité du cocontractant », *RTD com*, 1993, p. 441.

insolvabilité évidente²⁷.

Cette liberté n'est écartée que si la banque a pris l'engagement de consentir un prêt et si les conditions de solvabilité pour nouer ce prêt sont remplies²⁸. Cette liberté est donc aussi encadrée. Si le banquier peut refuser des prêts à ses clients²⁹, son refus non motivé vis à vis du client doit être fondé sur des critères autres que ceux qualifiés de discriminatoires aux termes de la loi. Souvent, le banquier se réfugie ainsi derrière sa liberté bancaire dont le périmètre est mal défini pour trouver des justifications à ses refus. La question se pose alors de savoir si la liberté de discriminer du banquier est intangible ou relative.

2. Intangibilité ou relativité de la liberté de discriminer du banquier ?

Qu'il s'agisse de l'ouverture d'un compte ou de l'accès au prêt bancaire, la liberté de contracter du banquier ne s'exerce que dans le strict respect des dispositions d'ordre public du Code pénal. Les établissements de crédit doivent en effet se conformer aux articles 225-1 et 225-2 du Code pénal qui interdisent de refuser ou de subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service ou d'entraver l'exercice normal d'une activité économique en considération de l'appartenance à une nation, de l'âge, du sexe, de la religion³⁰ etc.

La doctrine s'est interrogée sur la question de savoir si le droit de refuser l'ouverture d'un compte était absolu compte tenu de la relation de confiance que le compte peut créer entre l'établissement de crédit et le client³¹. Ce droit n'est pas absolu même l'article L.312.1 du Code monétaire et financier prévoit le droit pour un établissement de crédit de refuser l'ouverture d'un compte bancaire. Sur le fondement de la théorie de l'abus de droit, un refus abusif peut être sanctionné par exemple s'il est fondé sur des raisons politiques³². Un tel abus de droit³³ du banquier consisterait à exercer son droit de refus, non pas pour satisfaire ses propres intérêts mais pour nuire à son client, sur la base de certains critères et en méconnaissance même de sa fonction sociale. Encore faut-il que le caractère discriminatoire soit étayé et reconnu

²⁷ Ch. Gavalda, « Les refus du banquier », JCP, G, I, 1727 ; pp. 34-40 ; Voir aussi Ch. Hugon, « Le droit au compte », In *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 487.

²⁸ V. Cass. Com., 31 mars 1992, n°90-14.867, Bull civ, IV, n°145.

²⁹ En principe, la liberté de refuser une relation de crédit ne s'exerce que selon des critères d'appréciation objectifs et universels: Le défaut de solvabilité les justifications douteuses de ressources l'inscription sur une liste terroriste etc.

³⁰ Aux Etats-Unis, depuis 1974, l'*Equal Credit Opportunity Act* interdit aux créanciers de procéder à des discriminations selon la race, la couleur, la religion, les origines nationales, le sexe, le statut marital, ou l'âge du demandeur.

³¹ J. Vezian, « La responsabilité du banquier en droit privé français », Litec 1983, 3éd, n°33 et s p. 29 ; F. Grua, « La responsabilité civile du banquier en matière de compte », *Juriscl Banque et Crédit*, Fasc 150, 1989, n°7

³² V. J. Vezian, « La responsabilité du banquier en droit privé français », *Ibid.*, p. 29 ; F. Grua, « La responsabilité civile du banquier en matière de compte », *Ibid.*, n°7

³³ En droit civil, « l'abus de droit est une faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux » ; Association H. Capitant, « *Vocabulaire juridique* », Quadrige/Puf, (Sous la dir de G. Cornu), 10^e éd, Janv 2014, Voir le mot Abus de droit

juridiquement par le juge après avoir analysé les évaluations bancaires des risques de crédit du client.

B. L'évaluation des risques de crédit du client

L'évaluation des risques de crédit s'appuie sur l'obligation de vérification et de contrôle du banquier (1) mais aussi sur les « *scoring* » de crédit nécessaires pour l'appréciation des capacités de remboursement du client (2).

1. L'obligation de vérification et de contrôle du banquier

Avant d'ouvrir un compte, les établissements de crédit sont tenus de vérifier l'identité et la domiciliation du demandeur. Ils disposent d'une obligation de contrôle et de vérification qui leur permet de justifier le cas échéant leur refus de contracter³⁴. Ce contrôle du banquier porte sur l'identité financière de la personne demandant l'ouverture d'un compte ou l'accès au crédit afin d'éviter toute erreur sur la solvabilité de la personne³⁵ ou d'éventuels actes délictueux³⁶.

La question se pose de savoir si cette obligation de contrôle et de vérification peut justifier des discriminations ? Le Défenseur des droits reconnaît lui-même que : « *le contrôle des éléments d'identification est parfois à l'origine de refus infondés* »³⁷ sur le plan du droit. Or il est très difficile de prouver la prise en compte par le banquier de caractéristiques individuelles subjectives lorsqu'il se dissimule derrière l'identité financière de l'individu ou derrière l'*intuitu personae*. Pour cette raison, l'étendue de l'obligation de vérification et de contrôle bancaire est minutieusement examinée par le Défenseur des droits et les magistrats afin de débusquer les éventuelles discriminations.

Le Défenseur des droits, saisi de réclamations relatives à des clôtures de comptes bancaires décidées par un établissement de crédit en raison de la double nationalité franco-américaine des réclamants, a ainsi précisé que la pratique qui consiste à subordonner l'ouverture d'un compte bancaire à une condition fondée sur la nationalité est constitutive d'une discrimination au sens

³⁴ Cette obligation de contrôle s'ajoute à l'obligation de conseil due aux clientèles bancaires ; V. D. Legeais, « L'obligation du conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution », In J-P. Mattout et H. de Vauplane (dir.), *Mélanges AEDBF-France II : Droit bancaire et financier*, Banque éditeur, 1999, pp. 257-270.

³⁵ J-F. Renucci, « L'identité du cocontractant », *RTD com*, 1993, n°9 p. 441

³⁶ La non-présentation des documents exigés à l'article R.312-2 du Code monétaire et financier expose l'intéressé au refus de la banque d'ouvrir un compte à son profit. De même dans le cas particulier de la lutte contre le blanchiment de capitaux, l'article L.561-5 du Code monétaire et financier impose aux établissements de crédit de s'assurer, avant toute relation contractuelle, de l'identité de leur client et de vérifier les éléments d'identification « *sur présentation de tout document écrit probant* ».

³⁷ Le Défenseur des droits, Rapport sur « Les droits fondamentaux des étrangers en France », République Française, Mai 2016, p. 251.

des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal³⁸. Le tribunal administratif de Paris avait déjà estimé aussi que « *la Banque de France ne pouvait opposer un refus d'accès au service bancaire de base à une personne étrangère, en situation irrégulière, au motif que l'article L.312-1 du Comofi n'impose que deux conditions pour l'ouverture d'un tel compte : justifier d'un domicile et d'une identité* »³⁹. La Cour de cassation a, dans le même sens, admis que la Banque Postale ne pouvait refuser la délivrance d'un relevé d'identité bancaire au motif que le récépissé constatant le dépôt d'une demande de réfugié était périmé « *dès lors que le tenant pour une pièce officielle d'identité, elle n'avait exigé lors de l'ouverture du compte aucun autre document justificatif et qu'il n'existait aucun doute sur l'identité de la personne, ce dont il résultait que ce refus constituait un trouble manifestement illicite qu'il convenait de faire cesser* »⁴⁰. Ce refus opposé à un ressortissant brésilien aurait pu être condamné sur le plan civil pour ajout d'une condition non prévue par les textes réglementant l'ouverture des comptes bancaires et donc pour refus d'application des textes.

Malgré cette jurisprudence favorable au contrôle des refus bancaires, les discriminations bancaires sont majoritairement justifiées par les risques financiers que les banques sont susceptibles de supporter. Le banquier accède, dans le cadre de son obligation de contrôle, aux données relatives au demandeur comme le révèle la pratique du *scoring*.

2. Le recours au *scoring* et le contrôle des capacités de remboursement du client

Le *scoring* est une méthode destinée à « *mesurer le risque de défaillance d'un emprunteur reposant sur l'analyse d'indicateurs intégrant plusieurs ratios* »⁴¹. Les caractéristiques objectives fréquemment incluses dans le modèle de *credit scoring* sont le revenu, les actifs, l'âge, la situation professionnelle ou le lieu de résidence⁴². Or parmi les paramètres pris en

³⁸ Décision du Défenseur des droits, MLD-2016-007, 12 février 2016 ; la HALDE avait déjà considéré dans sa délibération n°2010-296 du 13 décembre 2000 qu'une discrimination en raison de l'origine était commise lorsqu'une banque refuse un prêt à un étudiant en raison de la domiciliation de sa caution en Guadeloupe. La CEDH avait été saisie d'une affaire dans laquelle des clients non slovènes s'étaient vus refuser, conformément aux dispositions législatives en vigueur, le retrait de fonds alors que des titulaires de compte de nationalité slovène avaient pu opérer de tels retraits. La CEDH n'avait pas tranché le litige puisqu'entre-temps était intervenu le remboursement intégral de leurs dépôts en devises. La violation de l'article 14 de la Convention aurait pu être retenue. Cour EDH, 3 octobre 2008, « *Kovacic et a. c/Slovénie* », Req. n°44574/98, 45133/98 et 48316/99

³⁹ TA de Paris, 16 mars 2005, Req. n°050280519, *Mme X. c/Banque de France* cité par E. Jouffrin, « Le droit dévertébré de la lutte contre les discriminations », *Banque & Droit*, n°133, Sept-Oct 2010, p. 7, note 28

⁴⁰ Cass.Com., 18 déc. 2007, n°07-12382, *Banque & Droit*, mars-avril, 2008, 13, obs. Th. Bonneau

⁴¹ B. Sousi-Roubi, S.Dussart, F. Marmoz, « *Lexique de la banque et des marchés financiers* », Dunod, 6^e édition, Voir « Méthode des scores ».

⁴² Les économistes analysent le *credit scoring* comme une technique améliorant l'objectivité et l'efficacité de la procédure de sélection des clients. Tous les clients se voient en théorie appliqués les mêmes critères indépendamment de la race, du sexe, et d'autres facteurs n'entrant pas en ligne dans la décision de crédit ; N. Eber, « Sélection de clientèle et exclusion bancaire », *Revue d'économie financière*, n°58, 3-2000, « L'exclusion bancaire », p.88 ; N. Sireyjol, « Les apports du crédit-scoring », *Banque*, n°475, septembre 1987, pp.788-794

compte par *le scoring* figurent des critères de discrimination (au sens du Code pénal) tels que la résidence, la nationalité et l'emploi.

Mis en œuvre par les établissements de crédit, « *ces scores permettent l'évaluation du risque lié à chaque demande de crédit ainsi que la sélection des demandes en fonction des statistiques de défaillance propres à chaque demandeur* »⁴³. Les banques peuvent ainsi évaluer statistiquement les probabilités de remboursement du client⁴⁴. Des points sont attribués à partir de calculs statistiques et de probabilités sur la capacité de remboursement du candidat au crédit. Ils prennent en considération tant sa situation familiale que professionnelle et bancaire⁴⁵. Or le recours à cette technique bancaire, dont la licéité n'est pas à discuter⁴⁶, est susceptible d'exclure même temporairement une personne de l'accès au crédit en dehors de tout cadre législatif et réglementaire⁴⁷. En effet, le banquier peut aisément se retrancher derrière la technicité du calcul des risques pour justifier des discriminations. Un mauvais score pourrait entraîner un refus de crédit par exemple parce que le client est de nationalité étrangère⁴⁸. Cette question a été posée au Conseil d'Etat qui devait déterminer si ce critère pris comme mode de sélection des demandeurs de crédit pouvait être considéré comme discriminatoire. Annulant la délibération de la CNIL du 22 décembre 1998 (n°98-101) qui énonçait à propos de l'appréciation des *scoring* que la nationalité du demandeur « *ne peut constituer une variable entrant en ligne de compte* » dans le calcul automatisé de l'appréciation des risques⁴⁹, le Conseil d'Etat considéra dans son arrêt du 30 octobre 2001 « *que la référence à la nationalité comme l'un des éléments de pur fait d'un calcul automatisé du risque, dont la mise en œuvre n'entraîne pas le rejet d'une demande sans l'examen individuel de celle-ci, ne constitue pas une discrimination et quelle ne saurait davantage, en l'absence d'éléments intentionnels, être regardée comme tombant sous le coup des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal* »⁵⁰. Selon le Conseil d'Etat, il existe bien un

⁴³ C. Torrès, « Le crédit scoring : une pratique très encadrée par la CNIL », *Gaz du Pal*, Etude 12391, vendredi 23, samedi 24 juillet 2010, p. 2030 ; H. de Vauplane, « La banque et la discrimination », *RDBF*, Janv-Fév 2013, p.108, §56 ; N. Eber, « Sélection de clientèle et exclusion bancaire », *Revue d'économie financière*, n°58, 3-2000, « L'exclusion bancaire », p.89

⁴⁴ Le banquier semble alors disposer d'une plus grande latitude pour justifier des refus de crédit et procéder à des ruptures unilatérales de crédit. La question se pose alors de la compatibilité avec l'article 1134 du Code civil : « *les conventions tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites* » qui doit aussi encadrer la liberté du banquier. La responsabilité du banquier est alors susceptible d'être engagée sur ce fondement

⁴⁵ Le banquier dispose de la liberté de fixer dans ses scores et le niveau de risque qu'il est prêt à accepter. C'est ainsi que le banquier peu refuser un prêt en fonction d'un scoring qu'il a lui-même préétabli.

⁴⁶ J. Lasserre Capdeville, L. Mourey, « Le banquier dispensateur de crédit face au risque de discrimination », In J. Lasserre Capdeville et M. Storck (Dir.), *Le crédit : aspects juridiques et économiques*, Dalloz, Coll Thèmes & commentaires, 2012, p. 60

⁴⁷ Le scoring relève du régime d'autorisation. Il peut donc porter atteinte aux droits et libertés individuelles des demandeurs de crédit V. C. Torrès, « Le crédit scoring : une pratique très encadrée par la CNIL », *op. cit.* p.2032

⁴⁸ M. Audit, « La nationalité et le principe de non-discrimination », *D*, 2002, n°23, p. 1870

⁴⁹ Cette délibération précisait aussi que « *seule la prise en compte de la stabilité de la résidence du demandeur constitue une information pertinente* ».

⁵⁰ CE, 30 oct 2001, *D*, n°23, 2002, pp. 1869-1872, note M. Audit ; *JCP, G*, II 10140, n°38, 18 sept 2002, pp.1628-1633, note D.Sombetzki-Lengagne.

lien entre la nationalité étrangère du débiteur et une plus grande difficulté de recouvrement des impayés. La nationalité peut donc être prise en compte par le banquier sur le terrain du risque sans que cette prise en compte ne soit considérée comme discriminatoire⁵¹. La CNIL est intervenue plus récemment pour préciser les seules données susceptibles d'être prises en compte pour l'établissement des *scores*. Dans sa délibération du 9 juillet 2008, elle refuse la prise en compte du sexe du demandeur par les experts du crédit. Elle reste en revanche plus ouverte aux autres critères tels que l'âge, la capacité juridique, la situation matrimoniale et ne conteste pas la jurisprudence précitée du Conseil d'Etat relative à la nationalité. Si la prise en compte de la nationalité n'est pas particulièrement discriminante, elle devrait, selon les exigences de la CNIL, contenir au moins en théorie, les risques de discriminations⁵².

Or ces scores ne sont pas à la disposition des clients et les établissements de crédit refusent la divulgation de leurs motifs de refus. Comme ce processus n'est pas transparent et que de ce fait la perception de la discrimination est ressentie par le consommateur, les plaintes se multiplient même si elles n'aboutissent pas nécessairement à des condamnations⁵³.

§2. Les difficultés de repérage des discriminations

Il conviendra d'analyser les difficultés de repérage d'une information bancaire trop asymétrique (A) ainsi que les différentes formes de discriminations possibles dans le secteur bancaire (B).

A. Une information bancaire trop asymétrique

Quelle que soit la situation du demandeur, la décision d'octroyer ou de refuser un crédit, passe par la résolution de problèmes complexes d'information. Ces problèmes d'information, en raison de leurs ambiguïtés et de leur interprétation bancaire s'accroissent davantage pour les clients exclus du circuit bancaire. Les informations disponibles sur ces demandeurs de crédit risquent le plus souvent d'être utilisées par les banquiers comme des instruments de sélection ou de discrimination⁵⁴.

⁵¹ R. Routier, « *Obligations et responsabilités du banquier* », Dalloz, 3^e édition, Dalloz Action, juin 2011, p1050, n°754.52.

⁵² J. Lasserre Capdeville, L. Mourey, « Le banquier dispensateur de crédit face au risque de discrimination », *op. cit.*, p. 62

⁵³ Ainsi une banque belge avait pu faire l'objet de plaintes en raison d'un refus de prêt dont il était allégué qu'il avait été décidé sur la base de l'origine raciale ou ethnique des plaignants. La banque soutenait que son refus était lié à un endettement privé élevé par rapport aux revenus et à la solvabilité présentée ; V. European Commission DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, « *Study on the use of age, disability, sex, religion or belief, racial or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors* », Final Report, Part I: Main Report prepared by Civic Consulting, July 16th, 2010., p.114

⁵⁴ M. Dietsch, « Peut-il exister un droit au crédit », *Revue d'économie financière*, 3-2000, n°58, « L'exclusion bancaire », p. 137

En pratique les banquiers rencontrent des difficultés liées à l'imperfection de l'information relatives aux risques des clients. Cette information imparfaite rend difficile le travail d'évaluation bancaire des risques de crédit des clients et complexifie la procédure de sélection des clients acceptables. Une asymétrie de l'information se manifeste alors par le fait que les clients connaissent mieux leurs propres risques que les banques elles-mêmes. Or cette asymétrie de l'information sur les risques des emprunteurs mène aux problèmes de l'anti-sélection. Celle-ci apparaît lorsque le prêteur en raison de l'asymétrie de l'information, ne peut identifier parfaitement les risques de l'emprunteur. A défaut de fixer les taux d'intérêts aux niveaux correspondants aux risques effectifs, le banquier pénalise les bons clients en leur faisant payer des primes de risque trop fortes. Ils encouragent en revanche les mauvais risques qui s'acquittent de faibles primes. L'éviction des bons risques du marché est alors inéluctable. Il en résulte comme le montre les économistes⁵⁵ un rationnement du crédit exacerbant encore davantage les discriminations bancaires. Certaines clientèles obtiennent des fonds désirés alors que d'autres clients présentant la même surface de risque sont déboutés de leurs demandes. Les critères de discriminations sont alors surpassés et le repérage de l'infraction difficilement réalisable.

La précision de l'information est donc essentielle pour repérer les différenciations opérées par les banquiers. Après avoir analysée ces informations, il procède à l'exclusion de certaines clientèles. La différenciation de traitement ne trouve de fondement que dans l'information privée recueillie par les banques⁵⁶. La banque tient compte de deux facteurs cumulatifs pour opérer des différences de traitement. D'une part, la banque tient compte des facteurs spécifiques à l'emprunteur : réputation, niveau d'endettement, les garanties financières ou immobilières. D'autres part, les banques appuient leurs évaluations sur les facteurs spécifiques au marché c'est-à-dire sur la conjoncture et le niveau des taux d'intérêt qui ont un impact direct sur la situation financière des emprunteurs au moment de la décision de crédit⁵⁷.

Sur la base de ces informations, les refus discriminatoires du banquier dans le secteur bancaire peuvent prendre plusieurs formes différentes.

B. Les différentes formes de discriminations dans le secteur bancaire

Le marché du crédit n'échappe pas aux risques de discrimination qui peuvent exister dès lors

⁵⁵ J. Stiglitz et A. Weiss, « Credit rationing in Markets with Imperfect Information », *American Economic Review*, n°71 1981, pp. 393-410

⁵⁶ N. Eber, « Sélection de clientèle et exclusion bancaire », *Revue d'économie financière*, n°58, 3-2000, « L'exclusion bancaire », p. 87.

⁵⁷ N. Eber, « Sélection de clientèle et exclusion bancaire », *Ibid.*, p. 87 : qui précise les 5 critères les économistes préconisent pour l'évaluation des risques de crédit : La volonté de rembourser de l'emprunteur, sa capacité (*cash flows*), son capital, son collatéral et sa condition économique et financière d'ensemble. V. J-F. Sinkey, « *Commercial Bank Financial Management in the Financial Services Industry* », Mac Millan, New York, 4^e éd, 1992.

que de fortes différences de traitement sont opérées par le banquier dans l'accès au crédit ou même dans les tarifications bancaires pratiquées. Les économistes distinguent traditionnellement entre les discriminations statistiques⁵⁸ et les discriminations préjudiciables⁵⁹. La discrimination préjudiciable n'a pas de fondement économique. Elles résultent des choix du prêteur. Celui-ci peut alors réclamer une prime de risque ou des garanties supplémentaires pour avoir pris la décision d'accorder un prêt à un client potentiellement défaillant. Comme les accords de prêts ont un cout financier qui peut être préjudiciable à la trésorerie de la banque, le banquier se réserve le droit d'opposer son refus notamment si le taux d'intérêt ne couvre pas le désagrément occasionné par l'octroi de ce crédit. Cette élévation du taux d'intérêt décourage les demandes de crédit des emprunteurs susceptible de faire l'objet de discrimination. Si cette augmentation du taux d'intérêt est susceptible de créer une différenciation de traitement discriminatoire, celle-ci ne provient concrètement que par des exigences plus fortes que le banquier va imposer au client emprunteur, (garanties, caution et constitution de nouvelles de sureté). Inversement, les discriminations statistiques apparaissent lorsque les fournisseurs de crédit utilisent les attributs démographiques de l'emprunteur (sexe, race, religion, origines, âge etc.) pour suppléer une information manquante sur les possibles risques de non-paiement de ce client. Ils fondent alors leurs décisions de crédit sur ces substituts d'information⁶⁰. La question de la validité des mesures de différenciation opérées sur cette base se pose alors. Si juridiquement, ces différenciations peuvent matérialiser une infraction de discrimination, elles disposent économiquement et financièrement d'une assise suffisamment solide pour pouvoir être justifiées et échapper aux possibles sanctions pénales. La reconnaissance juridique des discriminations est alors empêchée et le banquier prêteur trouve là une justification intéressante lui permettant d'améliorer sa rentabilité financière⁶¹.

La discrimination statistique peut aussi résulter de l'utilisation excessive des données relatives aux incidents de paiement passés. L'emprunteur ayant subi des incidents de paiement antérieurs risque d'être pénalisé systématiquement par le banquier si ces antécédents sont réutilisés de manière récurrente et finissent par prévaloir sur la solvabilité même du client. La réutilisation non contrôlée de ces informations dans les systèmes de *scoring* ou dans le fichier interbancaire de centralisation des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FCIP) démultiplie les risques de discrimination dès lors qu'une multitude de prêteurs potentiels partagent ces

⁵⁸ E. Phelps, « The statistical Theory of Racism and Sexism », *American Economic Review*, September 1972, pp. 659-661.

⁵⁹ V. G. Becker, « *The Economics of Discrimination* », Chicago, University of Chicago Press, 2^e éd, 1971, 158 p.

⁶⁰ Ces informations de substitution peuvent même alimenter les systèmes de *scoring*.

⁶¹ M. Dietsch, « Peut-il exister un droit au crédit », *Revue d'économie financière*, 3-2000, n°58, « L'exclusion bancaire », p. 140

informations centralisées⁶².

Mais la détection de ces discriminations s'avère très difficile par les moyens juridiques habituels. Le recours à des substituts d'information dissimule la volonté du banquier de discriminer pour une raison autre que financière. La discrimination est plus insidieuse, fuyante et quasiment impossible à détecter sur la base de ces informations éparses. Pourtant, la discrimination statistique se banalise ainsi au gré de la sophistication poussée des techniques de gestion des risques de crédit⁶³. L'analyse statistique permet simplement de supposer ou de présumer une discrimination en matière bancaire. Elle ne permet de déceler que les effets et non les causes des discriminations. Par conséquent, l'intention de l'auteur ne peut être révélée juridiquement. Le résultat observé permet simplement de constater l'existence des discriminations.

La détection de ces discriminations indirectes relève malgré tout de l'analyse juridique des différenciations de traitement. Encore faut-il que ces différenciations de traitement soient justifiées par le principe d'égalité ce qui n'est pas le cas en matière d'évaluation des risques de crédit. Or comme le relève Danièle Lochak, «*dès lors que l'on s'écarte de l'égalité juridique symbolisée par la généralité de la règle*», pour lui substituer une égalité par la différenciation, «*la discrimination devient infiniment plus difficile à repérer*»⁶⁴. Il apparaît clairement que le principe d'égalité fléchit et s'efface devant le principe de la liberté bancaire⁶⁵. Ce qui limite considérablement le contrôle des différences de traitement.

§3. Un contrôle limité des différences de traitement bancaire

Ce contrôle limité provient du traitement purement financier des mesures de différenciation (A), de la proportionnalité des mesures restrictives de crédit (B) et de la justification des refus par les buts légitimes (C).

A. Un traitement purement financier

Un refus objectif de crédit ne peut s'appuyer que sur une évaluation objective des risques encourus. Une telle évaluation n'interdit pas au banquier de traiter de manière égale des

⁶² Le nouveau fichier national des crédits ne devrait pas justifier des refus de crédit systématique. Ce fichier n'est qu'un indice et non un critère légitimant les refus de crédit ; H. Barbier, « Du devoir de ne pas contracter au devoir de contracter du banquier », *RDBF*, Sept-oct 2013, p. 99

⁶³ En effet, les banques utilisent les systèmes de *scoring* pour substituer une technologie peu coûteuse financièrement aux expertises de crédit des techniciens bancaires.

⁶⁴ V. D. Lochak, « Réflexion sur la notion de discrimination », *op. cit.*, p. 779.

⁶⁵ V. D. Lochak, « Réflexion sur la notion de discrimination », *Dr Soc*, 1987, p.778 et s ; D. Fenouillet, « Egalité et Discriminations, état civil : dynamique et incertitudes », Journée René Savatier, « *Communauté, discriminations et identité* », LGDJ, 2009, pp. 89 et s.

personnes se situant dans des situations identiques. Elle ne lui interdit pas non plus de traiter différemment des personnes vivant ou subissant des situations différentes. Cette méthode de comparabilité des situations est essentielle pour opérer des distinctions adéquates et appropriées. Comme le relève à juste titre la Commission européenne, les différentes expositions aux risques révèlent des situations différentes⁶⁶. Sur cette base, la différenciation en fonction des risques n'est pas constitutive d'une discrimination. Un éventuel refus de prêt du banquier est le résultat de l'évaluation des risques et non la manifestation d'une discrimination. A cet égard, les justifications apportées par le banquier pour justifier leur refus peuvent être eux-mêmes des moyens discriminatoires. Par conséquent, le traitement des mesures de différenciation est purement financier. Ces mesures doivent aussi être proportionnées pour être acceptées et échapper à la qualification de discrimination.

B. La proportionnalité des mesures restrictives de crédit

La question se pose de savoir si une décision de refus basé sur le sexe, l'âge ou le handicap peut être proportionnée ? L'utilisation des critères du sexe, de l'âge et du handicap dans la fourniture de crédit est considérée comme discriminatoire si les différences de traitement ne sont pas fondées ou si ces différences ne sont pas proportionnées. Elles doivent être étayées par des preuves pertinentes (telles que les données actuarielles et statistiques)⁶⁷. Un refus de crédit exclusivement fondé sur le sexe, l'âge, le handicap serait considéré comme non proportionnel. Les différences de traitement doivent toujours se fonder sur des données probantes c'est-à-dire des éléments de preuve susceptibles de révéler la discrimination. Ce principe de proportionnalité implique de vérifier qu'il n'existe pas de mesures moins incriminantes applicables au demandeur afin de préserver ses droits et sa situation financière. C'est seulement

⁶⁶ European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, « *Study on the use of age, disability, sex, religion or belief, racial or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors* », Final Report, Part III: Annexes, prepared by Civic Consulting, July 16th, 2010, p. 145

⁶⁷ Les différences de traitement doivent toujours se fonder sur des données probantes c'est-à-dire des éléments de preuve susceptibles de révéler la discrimination. Ainsi par exemple les différences de traitement liées à la hausse du coût du crédit ne sont que difficilement justifiées par des preuves pertinentes et exactes. La fourniture de telles preuves devraient avoir pour objet d'expliquer le choix du banquier qu'il considère comme non discriminatoire. Ces preuves de nature scientifique doivent concourir à la vérité juridique. Celle qui est constituée par l'intention exacte du banquier lors de l'octroi de crédit (O. Leclerc, « *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science* », LGDJ, Coll bibliothèque de droit privé, Tome 443, 2005, n°144) Souvent, comme le note à juste titre la Commission européenne, les preuves fournies par le banquier ne constitue pas une réponse proportionnée puisque les discriminations procèdent des aléas des marchés bancaires et financiers. Le banquier ne dispose pas de preuves suffisantes pour justifier l'absence de discrimination. Ou les preuves fournies ne sont pas suffisamment fiables pour emporter la conviction du juge. La question du caractère probant des preuves statistiques présentées par le banquier se pose. *A priori*, rien ne s'oppose à ce que le Défenseur des droits ou éventuellement le juge conteste les éléments de preuve fournis par le banquier et qu'il commande dans cette perspective une contre-expertise (O. Leclerc, « *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science* », *op.cit.* n°381) conjuguée ou à des mesures d'instruction sur les risques de crédit réels du client. Il pourrait sur cette base remettre en cause les évaluations financières de la banque et l'approche des risques retenues par le banquier dispensateur de crédit.

lorsqu'aucune alternative n'existe que le refus de crédit doit être opposé⁶⁸. La notion de proportionnalité est elle-même relative. Le juge détermine au cas par cas si une mesure est ou non proportionnée. Il recherche l'équilibre possible entre les intérêts lésés du client et les buts poursuivis par la mesure.

Pour ces raisons, la notion de discrimination est minimisée en matière bancaire et financière. Elle s'appuie principalement sur les bases de données (*scoring* et autres éléments d'information et de contrôle exigés par le banquier) constituées pour évaluer les risques de crédit du client. Le principe d'égalité serait ainsi préservé en traitant également des profils de risque égaux. Dans ces conditions, la discrimination n'affecte pas le principe d'égalité. Comme la proportionnalité retenue est strictement financière, aucun critère discriminatoire ne peut remettre en cause la légitimité d'un refus crédit⁶⁹.

Le contrôle de proportionnalité des différences de traitement se mue en contrôle de la pertinence desdites mesures. Le juge tente de répondre à la question de savoir si la distinction opérée est pertinente par rapport au but légitime recherché. L'inégal traitement doit être un moyen efficace pour atteindre ce but légitime⁷⁰. Ce contrôle de la pertinence qui s'appuie sur le contrôle de proportionnalité est plus restreint et cantonné à l'adéquation avec les buts légitimes poursuivis par le banquier. Ce contrôle de proportionnalité des mesures discriminatoire a néanmoins abouti dans des cas précis à une reconnaissance des discriminations.

Dans certaines plaintes déposées par des résidents étrangers en raison de discriminations fondées sur la nationalité, les banquiers fournisseurs de prêt ont vu leur responsabilité engagée. C'est le cas d'un résident allemand qui vivait en Autriche qui avait contracté un prêt pour l'achat d'un véhicule. La banque exigeait la présentation un garant autrichien ou des collatéraux supplémentaires malgré son haut niveau de solvabilité. La banque a été condamnée à verser une indemnité à la requérante et a ensuite reconnu l'existence « d'un malentendu » après l'intervention du médiateur autrichien pour l'égalité de traitement⁷². Il est de même pour un plaignant devenu citoyen danois. Lors de sa demande de prêt pour l'achat d'un véhicule, son permis de conduire et sa carte d'identité n'ont pas été jugé comme des éléments suffisants par le banquier. Pour justifier de son identité, il lui a été demandé de fournir une copie supplémentaire du passeport danois ou un permis de séjour permanent. Le Conseil à l'égalité de traitement du Danemark a considéré que cette exigence n'était pas proportionnée. Si l'exigence de remboursement du prêt est un objectif légitime du banquier, les moyens

⁶⁸ European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, « *Study on the use of age, disability, sex, religion or belief, racial or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors* », Final Report, Part III: Annexes, prepared by Civic Consulting, *op. cit.*, p. 145

⁶⁹ European Commission., DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities., *Ibid.*, p. 145

⁷⁰ European Commission DG Employment., Social Affairs and Equal Opportunities., « *Study on the use of age, disability, sex, religion or belief, racial or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors* », Final Report, Part I: Main Report, July 16th, 2010, p. 122

⁷² Austrian Ombudsman for Equal Treatment, complaint AT-2 (see Part III, Annex 3).

d'atteindre cet objectif ont été considérés non appropriés et non nécessaires. L'emprunteur avait déjà fourni la preuve de son séjour légal au Danemark⁷³. En revanche, une banque irlandaise avait pu exiger d'un client de nationalité nigériane des documents supplémentaires pour l'ouverture d'un nouveau compte, en raison d'un très haut risque d'activité frauduleuse. Le Tribunal de l'égalité en avait conclu que la banque n'avait pas commis *prima facie* de discrimination fondée sur le critère de la race⁷⁴.

L'analyse des plaintes déposées devant les autorités nationales de lutte contre les discriminations dessine une compréhension commune de la notion de proportionnalité. Celle-ci s'enracine dans le contrôle de la justification qu'opère le juge pour tenter de reconnaître le caractère discriminatoire des mesures de traitement inégal.

C. La justification des refus bancaires par les buts légitimes

La Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), comme les juridictions constitutionnelles nationales, ont développés plusieurs critères de contrôle des justifications cumulativement applicables pour évaluer et éventuellement remettre en cause le caractère discriminatoire présumé des inégalités de traitement⁷⁵. Le juge procède dans un premier à un contrôle de la légitimité de la mesure pour savoir si la distinction, la classification ou la différenciation a été réalisée dans un but légitime. Le juge apprécie ensuite l'objectivité de la mesure. Dans la continuité de ces tests, il procède à un test de la pertinence qui lui permet de déceler les éventuels écarts entre les distinctions opérées et le but légitime recherché par le banquier. Le test alternatif est moins restrictif que le contrôle de pertinence. Il permet de savoir si la distinction opérée est un moyen nécessaire et efficace pour atteindre l'objectif poursuivi. Il implique pour cela des investigations sur la disponibilité de mesures alternatives moins onéreuses et moins conséquentes pour les victimes de discrimination. Enfin, de manière beaucoup plus classique, le juge exerce un contrôle de proportionnalité sur la distinction opérée. Il vérifie notamment si le défendeur a raisonnablement équilibré ses intérêts financiers sous-jacents et les intérêts violés de la victime par cette même mesure. Cet équilibre ne doit pas être arbitraire.

Classiquement, la CEDH admet que seules sont discriminatoires, les différences de traitement

⁷³ Board of Equal Treatment, complaint DK-1 (see Part III, Annex 3).

⁷⁴ Equality Tribunal, complaint IE-6 (see Part III, Annex 3).

⁷⁵ European Commission DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities., « Study on the use of age, disability, sex, religion or belief, racial or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors », Final Report, Part I: Main Report, July 16th, 2010, p.122

qui manquent de justifications objectives et raisonnables⁷⁶. Ces justifications s'apprécient « *par rapport aux buts et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans une société démocratique* »⁷⁷. Selon un raisonnement parallèle, la CJUE indique que « *les Etats membres peuvent prévoir des différences de traitement (fondés sur l'âge par exemple) sans qu'elles soient considérées comme discriminatoires, si dans le cadre du droit national, elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime (...) et si les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires* »⁷⁸. Le traitement inégal doit être le seul moyen d'atteindre ce but légitime. Une telle justification par les buts légitime n'est tempérée que par les l'exigence de proportionnalité de la mesure⁷⁹. La légitimité du but tient à l'absence d'une volonté de discriminer. Outre cet élément d'extranéité par rapport à toute volonté de discrimination, ce but légitime implique un examen raisonnable de la proportionnalité entre les moyens employés par le banquier discriminant et le but recherché par la mesure. Dans cet examen, le but légitime synthétise à la fois la prise en compte de l'évaluation des capacités financières du client et les considérations d'intérêt général liées au bon fonctionnement du marché bancaire et financier. En pratique, les banquiers défenseurs peuvent toujours légitimer leurs refus s'ils démontrent qu'ils sont objectivement justifiés par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but sont nécessaires et appropriés. La justification objective opposée ne s'appuie que sur les risques de crédit encourus et l'on peut comprendre que certains critères discriminatoires entrent en ligne de compte que l'infraction de discrimination ne soit pas constituée. Seule une erreur d'évaluation des risques financiers ou une utilisation manifestement excessive des critères discriminatoires constituerait une faute susceptible d'engager sa responsabilité civile et pénale.

La question se pose de savoir si le juge peut procéder à un tel contrôle des évaluations de crédit. S'il peut apprécier la réalité des différenciations de traitement et des buts légitimes invoqués, il n'est pas nécessairement armé pour apprécier seul les scores, les capacités financières des clients et les risques qu'ils peuvent éventuellement propager sur les marchés bancaires. L'office du juge se limite donc à la vérité judiciaire qui peut s'éloigner la vérité bancaire : celle des marchés. Néanmoins, une jurisprudence constante de la Cour de cassation⁸⁰ indique que la discrimination est constituée, dès lors qu'il est établi que le critère discriminatoire a été un

⁷⁶ Une formulation similaire figure d'ailleurs aux articles 19 TFUE et 4 (5) de la Directive Genre 2004/113/CE : Un traitement différencié peut être objectivement et raisonnablement justifié par un but légitime si les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Voir dans le même sens CJUE, C-229/084 et C-341/085 du 12 janvier 2010.

⁷⁷ Cité par D. Loschak, « La notion de discrimination », *op.cit.*, p.18.

⁷⁸ CJCE, Grde Chambre., 16 octobre 2007, Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA, Aff. C-411/05.

⁷⁹ European Commission DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, « Study on the use of age, disability, sex, religion or belief, racial or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors », Final Report, Part I: Main Report, July 16th, 2010, p. 122 ; citant dans sa note 170 l'étude du « Research Group on the Existing EC Private Law » de 2009.

⁸⁰ Cass. crim., 15 janvier 2008 n°07-82.380 ; Cass. crim., 14 juin 2000, n°99-81.108

élément pris en compte, sans être nécessairement le motif exclusif de la décision. Il suffit que ce critère ait participé à la mesure d'exclusion. La prise en compte de ces critères reste essentielle au moins pour identifier des discriminations potentielles et tenter d'y apporter une sanction judiciaire malgré les limites réelles du dispositif global de lutte contre les discriminations.

Section 2. Les limites du dispositif de lutte contre les discriminations en matière bancaire et financière

Ces limites tiennent à la difficile pénalisation des discriminations bancaires (§1). Elles supposent d'envisager de nouvelles solutions juridiques pour améliorer le dispositif de lutte contre les discriminations (§2).

§1. La difficile pénalisation des discriminations bancaires

Cette difficile pénalisation tient à la concurrence entre les autorités de sanction (A) et à la répression inopérante des discriminations (B).

A. Une concurrence entre les autorités de sanction des discriminations

Face aux refus de crédit et à sa non motivation, le Défenseur des droits apparaît comme une simple intermédiaire entre les clients et les banquiers notamment pour déceler dans chaque cas l'existence de pratiques discriminatoires⁸¹. Dès les premières décisions de la HALDE rendues en matière bancaire⁸², on a pu penser, à juste titre, que cette Autorité habilitée à recevoir les plaintes en matière de discrimination allait empiéter sur la compétence du juge civil dans des hypothèses où lesdites plaintes visaient moins les discriminations que des violations de la loi civile⁸³. Malgré ces risques d'empiètement souvent pointés par la doctrine⁸⁴, l'«*autorité constitutionnelle indépendante*»⁸⁵ a pour mission de lutter contre les discriminations directes et indirectes contrecarrant les lenteurs de l'intervention du juge et ses décisions souvent tardives.

⁸¹ H. de Vauplane, «La banque et la discrimination», *RDBF*, Janv-Fév 2013, p27, n°38.

⁸² Halde, délib. n° 2010-27, 1er févr. 2010, *Banque & droit*, 2011, n° 136, p. 22, obs. Th. Bonneau ; Halde, délib. n° 2010-53, 1er mars 2010, *Banque & droit*, 2011, n° 136, p. 27, obs. Th. Bonneau, Halde, délib. n° 2010-193, 2010-206 et 2010-207, 27 sept. 2010 ; *Banque & droit*, 2010, n° 137, p. 27, obs. Th. Bonneau

⁸³ Th. Bonneau, «Naissance d'un pouvoir?», *RDBF*, 2011, Repère 4, p. 2 ; V. Halde, délib. n° 2010-27, 1er févr. 2010 et n° 2010-53, 1er mars 2010

⁸⁴ M. Verpeaux, « Il est né le Défenseur des Droits : A propos de la loi du 29 mars 2011 », *JPC, E*, 502, n°17, 25 avril 2011, p.828 et surtout à propos de l'ex-Halde : Y. Mayaud, « La Halde, une trop « Haute » autorité ? Propos hétérodoxes sur un transfert de répression », *Droit social*, n°9/10 Septembre-Octobre 2007, p. 932

⁸⁵ Art 2 de la Loi organique. n° 2011-333, 29 mars 2011 « relative au Défenseur des droits », *JORF*, n° 75 du 30 mars 2011, p.5497

Elle concurrence ainsi le juge sur son propre terrain sans qu'aucune disposition législative ne lui attribue de mandat express. Sa compétence s'étend, en effet, au-delà de l'identification des discriminations à la violation et à la sanction de celles-ci au moyen de son pouvoir de transaction et d'indemnisation des victimes⁸⁶. Bien qu'il offre des possibilités de réclamations aux victimes, cette concurrence entre le juge et le Défenseur des Droits, qui interroge la séparation des pouvoirs, crée une illisibilité institutionnelle à même de remettre en cause l'efficacité du dispositif de lutte contre les discriminations. Une victime pourrait, en raison de la faiblesse des sanctions prononcées, refuser la transaction du Défenseur et choisir de recourir direct au juge pour obtenir gain de cause.

Le Défenseur des droits n'assure qu'une réponse pré-judiciaire à la lutte contre les discriminations notamment dans le secteur bancaire. Il n'est en aucun cas un juge des discriminations même s'il s'en rapproche de par sa fonction. Ses contributions à la lutte contre les discriminations coule dans tous les moules juridiques comme le souligne un auteur⁸⁷. Ses pouvoirs sont bien circonscrits : faculté d'émettre des recommandations, de procéder à des résolutions amiables par voie de médiation et de proposer la conclusion de transaction. Il ne dispose pas de pouvoir propre pour sanctionner les établissements de crédit. Il doit pour cela, en vertu de l'article 30 de la loi organique du 29 mai 2011, saisir l'ACPR (*Autorité de Contrôle Prudentiel et des Résolutions*) qui pourrait alors prononcer des sanctions très sévères à son l'encontre du banquier discriminant⁸⁸.

La question de la proportion de la sanction se pose alors dès lors que l'ACPR peut de prononcer des mesures allant jusqu'à la radiation de la liste des personnes agréées et prononcer des amendes pouvant atteindre 100 millions d'euros. Le Défenseur des droits ne joue en réalité qu'un rôle participatif dans le calibrage de la sanction envers les établissements de crédit discriminants⁸⁹. Même si elle peut le côtoyer, la lutte contre les discriminations ne saurait s'assimiler au strict contrôle prudentiel de L'ACPR. Une fois saisi par le Défenseur des Droits, celle-ci peut, par des sanctions disproportionnées, créer de nouvelles discriminations envers ses destinataires en premier lieu et ses clients en second lieu. Le risque de dispersion du contentieux entre plusieurs autorités est alors réel alors que la répression pénale des discriminations est inopérante.

B. Une répression inopérante des discriminations

⁸⁶ Art 28 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 « relative au Défenseur des droits ».

⁸⁷ V. F. Amégadje, « La compétence pénale de la Halde, contours et enjeux », *AJ Pénal*, Dossier « Lutte contre les discriminations : la voie pénale », 2008, p. 307

⁸⁸ Th. Bonneau, « Naissance d'un pouvoir? », *op cit.*, p 2

⁸⁹ Comme il ne dispose pas de compétence pénale propre équivalente à celle du juge, le DDD ne peut être un simple contributeur à la politique judiciaire de répression des discriminations. V. F. Amégadje, « La compétence pénale de la Halde, contours et enjeux », *AJ Pénal*, Dossier « Lutte contre les discriminations : la voie pénale », 2008, p. 307

Si le dispositif législatif de répression pénale des discriminations paraît élaboré, la pénalisation des discriminations, phénomène très récent⁹⁰, demeure peu satisfaisante⁹¹ compte tenu du périmètre limité de l'infraction de discrimination. L'acte discriminatoire consiste soit à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service, soit à entraver l'exercice normal d'une activité économique.

L'application de ce dispositif de sanction est problématique dès lors la liberté de refuser des crédits exonère le banquier de présenter les motivations de sa décision. Même s'il devait fournir de telles explications, ses motivations discriminatoires seraient toujours dissimulées derrière les risques spécifiques de l'activité de crédit. Néanmoins un tel cas pourrait se produire si le banquier ordonnait à ses salariés de refuser l'octroi de crédit à certaines catégories de clientèle. Il en serait de même si l'ACPR découvrait un *scoring* discriminatoire contrevenant aux exigences posées par la CNIL.

Pourtant, malgré la lourdeur des sanctions des discriminations en droit français⁹², le dispositif de répression est rarement appliqué en pratique. Cette pénalisation des discriminations n'est d'ailleurs pas proportionnelle avec les difficultés de preuve de faits discriminatoires⁹³ et la faiblesse des sanctions financières effectivement prononcées⁹⁴. Pour ces raisons, le risque pénal s'avère quasiment inopérant⁹⁵. Le ministère public doit apporter la preuve de l'existence d'un critère discriminatoire et son lien de causalité avec la décision de refuser l'accès au crédit. Or il n'existe pas en matière pénale de renversement de la charge de la preuve comme en matière civile. L'article 4 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 précise dans son second alinéa que ne s'applique pas devant les juridictions pénales les dispositions du premier alinéa au terme duquel, au vu «*des éléments présentés par les personnes qui s'estiment victime de*

⁹⁰ E. Fortis, «Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités», *AJ Pénal*, Dossier «Lutte contre les discriminations : la voie pénale», 2008, p. 303

⁹¹ E. Fortis, «Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités», *op. cit.* p. 304

⁹² L'article 225-2 du Code pénal prévoit une peine de 3 ans de prison et 45000 euros d'amende

⁹³ Les discriminations bancaires ne sont pas toujours décelables. Il faut donc éviter de juger à priori des comportements susceptibles d'entrer dans le champ de la discrimination. Une des solutions que certains auteurs comme Thierry Bonneau préconisent serait d'éviter de poser les présomptions. Celles-ci facilitent la preuve mais elles tendent «à décrédibiliser la lutte contre les discriminations si elle laisse une impression d'artifice». Dans sa délibération du 1^{er} février 2010, la Halde avait introduit une telle présomption, qu'elle avait tirée de la clause contractuelle permettant à la banque d'exiger la présentation d'un titre de séjour. Une telle présomption serait de nature à affaiblir la lutte contre les discriminations. Plus généralement, les difficultés de prouver les discriminations justifient quasiment à lui seul le faible contentieux des discriminations en matière bancaire et financier. V. Th. Bonneau, note sous «Halde n°2010-27 du 1^{er} février 2010, *Bandeira Da Silva c/BNP Paribas*», *Banque & Droit*, n°136, mars-avril 2011, p. 24

⁹⁴ E. Fortis, «Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités», *AJ Pénal*, Dossier «Lutte contre les discriminations : la voie pénale», 2008 p. 304. Comme le note Muriel Fabre Magnan, la liste des discriminations pénalement réprimées fixée aux articles 225-1 et 225-2 du Code pénal est inversement proportionnelle à la facilité avec laquelle ces discriminations peuvent être légitimées ou contournées. V. M. Fabre Magnan, «Totems et tabous en matière de discrimination», *Revue des contrats*, n° 2010/4, p. 1433 et s.

⁹⁵ J. Lasserre Capdeville, Laura Mourey, «Le banquier dispensateur de crédit face au risque de discrimination», In J. Lasserre Capdeville et M. Storck (dir.), *Le crédit : aspects juridiques et économiques*, Dalloz, Coll Thèmes & commentaires, 2012, p. 65.

discrimination directe ou indirecte, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des objectifs étrangers à toute discrimination». La voie civile constitue donc la voie privilégiée de lutte contre les discriminations directes commises dans le cadre de l'activité bancaire. Comme elle est plus difficile à mettre en œuvre, la lutte pénale contre les discriminations est marginalisée⁹⁶. Des solutions alternatives à cette ineffectivité du dispositif de lutte contre les discriminations doivent donc être envisagées.

§2. Les solutions alternatives à l'ineffectivité dispositif de lutte contre les discriminations en matière bancaire et financière

En s'inspirant du dispositif américain de lutte contre les discriminations dans le secteur bancaire (A), Il est possible de proposer des améliorations du dispositif français (B) et d'envisager de nouvelles perspectives pour la politique de lutte contre les discriminations (C).

A. Le modèle américain

Certaines solutions ont été apportées par le droit américain. Elle vise à contraindre les banques à motiver leur refus ainsi qu'à élargir l'élargissement de l'accès aux crédits aux clientèles en difficulté. Ainsi la loi sur le réinvestissement communautaire (*Community Reinvestment Act*) de 1977 a permis de contraindre les banques à rendre compte de la politique de prêt qu'elles mènent sur leur territoire⁹⁷. Le *Community Reinvestment Act* venait compléter un dispositif légal antérieur visant à interdire les pratiques bancaires discriminatoires et à assurer un égal accès aux services financiers en dehors de toutes considérations de couleur, de sexe, de peau, d'âge, d'origine, ou de situation familiale. Le *Fair Housing Act* interdisait déjà, dès 1968, ce type de discrimination notamment en matière de d'accès aux prêts immobiliers. L'*Equal Credit Opportunity Act* avait élargi cette interdiction à d'autres formes de crédit. Cette loi avait pour objectif de lutter contre les pratiques bancaires discriminatoires dites de « *redlining* » qui consistaient à refuser des prêts, non pas sur des critères de solvabilité et de risque mais sur la base de la domiciliation et d'une appréciation du « risque de quartier ». Le Congrès américain a imposé, dès 1977, une obligation formelle et permanente aux banques et aux Caisses d'épargne (assurées par le *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) fonds de garanties

⁹⁶ F. Amégadjie, « La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux », *AJ Pénal*, Dossier « Lutte contre les discriminations : la voie pénale », 2008, p. 307.

⁹⁷ Le *Home Mortgage Disclosure Act* (HMDA ou loi « sur la transparence des prêts hypothécaires » exige depuis 1975 des institutions de dépôts et certaines sociétés de crédit spécialisées de fournir aux régulateurs des statistiques annuelles sur leur activité de prêt immobilier. Ces importants efforts législatifs n'ont pas empêché l'exclusion bancaire de millions d'américains dans des proportions inconcevables France. Cette exclusion bancaire de masse a été jugulée par le marché non bancaire offrant des services de paiements alternatifs à bas coûts et très peu réglementés.

des dépôts)⁹⁸ de satisfaire les besoins de crédit des communautés locales avec un contrôle accru des organes bancaires de régulation. Les instances bancaires fédérales (*Office of the Comptroller of the Currency (OCC)*, *Federal Reserve Board of the Governors*, *Federal Deposit Insurance Corporation*), *Office of Thrift Supervision (OTS)* se voient ainsi chargées d'évaluer les résultats de l'institution financière dans sa capacité de répondre aux besoins de crédit des ménages aux revenus modestes. La loi impose ainsi aux banques de démontrer qu'elles satisfont les besoins de crédits dans des zones géographiques habituellement très peu servis, et qu'elles le font sans remettre en cause le principe de contrôle des risques auquel elles sont astreintes. Les banques conservent donc la liberté de refuser des prêts.

En pratique, l'appréciation des discriminations par les autorités de contrôle est opérée à partir de trois tests qui peuvent être cumulatifs ou consécutifs. D'une part, le *lending test* qui prend en compte le volume total des prêts distribués, leurs répartitions géographiques, et les capacités financières des emprunteurs. D'autre part, le *service test* qui évalue les services financiers offerts comme les modes de distribution et la gamme des services offerts. Enfin l'*investment test* qui évalue l'implication des banques dans le développement économique et social des quartiers. Sur la base de ces tests, les organes de régulation identifient des pratiques discriminatoires telles que la discrimination patente c'est à dire les actes ou les procédures clairement discriminatoires⁹⁹, le traitement différencié qui réserverait un traitement avantageux à certains emprunteurs et l'impact inégal qui présenterait des comportements bancaires comme non discriminatoires alors qu'ils le seraient en réalité. Ce modèle de lutte contre les discriminations pourrait inspirer de futures réformes du dispositif français.

B. Les possibilités d'amélioration françaises

Ces améliorations sont relatives à l'élargissement de l'accès au crédit (1) au renforcement du droit au compte (2) et aux moyens de contrôler les motivations des banquiers (3).

1. L'élargissement de l'accès au crédit

En inspirant du modèle américain, bien que la question se pose dans des termes différents, la France a tenté d'élargir l'accès au crédit du plus grand nombre pour lutter contre les discriminations et le phénomène d'exclusion sociale. La mise en place d'un Fonds de cohésion

⁹⁸ En revanche, cette obligation ne s'applique pas au secteur coopératif (Crédit Unions) et aux établissements de prêts hypothécaires (*Mortgage companies*).

⁹⁹ Plusieurs études montrent qu'en France comme aux Etats-Unis, que l'exclusion des services bancaires provient le plus souvent moins d'une décision de refuser un crédit c'est à dire d'une sélection directe par la banque, que des conséquences d'une sélection indirecte génératrice du refus. V.; S. Tasque, «La lutte contre l'exclusion bancaire des particuliers. Une perspective franco-américaine», *Revue de l'IRES*, 2011/3, n°70, §14

sociale (FCS) par la loi de programmation sur la cohésion sociale en janvier 2005, a permis d'élargir l'accès au crédit de population vulnérable dans un souci d'inclusion sociale. Ce dispositif a permis de réduire le nombre des refus de crédit.

L'intervention du FCS s'effectue auprès des établissements prêteurs de micro crédit personnels par la prise en charge de 50% du risque de l'emprunteur mais surtout par l'externalisation auprès de structure associative, de l'examen du dossier. Ces structures d'accompagnement social des bénéficiaires, dispersées sur tout le territoire et gravitant autour d'une dizaine de grands partenaires, sont investies de tâches (financées par le dit FCS), incombant théoriquement à tout prêteur censé évaluer et sélectionner les emprunteurs en fonction d'un diagnostic social lui permettant au moins de pointer et d'engager la résolution des discriminations. Malgré ces incitations faites aux grandes banques de s'ouvrir aux publics en difficulté, leurs engagements réels restent timides et les risques de discrimination demeurent¹⁰⁰.

Le secteur mutualiste fournit néanmoins quelques exemples intéressants de lutte contre les discriminations par le biais de structure de proximité qu'elle finance. Il en est ainsi par exemple de l'association Finances et pédagogie créée par les Caisses d'épargne ou les Points passerelles développés par le Crédit Agricole. Les Points Passerelles promeuvent notamment le règlement amiable et équitable des désaccords et des litiges entre la banque et le client relatifs à une discrimination supposée. Le recours à ces structures permettrait de recourir d'identifier les discriminations frappant le client et de les traiter à un stade précoce avant même toute saisine du juge. De même, le droit au compte et le droit d'accès au crédit pourraient être renforcés.

2. Le renforcement du droit au compte

La législation relative au droit au compte fournit déjà des garanties aux personnes victimes de refus bancaires notamment par une limitation de la liberté contractuelle du banquier. Ainsi l'article L.312-1 du Code monétaire et financier octroie à toute personne physique ou morale domiciliée en France, dépourvue d'un compte de dépôt, un droit au compte dans l'établissement de crédit de son choix. Une décision négative de la banque permet alors demandeur muni de la lettre de refus de compte de saisir la Banque de France. Celle-ci peut alors constater le refus et enjoindre à un établissement de crédit qu'elle aura désigné de procéder à une ouverture de compte au profit du client victime¹⁰¹. L'imposition de ce compte à un établissement de crédit au profit d'un client indésiré porte certes atteinte à la liberté de contacter du banquier¹⁰² mais

¹⁰⁰ Seuls les acteurs classiques de la lutte contre l'exclusion bancaire (Caisses de crédit municipales, les banques mutualistes et la Banque postale ont signés des conventions avec le FCS pour distribuer ces prêts et limiter au maximum dans ce cadre les discriminations. La Fédération bancaire française ainsi que la Banque de France ont intégrées ce processus que très récemment à partir de 2010

¹⁰¹ Le Défenseur des droits, Rapport sur « Les droits fondamentaux des étrangers en France », mai 2016, p. 251.

¹⁰² C. Hugon, « Le droit au compte », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 491.

elle permet d'éviter les discriminations dans l'accès au service bancaire de base. Si cette disposition permet de lutter frontalement contre les refus discriminatoires perpétrés par le banquier en matière de compte, elle ne permet pas de répondre aux difficultés d'accès au prêt bancaire. Le compte peut certes être ouvert, l'alimentation de ce compte par des crédits n'est pas pour autant facilitée. C'est la raison pour laquelle, le législateur, pour perfectionner le dispositif de lutte contre les discriminations et limiter les hypothèses de refus bancaire, devrait créer un droit d'accès au crédit symétrique à ce droit d'accès au compte. Malgré les couts indéniables de ce droit pour les banques, une telle disposition permettrait la Banque de France de contrôler davantage la discrétion des banques et leur imposer la fourniture de service bancaire dans le but légitime de lutte contre l'exclusion sociale. En raison de sa légitimité et sa place institutionnelle dans le secteur bancaire, la Banque de France dispose avec l'ACPR de l'autorité nécessaire pour lutter contre les discriminations dans le secteur bancaire bien que la loi ne lui confère aucune mission spécifique en ce sens. Une réforme de ses statuts pourrait prévoir d'investir la Banque d'une mission de contrôle et de sanction des établissements de crédit auteurs de discrimination. Cette mission lui permettrait d'apprécier les évaluations de crédit opérées par les établissements de crédit et de sanctionner plus lourdement les refus discriminatoires sans passer par le juge pénal. Une véritable garantie d'effectivité serait offerte aux victimes comblant au moins partiellement les lacunes liées à la pénalisation limitée des décisions de refus.

Plus largement, ce dispositif pourrait offrir une prise en charge du risque des emprunteurs aux revenus modestes. Des mécanismes de gestion de ces risques appropriés devraient être imaginés afin de favoriser la relance du crédit¹⁰³. Cette proposition rejoint l'idée instillée par la doctrine¹⁰⁴, d'un service public bancaire qui pourrait limiter la liberté des banquiers de refuser l'ouverture de compte et les accords de crédit fourniture et réduire le nombre des plaintes déposées pour discrimination. Ces nouvelles prérogatives justifient que de nouveaux moyens de contrôler les motivations des banquiers soient mis en place.

3. De nouveaux moyens de contrôler les motivations des banquiers

L'essor de l'obligation de motivation des refus de crédit oblige à reconsidérer la liberté bancaire de refuser des crédits. Dans certaines circonstances, le banquier est tenu d'expliquer son choix. C'est le cas de la loi n°2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des PME (Petites et Moyennes Entreprises) et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers imposent aux établissements de crédit de fournir aux entreprises emprunteuses « une

¹⁰³ Voir en ce sens, M. Dietsch, « Peut-il exister un droit au crédit », *Revue d'économie financière*, 3-2000, n°58, « L'exclusion bancaire », p.144

¹⁰⁴ F. Grua, « Contrats bancaire », *Economica*, Tome 1 : contrats de services, 1990, n°53, p.55

explication sur les éléments ayant conduit aux décisions de notations les concernant, lorsqu'elles ont en font la demande »¹⁰⁵. Ce modèle d'obligation de motivation pourrait être imité pour les clients personnes physiques. Sur le fondement l'article L.313-12-1 du Code monétaire et financier, le client pourrait exiger de la banque une justification du score obtenu qu'il soumettrait dans un second temps à l'appréciation du juge. Aussi séduisante soit elle, cette motivation des refus de crédit ne reçoit toutefois pas l'aval d'une partie de la doctrine¹⁰⁶. Pourtant, rien ne s'oppose à ce que le juge ordonne la fourniture d'un crédit en tenant compte des capacités financières du client et de la conjoncture sur les marchés du crédit. Cette obligation de motivation des discriminations bancaires peut aussi inciter à la prise de conscience des conséquences financières et sociale des refus et à contracter davantage de prêt¹⁰⁷.

Le contrôle des motifs allégués par les banquiers est en effet parfaitement essentiel pour améliorer l'efficacité du dispositif de lutte contre les discriminations¹⁰⁸. La mise en place d'un tel contrôle sur le modèle américain présenté ci-dessus pourrait contraindre les banquier à fournir des motivations indispensables pour comprendre le sens de leurs décisions, lutter contre l'opacité du phénomène discriminatoire et changer l'image comme les pratiques de leur métier. De telles motivations obligatoires aident à mieux comprendre la sélection des clientèles bancaire¹⁰⁹.

Si l'allègement du fardeau de la preuve en faveur des victimes est aussi un objectif louable¹¹⁰ en matière bancaire, la question d'une inversion de la charge de la preuve en matière pénal qui serait calquée sur celle de la voie civile constituerait une avancée majeure pour les victimes et générerait des condamnations pénales plus ambitieuses ou au moins plus fréquentes. La liberté du banquier serait alors confrontée à la liberté de la preuve existant en matière pénale. L'inversion de cette charge probatoire en matière pénal qui est bien « un instrument de régulation de l'accès au juge »¹¹¹ serait un moyen tout aussi considérable de lutte contre les discriminations bancaires.

¹⁰⁵ V. N. Mathey, « Vers une remise en cause de la liberté du banquier en matière de crédit ? » *JCP E*, 2010, 1550

¹⁰⁶ D. Legeais, « Responsabilité du banquier en matière de crédit », *RDBF*, 2010, étude 4, n°31, voir dans le même sens, J. Lasserre Capdeville, « La médiation du crédit aux entreprises », In J-L. Vallens (dir.) *Crises du crédit et entreprises : les réponses du droit*, Lamy, Coll Axe droit, 2010 p.237

¹⁰⁷ L'obligation de motivation ne se confond pas avec l'obligation de contracter. Mais l'écart entre ces deux obligations peut se réduire lorsque la motivation est imposée pour encadrer les refus, réduire les discriminations et élargir la base des crédits distribuables.

¹⁰⁸ Voir la contribution très intéressante d'Ane Danis-Fatôme, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations », *La Revue des Droits de l'Homme*, 9/2016, n°34

¹⁰⁹ Un tel souhait avait déjà été formulé par Marie Thérèse Lanquetin pour plusieurs secteurs y compris pour celui de la banque. V. « *Le recours au droit dans la lutte contre les D : la question de la preuve* », In M-T. Lanquetin (dir.) *Travaux du Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations* (GELD), octobre 2000, n°2, p. 49

¹¹⁰ V. A. Danis-Fatôme, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations », *La Revue des Droits de l'Homme*, 9/2016, n°34

¹¹¹ S. Amrani-Mekki, « Regard substantiel sur le « risque de preuve », Essai sur la notion de charge probatoire », in *La preuve : regards croisés*, Thèmes et commentaires, Dalloz 2015, p. 7 et spéc. p. 24.

Dans le secteur bancaire et financier, plus que dans tout autre secteur, l'infraction de discrimination est difficilement perceptible. Elle est globalement illisible et fuyante compte tenu des justifications proposées des différences de traitements. Celles-ci s'appuient sur la notion floue d'objectifs légitimes et sur un contrôle de la proportionnalité¹¹² financière des mesures restrictives de crédit multipliant et légitimant le cas échéant les mesures à géométrie variable et les inégalités de traitement. Le périmètre des discriminations est ainsi difficile à dessiner et l'infraction difficile à circonscrire tant les justifications fondées sur les risques de crédit de l'emprunteur monopolisent les analyses et fondent les décisions de refus. La qualification juridique des discriminations en matière bancaire et financière demeure une question ouverte à la fois les critères de discrimination pouvant être contournés et les motivations discriminatoires légitimées.

Malgré cela, la lutte contre les discriminations demeure une politique publique de premier ordre dans un environnement financier¹¹³ où la notion même de discrimination doit composer de nouvelles méthodes d'analyse¹¹⁴, des risques de crédit telles que le *scoring* et les contrôles limités du juge. Il en résulte une banalisation des justifications légitimes et une liberté bancaire confortée. La lutte contre les discriminations apparaît ainsi plus factuelle qu'effective et soumise aux exigences de rentabilité inhérentes à l'activité bancaire¹¹⁵. Il est bien vrai que le maintien des inégalités de traitement dans le secteur bancaire comme dans tous les autres domaines, coûte moins cher que leur correction.

Face à cet état de fait, le droit doit favoriser les possibilités de pénalisation des discriminations notamment en permettant d'inverser la charge de la preuve en matière pénal sur le modèle de la voie civile. Il doit aussi renforcer le rôle central de la Banque de France et de l'ACPR, compte tenu de leur expertise en matière de risque de crédit, en les investissant parallèlement et en concertation avec le Défenseur des droits¹¹⁶ d'une mission de contrôle et de sanction spécifique

¹¹² E. Fortis, «Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités», *AJ Pénal*, Dossier «Lutte contre les discriminations : la voie pénale», 2008, p307 qui précise que le recours à ces deux notions devraient favoriser de nouveaux contentieux et une plus grande saisine du juge.

¹¹³ Dans le contexte de mondialisation des services bancaires, la promotion des principes de non-discrimination et d'égalité universelle d'accès aux services financiers commande la définition de fondements légaux sur le plan européen notamment aux moyens des directives bancaires V. Inaise, « Banques et cohésion sociale: pour un financement de l'économie à l'échelle humaine: la faillite des banques, les réponses des citoyens», Paris, Ed Charles Léopold Mayer, 2000, p. 290.

¹¹⁴ H. De Vauplane, « La banque et la discrimination », *op. cit.*, p109, §63.

¹¹⁵ Elle doit aussi prendre en considération la forte concurrence sur le marché bancaire et financier qui permet de réduire les taux d'intérêt et réduire au moins partiellement les discriminations. Voir en ce sens, Michel Dietsch, « Peut-il exister un droit au crédit », *Revue d'économie financière*, 3-2000, n°58, « L'exclusion bancaire », p.141.

¹¹⁶ Comme le suggère Thierry Bonneau, le Défenseur des droits est à mi-chemin entre une autorité indépendante de régulation et une autorité juridictionnelle peut être un instrument d'impulsion de nouveaux équilibres dans la société. Il est un intermédiaire proche des victimes et très peu éloigné du juge afin de révéler les problèmes de droit et les résoudre en amont de tout contentieux. V. Th. Bonneau, «Naissance d'un pouvoir?», *RDBF*, 2011, Repère 4, p. 2.

aux discriminations bancaires. L'idée d'une concertation ou d'une solidarité des acteurs tant institutionnels qu'associatifs n'est pas dénuée d'intérêt. Sur le plan institutionnel, une plus grande transversalité des autorités de régulation de l'information, de lutte contre les discriminations et du contrôle bancaire permet d'aboutir à de véritables condamnations des discriminations. Les règles édictées par ces organismes sont contraignantes et peuvent porter indirectement atteinte au principe même de la liberté de refuser des crédits¹¹⁷. Rien ne s'oppose non plus à ce que l'action de groupe¹¹⁸ récemment inséré dans le dispositif de lutte contre les discriminations soit introduite dans le cadre des refus de prêts à la consommation. Ce dispositif pourrait être étendu à l'ensemble des prêts accordés à la clientèle bancaire et permettre de révéler juridiquement des discriminations collectives.

Le dispositif de lutte contre les discriminations comporte encore de nombreuses lacunes que le législateur n'a pas encore tranchées. Les discriminations sociales ne figurent toujours pas parmi les infractions prohibées. La discrimination fondée sur la solvabilité est considérée comme naturelle. Elle serait fondée uniquement sur les mérites, sans prendre en compte, les différences de situation de ceux qui n'ont pas les moyens de se les procurer. Le fait que le banquier exige des garanties financières excessives supplémentaires est symptomatique de cette évolution où le risque de crédit commande les distinctions avec pour constat une rupture de l'égalité entre les citoyens¹¹⁹.

Parallèlement à la lutte contre les discriminations en matière bancaire, se développe timidement une politique publique de crédit avec la prise en considération d'un « droit au crédit »¹²⁰. **La loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires** du 26 juillet 2013¹²¹ a déjà mis en place un observatoire de l'inclusion bancaire. La Fédération bancaire française promeut dans le même sens toutes les approches pragmatiques associant les établissements de crédit, les autorités bancaires et les intervenants associatifs pour trouver des solutions concrètes aux problèmes rencontrés par les clientèles bancaires. Elle avait émis l'idée intéressante d'un microcrédit personnel c'est-à-dire d'un prêt attribué aux personnes physiques

¹¹⁷ D. Legeais, « Conditions posées par la CNIL », Délibération n°2008-198 du 9 juillet 2008 », *RTDcom*, oct-déc 2008, p833

¹¹⁸ **Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 « relative à la consommation »**, *JORF* n°0065, 18 mars 2014, p. 5400

¹¹⁹ V. M. Fabre Magnan, « Totems et tabous en matière de discrimination », *Revue des contrats*, n° 2010/4, p. 1433 et s.

¹²⁰ Cette notion de droit au crédit apparaît même dans les textes législatifs notamment dans L'article L.511-10 du code monétaire et financier (issu de la loi « NRE » du 15 mai 2001) relatif aux agréments bancaires délivrés par l'Autorité de Contrôle Prudentiel et des Résolutions (ACPR). Celui-ci peut être délivré par l'ACPR à certains établissements de crédit œuvrant dans le secteur de l'économie sociale et solidaire après avoir pris en compte leur spécificité économique et sociale et leur mission de « reconnaissance effective d'un droit au crédit ». V. Th. Bonneau, « Le droit au crédit », *RDBF*, 2002, p ; M. Fabre Magnan, « Totems et tabous en matière de discrimination », *Revue des contrats*, n° 2010/4, p. 1433 et s.

¹²¹ Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 « de séparation et de régulation des activités bancaires », *JORF* n°0173 du 27 juillet 2013, p. 12530.

et destiné à la réalisation de projet d'insertion social¹²² et au retour à l'emploi¹²³. Le projet de loi « Égalité et citoyenneté » en cours de discussion à l'Assemblée nationale¹²⁴ pourrait parfaire ce dispositif en prévoyant parallèlement à l'accès au logement, un droit symétrique dédié à l'accès au crédit¹²⁵.

¹²² M-A. Barbat-Layan, « L'action des banques françaises en faveur de l'insertion », *Banque & Quartiers*, Fédération bancaire française, avril 2016, p. 5 ; voir aussi Rapport de la Fédération bancaire française, « *Le secteur bancaire en 2013* », FBF, 2014, p.22.

¹²³ Toute politique d'extension du droit au crédit doit avoir pour objectif de limiter les discriminations statistiques. L'extension de l'accès au crédit n'impose pas de rendre les marchés moins concurrentiels. Cette extension n'est possible que si, en toute transparence, les différenciations de traitement liés par exemple à des péréquations sont expliquées et justifiables. Cette extension du marché du crédit appelle une mutualisation des risques dans un souci de solidarité financière.

¹²⁴ Projet de loi n°3679 « *Égalité et citoyenneté* » déposée à l'Assemblée nationale le 13 avril 2016.

¹²⁵ Favoriser l'accès au crédit pourrait permettre de réduire les discriminations en reconnaissant un droit au crédit plus étendu D. Legeais, « Les conséquences de la médiation sur le droit au crédit ou l'atteinte au droit discrétionnaire d'accorder ou de rompre un crédit », *RDBF*, 2012, Dossier 31, n°4.

Grille d'entretien avec les acteurs de la lutte contre les discriminations

1. Parcours professionnel

Comment êtes-vous arrivé dans cette institution ?

Quel était votre objectif quand vous y êtes entré ?

Comment a-t-on défini votre fonction au moment de votre engagement ?

2. Pratique

Expliquez-moi comment cela se passe lorsque vous recevez un plaignant :

Qu'est-ce qui vous frappe dans son attitude ?

Est-ce que vous imaginiez que ce serait comme cela ?

Qu'est-ce que le plaignant vous dit de votre institution ?

Que dit-il à propos des associations avec lesquelles il a été éventuellement en contact ?

3. Stratégie d'action

Comment agissez-vous pour traiter une plainte ?

Quels sont vos moyens d'action ?

Est-ce que vous privilégiez certains d'entre eux ?

Pourquoi agissez-vous ainsi et qu'est-ce qui vous guide dans l'action ?

Quelle est votre marge de manœuvre ?

Avez-vous la possibilité d'être créatif ? Si c'est le cas, quelles sont vos sources d'inspiration ?

Qu'est-ce qui marche et qu'est-ce qui ne marche pas ?

Quand ça ne marche pas, que pourrait-on faire d'autre ?

Quels sont les principaux obstacles que vous rencontrez ?

- Dans l'accomplissement de vos tâches ?
- Dans les relations avec les victimes ?
- Dans les relations avec les autres institutions (la police, la justice, les services publics, etc.) ?
- Par rapport aux méthodes employées ?

Comment essayez-vous d'améliorer les outils ? Vous inspirez-vous de méthodes étrangères ?

Est-ce que vous évaluez vos actions ?

A votre avis, quelles seraient les bonnes conditions d'action ?

A votre avis, les politiques d'égalité et d'anti-discrimination sont-elles bien menées ?

Est-ce qu'il faudrait les concevoir autrement ?

A la lumière de votre expérience personnelle, quels enseignements tirez-vous des moyens d'action dont vous disposez ?

4. La collaboration

Les relations avec les autres collègues vous paraissent-elles indispensables /suffisantes pour accomplir vos missions ?

Comment s'organisent-elles ?

Comment se passent les relations avec les parquets/services de justice ? Ont-elles évolué ?

Comment se passent les relations avec la police ? Ont-elles également évolué ?

5. Image de l'institution

A votre avis, quelle est l'image de votre institution dans la société ?

Est-ce que cette image a changé ?

La problématique de la discrimination a-t-elle changé ?

Quel bilan tireriez-vous du travail effectué par votre institution en matière de lutte contre les discriminations ?

Qu'est-ce que votre institution devrait faire pour améliorer son action en matière de lutte contre les discriminations ?

Liste des acteurs de la lutte contre les discriminations interrogés

Code	Personne interrogée Rôle dans l'organisation	Genre (F/H)	Organisation	Interview Date Lieu
EN1	<i>Juriste</i>	Femme	Défenseur des droits	Février 2015 Paris 60 mn
EN2	<i>Juriste</i>	Femme	Défenseur des droits	Mars 2015 Paris 65 mn
EN3	<i>Juriste</i>	Homme	Défenseur des droits	Mars 2015 Paris 55 mn
EN4	<i>Juriste</i>	Femme	Défenseur des droits	Avril 2015 Paris 60 mn
EN5	<i>Juriste</i>	Femme	Association européenne de lutte contre les violences à l'égard des femmes au travail (AVFT)	Octobre 2015 Paris 1H30
EN6	<i>Procureur</i>	Homme	Responsable du pôle anti-discrimination	Septembre 2015 1H30
EN7	<i>Procureur</i>	Femme	Responsable du pôle anti-discrimination	Décembre 2015 1H
EN8	<i>Préfet</i>	Homme	Préfet délégué pour l'égalité des chances	Octobre 2015 1H15

Compte rendu de l'entretien avec la Procureure de la République d'un TGI¹

PRESENTATION

Le pôle discrimination du TGI

La personne interrogée est magistrate-référente du pôle Discrimination et lutte contre le racisme et l'antisémitisme. Etant la Procureure de la République, elle assure également cette fonction en raison des problèmes des sous effectifs affectant le parquet.

Quelle est la durée moyenne d'exercice de cette fonction ?

La durée d'activité dans le poste de magistrat référent est variable, mais relativement courte : elle peut être d'un ou deux ans. La Procureure ignore le temps passé par son prédécesseur dans le poste, mais sait que cela n'excéda pas deux ans.

Pour sa part, elle occupe ce poste depuis près d'un an.

Quel regard porté sur la composition du pôle ?

Le pôle est composé d'un seul magistrat, ce qui paraît largement suffisant au magistrat du parquet interrogé.

Il y a la même organisation au sein du parquet général. Le référent fait circuler les informations utiles aux parquets locaux telles que le nombre de places disponibles dans les stages organisées sur le thème (pouvant constituer des mesures alternatives aux poursuites), les décisions de justice intéressantes dans la matière... Le parquet général organise une réunion annuelle de l'ensemble des référents de la Cour.

FONCTION

Comment décrire le rôle du magistrat-référent ?

Ce magistrat est avant tout chargé de jouer un rôle de ressource dans le domaine des discriminations. Il assure aussi la coordination du traitement des affaires, mais ne les traite pas directement.

La magistrate-référente se charge ainsi de faire circuler l'information, d'organiser des formations sur la question et de réaliser les synthèses (pour le département, le ressort, la juridiction). Elle devrait aussi représenter la juridiction dans les autres instances de lutte contre les discriminations, mais, à ce jour, il n'y a pas encore eu de réunion de ce type. Elle peut également être amenée à intervenir à l'extérieur (sensibilisation dans les écoles).

¹ Entretien réalisé par Clara Hervás-Hermida et Marc Touillier, le 2 décembre 2015.

Y a-t-il une collaboration avec d'autres instances ou acteurs de la société civile ?

Une telle collaboration est censée exister mais cela varie. Hormis l'exemple du Défenseur des Droits avec lequel des rapports fluides se nouent -il est vrai facilités par l'existence d'un correspondant au sein de l'Autorité administrative -, il n'y a pas de véritable échange avec les autres acteurs sociaux dans ce domaine, en dehors de ce qui pourrait être le traitement d'une affaire spécifique.

Y a-t-il eu une sensibilisation particulière destinée aux membres du Parquet, suite à la création des pôles ?

Les éléments concernant ces pôles se trouvent dans les circulaires. Dans le cadre de la formation continue il y a toutefois des journées consacrées à cette thématique, et quelques points traités, mais pas de formation spécifique. La lutte contre les discriminations n'est pas une priorité par principe dans l'action du parquet. C'est simplement une priorité parmi d'autres. En réalité, pour chaque domaine de délinquance, la priorité est de le traiter. Le parquet est sensible à tout, et toute affaire est traitée comme elle doit être traitée.

Cela ne révèle-t-il pas une contradiction entre le discours du Gouvernement et la pratique ?

Pour la magistrature, ce discours des pouvoirs publics est normal et logique, mais il n'est pas forcément en lien avec la réalité. Malgré la volonté affichée des pouvoirs publics, les magistrats du siège et le parquet sont tributaires des affaires dont ils sont saisis. S'ils disposent d'un outil puissant de lutte contre les discriminations, avec le Code pénal, encore faut-il que les affaires soient visibles, autrement dit qu'il y ait eu dénonciation, dépôt de plainte. Elle ne pense pas que le parquet ait pour rôle d'aller chercher ou identifier les cas de discrimination. Il ne revient pas au parquet selon elle d'avoir un rôle de sensibilisation destiné à favoriser le signalement des actes et pratiques discriminatoires. La sensibilisation du public et des citoyens revient à d'autres acteurs.

BILAN

Dans le cadre du traitement pénal des discriminations, y a-t-il une voie privilégiée par rapport à une autre ?

Selon la procureure, il n'y a pas une stratégie spécifique utilisée dans le cadre des affaires discrimination. *Grosso modo*, s'il y a une plainte, elle est d'abord traitée un service enquêteur. Le Parquet vérifie ensuite si les éléments recueillis par les enquêteurs permettent de qualifier l'existence d'une infraction.

Il n'y a pas de spécificité ni de stratégie procédurale liée au contentieux de la discrimination. Il n'y a d'ailleurs pas, aux yeux de la magistrature, de raison de faire un traitement différencié.

Toutes les affaires sont traitées de la même manière. La question de la discrimination est pour le parquet un sujet parmi d'autres.

Par ailleurs, même si elle est la référente discrimination, elle ne traite pas les procédures en tant que telles, cela revient à chacune des divisions (par ex : division des affaires économiques et financières en matière emploi).

Les alternatives aux poursuites ou la voie correctionnelle sont-elles privilégiées ?

Il n'en est rien. Le choix dépend de l'affaire, du contexte, du nombre de victimes, des modes alternatifs. Le problème n'est pas tant la voie empruntée mais la preuve de la discrimination. Pour cette raison la magistrate estime que la principale mesure à envisager pour renforcer l'efficacité de la lutte contre les discriminations réside dans l'extension de l'aménagement de la charge de la preuve.

Sur le *testing*, et plus largement sur l'initiative du parquet en matière probatoire, quel est l'avis de la magistrate-référente ?

Le *testing* est une possibilité. Le procureur est au courant des informations. S'il y a des suspicions de discriminations, des témoignages, et si l'on peut recouper les informations, cela peut être envisagé. D'ailleurs, cela n'est pas sans rappeler ce que le parquet et la police font déjà dans d'autres domaines avec les filatures et renseignements anonymes. La magistrate-référente ne considère pas que l'argument de la « provocation » à l'infraction constitue un obstacle dirimant dès lors que cela se pratique pour d'autres infractions. Du moment que le *testing* repose sur des soupçons ou qu'il peut permettre de basculer en enquête de flagrance, pourquoi s'en priver ? A ses yeux, le *testing* n'est pas une preuve déloyale, même si cela revient à provoquer à l'infraction. Il n'y a pas de raison d'exclure l'intervention du parquet. « *On est quand même les directeurs de la police judiciaire, on peut faire ce que l'on veut. On peut jouer un rôle préventif* ». Elle convient néanmoins que l'encadrement légal n'est pas le même que pour les autres techniques d'investigation du type infiltration ou surveillance (prévues par le Code de procédure pénale).

Quel bilan général peut être tiré pour l'année 2014 en matière de discrimination ?

Il n'y a pas eu beaucoup d'affaires ces dernières années. Les procédures menées l'ont principalement été en droit de travail. Cela tient, selon la magistrate-référente, à la difficulté majeure que constitue dans ce domaine la preuve.

Chaque année, un rapport est établi par le Ministère public, une synthèse nationale thématique. La problématique des discriminations a été abordée dans celui de 2014, mais ce n'est pas systématique. Avant 2015, les thématiques étaient toutes décidées par l'administration centrale

avec des délais très serrés. En 2015 il a été demandé aux procureurs de proposer les sujets à traiter.

Y a-t-il un critère de discrimination prépondérant dans les affaires traitées au sein du Tribunal ?

Le parquet opère au sein du Tribunal une distinction entre le racisme et l'antisémitisme (injures, violences) d'une part et les discriminations d'autre part. En présence de faits établis et si l'auteur est déjà connu des services, la comparution immédiate peut être utilisée. Il est à noter qu'il y a beaucoup plus d'affaires dans ce domaine que de discriminations en tant que telles, bien qu'il n'y ait pas, selon elle, de sensibilisation spécifique concernant les discours de haine.

En revanche, alors qu'aucune collecte de données en matière de discrimination n'est prévue, un système de collecte spécifique concernant les affaires en matière de racisme et antisémitisme existe. Une fiche est établie systématiquement et est par la suite remontée au procureur général. S'agissant des discriminations, on sait cependant que les alternatives aux poursuites sont privilégiées (environ 47%) par rapport aux poursuites qui représentent environ 30%, le reste étant constitué des classements sans suite. Le choix est, selon la procureure, en quelque sorte « forcé » car déterminé par la situation d'engorgement et de manque de moyens du tribunal. Il n'est en effet pas possible de faire juger toutes les affaires. Aussi le recours aux alternatives permet-il au moins que l'affaire ne soit pas classée, en donnant une réponse pénale aux infractions. Ces problèmes sont dus aux suppressions d'audiences, entre autres.

La magistrate-référente se montre favorable au développement des alternatives aux poursuites, car elle offre une réponse - ce qui est toujours nécessaire -, permet de garantir un délai raisonnable et est accessible. Elle est également partisane d'une simplification des procédures et d'une validation automatique des accords du parquet.

PERSPECTIVES

Quel avis porter sur les actions de groupe envisagées en matière de discriminations ?

Il s'agit d'une bonne chose, perçue comme une opportunité, qui peut à un moment donné permettre au parquet d'agir en cas d'infraction pénale. Elle la perçoit comme une opportunité de collaboration.

Table des matières détaillée des annexes

<i>I. Aspects conceptuels et comparatistes</i>	3
Les écueils du contentieux anti-discriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne	3
Robin Médard	3
Section 1. L'appréhension contentieuse de la discrimination : le juge face aux défis conceptuels et techniques	4
§1. La conception de la discrimination à l'épreuve de sa délimitation	4
§2. L'émergence du litige comme enjeu du régime probatoire	16
Section 2. Le traitement contentieux de la discrimination : entre dialectique et stratégie juridictionnelle	26
§1. L' <i>habitus</i> du juge comme matrice de l'analyse contentieuse	26
§2. La résolution du litige comme finalité curative et opportunité préventive de la discrimination	35
De quelques obstacles conceptuels à la reconnaissance juridique des discriminations	44
Véronique Champeil-Desplats	44
Section 1. Des obstacles exogènes : les <i>habitus</i> conceptuels des juges ou la lutte contre les discriminations par d'autres moyens...	45
§1. Un contexte terminologique marqué par l'indifférenciation et l'usage de catégories concurrentes	46
§2. L'épreuve d'une conception formelle et universaliste du principe d'égalité	47
Section 2. Des obstacles endogènes : les justifications admises aux différences de traitements	53
§1. L'irréductibilité des spécificités	53
§2. Principes de fond	56
<i>II. Les discriminations dans les textes internationaux</i>	61
La contribution des conventions du Conseil de l'Europe à la lutte contre les discriminations	61
Marianne Lamour & Rachel Lucas	61
Section 1. Une contribution tardive à la lutte contre les discriminations	64
§1. La notion d'égalité originelle	65
§2. Le passage d'une égalité des droits à une égalité en droit avec l'introduction du principe de non-discrimination	66
Section 2. Des garanties à objet et effets limités	70
§1. Des protections sectorielles limitées	70
§2. De faibles effets	75

Quelle effectivité de la lutte contre les discriminations ? Les enseignements du système de la Charte sociale européenne	114
Tatiana Gründler	114
Section 1. L'ambition anti-discriminatoire contenue dans les Chartes sociales	116
§1. Des discriminations explicitement interdites	117
§2. Une protection implicite contre des discriminations	120
Section 2. L'ambition anti-discriminatoire révélée par le Comité européen des droits sociaux	124
§1. La recherche de l'égalité réelle	124
§2. Les instruments juridiques de lutte contre les discriminations	130
 <i>III. Les discriminations dans les textes nationaux</i>	 136
La lutte contre les discriminations dans le discours législatif.	136
Céline Fercot & Marc Pichard	136
Section 1. Grand angle : les énoncés relatifs aux discriminations	141
§1. Une topographie des énoncés relatifs aux discriminations	142
§2. Une typologie des normes relatives aux discriminations	153
Section II. Zoom : les motifs de discrimination au sein des énoncés	157
§1. Typologie des énoncés en fonction des motifs de discrimination visés	158
§2. Explications de la variété des motifs de discrimination visés dans les énoncés	166
 L'intelligibilité par l'harmonisation des définitions de la discrimination en droit interne	 177
Robin Médard	177
Section 1. Les formulations de la discrimination à l'épreuve d'une approche sémantique	179
§1. Les formulations codifiées de la discrimination	179
§2. Les formulations non codifiées de la discrimination	183
Section 2. La nécessaire mise en cohérence du droit interne	192
§1. Les éléments constitutifs liés à l'acte matériel de la discrimination	193
§2. Les éléments constitutifs liés aux motifs potentiels de discrimination	197
 L'absence d'harmonie du dispositif de lutte contre les discriminations en droit pénal du travail	 203
François Desprez	203
Section 1. Les discriminations selon le sexe ou l'appartenance syndicale, une incohérence législative tenant à la peine	206
§1. Les discriminations fondées sur le sexe ou l'appartenance syndicale, un doublon législatif	206
§2. Les discriminations fondées sur le sexe ou l'appartenance syndicale, une divergence des textes à propos de la peine	209
Section 2. La discrimination à la suite d'un harcèlement, une incohérence législative tenant à l'incrimination	210
§1. La discrimination à la suite d'un harcèlement, l'introduction législative d'un nouveau doublon	211
	464

§2. La discrimination à la suite d'un harcèlement, la mise en œuvre de la répression	213
Les sanctions des discriminations	216
Louis Thibierge	216
Section 1. Les sanctions contre l'auteur de la discrimination	216
§1. Les sanctions pénales	216
§2. Les sanctions civiles	218
Section 2. Les sanctions contre l'acte discriminatoire	220
§1. La conclusion forcée	220
§2. La réparation en nature	222
<i>IV. Aspects procéduraux de la lutte contre les discriminations</i>	227
Les modes d'appréciation de la causalité en matière de discrimination directe en milieu de travail : un « frein argumentatif » à la lutte contre les discriminations ?	227
Jean-Philippe Foegle	227
Section 1. Brève présentation du système nord-américain en matière de lutte contre la discrimination	231
Section 2. L'adoption d'un standard contraignant d'appréciation de la causalité discriminatoire, facteur d'effectivité du droit ? L'exemple de la protection des lanceurs d'alerte	233
Section 3. <i>L'Habitus</i> du juge : un obstacle persistant à l'effectivité du principe de non-discrimination ?	239
Les stratégies relatives à l'établissement de la discrimination	242
Nicolas Hoffschir & Vincent Orif	242
Section 1. Les stratégies probatoires de l'employeur	243
§1. Souligner l'absence de preuve du salarié	245
§2. Démontrer l'absence de discrimination	247
§3. Le débat sur la preuve d'une discrimination entre salariés	252
Section 2. Les stratégies procédurales du salarié	255
§1. Le choix du juge	256
§2. Le choix d'une stratégie	258
Réflexions sur l'opportunité d'étendre l'aménagement du fardeau probatoire en matière pénale	263
Marc Touillier	263
Section 1. L'inefficacité des règles ordinaires de charge de la preuve pénale	266
§1. Un fardeau probatoire inégalement supporté par le ministère public et la victime	266
§2. Un fardeau probatoire inadapté à la lutte contre les discriminations	271
Section 2. Les remèdes possibles à l'exclusion de l'aménagement probatoire en matière pénale	272
§1. Étendre l'allègement de la charge de la preuve en matière pénale	273
	465

§2. Instaurer de véritables présomptions de culpabilité	275
§3. « Matérialiser » ou contraventionnaliser les délits de discrimination	276
L'action du ministère public dans la lutte contre les discriminations. Étude comparée France-Espagne	282
Clara Hervás Hermida	282
Section 1. Une action assumée en matière pénale	287
§1. L'action des services spécialisés au-delà du cadre procédural pénal	289
§2. L'action des services spécialisés dans le cadre procédural pénal	294
Section 2. Une action à identifier au-delà du domaine pénal	302
§1. La recherche d'un fondement à une éventuelle action du ministère public en matière de discrimination	303
§2. L'opportunité de l'action du ministère public dans la lutte contre les discriminations en dehors de la procédure pénale	309
<i>V. Les juges face aux discriminations</i>	314
Les obstacles à la lutte contre les discriminations devant le juge constitutionnel	314
Patricia Rrapi	314
Section 1. L'absence	315
§1. L'idée sans le mot	316
§2. Le mot sans le concept	318
Section 2. Le silence	319
§1. Un motif écarté	319
§2. Un motif contourné	320
Section 3. La distance	321
§1. La déférence au législateur	321
§2. La justification de l'autolimitation	324
Le Conseil d'État et le contrôle des discriminations.	327
Jacqueline Domenach	327
Section 1. Réflexions sur la méthodologie du Conseil d'Etat : entre principe d'égalité et principe de non-discrimination	328
§1. La référence au principe d'égalité et les méthodes de raisonnement du juge administratif	328
§2. L'apport de l'analyse en termes de « discrimination » ou l'introduction du droit des discriminations dans la jurisprudence administrative du Conseil d'Etat	333
Section 2. L'adaptation des recours contentieux : de la notion de discrimination indirecte à l'évolution du régime probatoire	339
§1. L'adaptation des recours contentieux aux situations discriminatoires	339
§2. Le régime probatoire des discriminations et les difficultés des requérants	342
L'appréhension juridictionnelle des discriminations dans la fonction publique	349
Thomas Dumortier	349
Section 1. Le considérant <i>Perreux</i> : une évolution en demi-teinte	351
§1. Un aménagement relatif de la charge de la preuve	351
	466

§2. L'objet de la preuve de la non-discrimination : un motif objectif	354
Section 2. Une approche juridictionnelle peu propice à la reconnaissance des discriminations	355
§1. Des mesures d'instruction très rarement mises en œuvre	356
§2. Le juge maître d'œuvre de la dialectique de la vraisemblance	357
Le Défenseur des droits et les acteurs juridictionnels de la lutte contre les discriminations : quelle complémentarité possible ?	362
Isabelle Carles	362
Section 1. Les mesures décidées par le collège : une volonté affichée d'interface avec le monde juridictionnel	365
§1. Les observations : des mesures en augmentation constante	366
§2. L'impact des observations sur le monde associatif	370
§3. Une utilisation très modérée des autres mesures	372
Section 2. Les pôles anti-discriminations : un bilan mitigé	374
§1. Les pôles vus par le DDD : des interlocuteurs privilégiés	375
§2. Les pôles : des points de vue diversifiés	377
Section 3. L'impact du DDD sur le monde judiciaire : l'exemple de l'état de grossesse	380
 <i>VI. De l'étude de quelques domaines</i>	 387
La lutte contre la discrimination en droit des assurances	387
Anne Danis-Fatôme	387
Section 1. Une ingérence dans la sphère contractuelle par le contrôle des justifications	390
§1. L'outil statistique à l'épreuve du contrôle de la « justification objective et raisonnable »	391
§2. L'exigence imposée à l'assureur d'utiliser des facteurs sociaux de différenciation	398
Section 2. Une conception spécifique de la comparabilité	400
§1. La question évacuée	400
§2. La question transformée	403
 La discrimination dans le logement privé	 408
Eva Menduiña Gordón	408
Section 1. L'effectivité limitée du dispositif du principe de non-discrimination dans le logement locatif	411
§1. Les motifs interdits	411
§2. Le domaine	416
Section 2. L'ineffectivité de la mise en œuvre du principe de non-discrimination dans le logement privé par les acteurs judiciaires	420
§1. La mobilisation limitée des textes internationaux par les acteurs judiciaires du procès	420
§2. La réticence de certains juges à limiter la liberté de choix du bailleur	422

La lutte contre les discriminations dans le secteur bancaire et financier	427
Abdelghani Azi	427
Section 1. La difficile reconnaissance juridique des discriminations dans le secteur bancaire et financier	431
§1. Une large liberté bancaire pour refuser l'ouverture de compte ou l'octroi de crédit	431
§2. Les difficultés de repérage des discriminations	437
§3. Un contrôle limité des différences de traitement bancaire	440
Section 2. Les limites du dispositif de lutte contre les discriminations en matière bancaire et financière	445
§1. La difficile pénalisation des discriminations bancaires	445
§2. Les solutions alternatives à l'ineffectivité dispositif de lutte contre les discriminations en matière bancaire et financière	448
Grille d'entretien avec les acteurs de la lutte contre les discriminations	456
Liste des acteurs de la lutte contre les discriminations interrogés	458
Compte rendu de l'entretien avec la Procureure de la République d'un TGI	459
Table des matières détaillée des annexes	463